

REVISTA TRABALHISTA

Direito e Processo



REVISTA TRABALHISTA

Direito e Processo



Revista trabalhista : direito e processo. — Ano 1, v. I, n. 1 (jan./mar. 2002 —).
— Brasília : Anamatra ; Rio de Janeiro ; Forense. v. : 28 cm.

Trimestral.
Descrição baseada em: Ano I, v. I, n. 1 (jan./mar. 2002).
Numeração sequencial reformulada em 2008 para: Ano 7, n. 28, não havendo interrupção.
A partir do Ano 7, n. 25 a edição está sob a responsabilidade da LTr Editora e Anamatra.
Inclui doutrina, pareceres, jurisprudência, legislação, estudos e comentários.

ISSN 1677-2784

1. Direito do trabalho — Brasil. 2. Jurisprudência trabalhista — Brasil.
3. Legislação trabalhista — Brasil. I. Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Anamatra).

LTr/SP

CDU 34:331 (81) (05)

Proibida a reprodução total ou parcial, bem como a reprodução de apostilas a partir desta Revista, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, de fotocópia e de gravação, sem permissão expressa do Editor (Lei n. 9.610, de 19.2.1998).

Produção Gráfica e Editoração Eletrônica: **PETER FRITZ STROTBEEK**

Capa: **FABIO GIGLIO**

Impressão: **HR GRÁFICA E EDITORA**

© Todos os direitos reservados

ILTR

EDITORA LTDA.

Rua Jaguaribe, 571 – CEP 01224-001 – Fone (11) 2167-1101
São Paulo, SP – Brasil – www.ltr.com.br

LTr 4221.4

Abril, 2010

PRESIDENTE ANAMATRA
LUCIANO ATHAYDE CHAVES

CONSELHO EDITORIAL ANAMATRA

ALEXANDRE TEIXEIRA DE FREITAS BASTOS CUNHA
Doutor pela Universidad Complutense de Madrid. Desembargador Federal do Trabalho do
TRT da 1ª Região – RJ. Diretor Geral da Escola da Magistratura do Trabalho da 1ª Região.

FABRÍCIO NICOLAU DOS SANTOS NOGUEIRA
Juiz titular da 1ª Vara do Trabalho de Araucária-PR.

GUILHERME GUIMARÃES FELICIANO
Livre-Docente e Doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Juiz titular da
1ª Vara do Trabalho de Taubaté – SP. Professor Associado do Departamento de Direito do Trabalho
e da Seguridade Social da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

GUILHERME GUIMARÃES LUDWIG
Mestrando em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia – UFBA. Especialista em Economia do
Trabalho e Sindicalismo pelo CESIT/UNICAMP. Juiz auxiliar da 7ª Vara do Trabalho de Salvador – BA.
Membro do Conselho da Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região (desde 2004).

JOSÉ APARECIDO DOS SANTOS
Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná.
Juiz titular da 17ª Vara do Trabalho de Curitiba-PR.

LUIZ ANTONIO COLUSSI
Mestre em Direito Público pelo Minster UNISINOS – UPE. Juiz titular da 2ª Vara do Trabalho
de Canoas – RS e Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo – UPE.

REGINALDO MELHADO
Doutor em Direito pela Universidade de Barcelona, com revalidação pela USP (Universidade de
São Paulo). Juiz titular da 6ª Vara do Trabalho de Londrina, Professor titular da UEL (Universidade
Estadual de Londrina) e Coordenador da Escola Judicial do TRT do Paraná.



Sumário

<i>Abreviaturas e siglas usadas</i>	9
<i>Opinativo — Relações de trabalho na Administração Pública: mais uma peça no tabuleiro</i>	11
Doutrina	
Primera lectura del pacto mundial para el empleo de la OIT (2009) <i>Oscar Ermida Uriarte</i>	15
A nova redação do art. 895 da CLT <i>Antônio Álvares da Silva</i>	22
A prisão civil do depositário judicial infiel economicamente capaz: um outro olhar <i>Guilherme Guimarães Feliciano</i>	36
Direitos humanos e fundamentais, os princípios da progressividade, da irreversibilidade e da não regressividade social em um contexto de crise <i>Cláudio Armando Couce de Menezes, Glaucia Gomes Vergara Lopes, Otavio Amaral Calvet e Roberta Ferme Sivoletta</i>	56
As perícias judiciais para a constatação de doença ocupacional — um gravíssimo problema a desafiar uma solução urgente, para a efetiva proteção à saúde do trabalhador <i>José Antônio Ribeiro de Oliveira Silva</i>	71
Direito a desconexão do trabalhador: repercussões no atual contexto trabalhista <i>Christina D’Arc Damasceno Oliveira</i>	84
O valor trabalho como dimensionador da personalidade <i>Francisco Meton Marques de Lima e Francisco Péricles Rodrigues Marques de Lima ..</i>	99
Devido processo substantivo <i>S. Tavares Pereira</i>	113

Inexistência de estabilidade e a confusão jurisprudencial formada em torno da dispensa do empregado público concursado	
<i>Cláudio Dias Lima Filho</i>	126
Flexissegurança — Aspectos Gerais	
<i>Luciane Souza Soares de Lemos</i>	144
Súmula vinculante, o princípio da segurança jurídica e a Súmula Vinculante n. 4	
<i>Flavia Farias Corseuil</i>	165
Pacto social, Estado e sindicalismo	
<i>Janete Aparecida Deste e Gustavo Trierweiler</i>	187
A ação civil pública na Justiça do Trabalho	
<i>Rubens Fernando Clamer dos Santos Júnior</i>	201
Práticas behavioristas e dignidade do empregado: um estudo de caso no Brasil	
<i>Antônio Nunes Pereira e Cíntia Aparecida Nunes Pereira</i>	215
A cláusula penal no direito desportivo: sua adequada aplicação	
<i>Sandra Mara Freitas Alves</i>	224
Jurisprudência	
— Acórdãos do Tribunal Superior do Trabalho	
— Acórdãos de Tribunal Regional do Trabalho	
Acórdão do Tribunal Superior do Trabalho	237
Acórdão do Tribunal Regional do Trabalho da 22 ^a Região	244
Acórdão do Tribunal Regional do Trabalho da 22 ^a Região	252
Sentenças	
1 ^a Vara do Trabalho de Uberlândia – MG	261
4 ^a Vara do Trabalho de Maceió – AL	269
4 ^a Vara do Trabalho de Maceió – AL	271
Vara do Trabalho de Colider – MT	284
Índice Geral	291

Abreviaturas e Siglas Usadas

ABNT	Associação Brasileira de Normas Técnicas
ADCT/ano (ano com 4 dígitos)	Atos das Disposições Constitucionais Transitórias
CC	Código Civil
CCB	Código Civil Brasileiro
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CF	Constituição Federal
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
CNC	Consolidação das Normas da Corregedoria
CP	Código Penal
CPC	Código de Processo Civil
CPP	Código de Processo Penal
CTB	Código de Trânsito Brasileiro
CTN	Código Tributário Nacional
DOE	Diário Oficial do Estado
DOU	Diário Oficial da União
EC	Emenda Constitucional
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
FGTS	Fundo de Garantia do Tempo de Serviço
INSS	Instituto Nacional do Seguro Social
MP	Medida Provisória
NBR	Norma Brasileira Regulamentada
OIT	Organização Internacional do Trabalho
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJ	Tribunal de Justiça
TRT	Tribunal Regional do Trabalho
TST	Tribunal Superior do Trabalho



Relações de trabalho na Administração Pública: mais uma peça no tabuleiro

A Magistratura do Trabalho vê-se hoje às voltas com a nefasta expectativa de perder, numa única penada, a competência para processar, conciliar e julgar quaisquer litígios entre trabalhadores e os órgãos da Administração Pública direta ou indireta, ainda que a relação esteja materialmente regida pela Consolidação das Leis do Trabalho, desde que se trate de uma contratação “temporária”, sob a égide do art. 37, IX, da CRFB. Há mesmo o candente risco de que o Supremo Tribunal Federal venha a editar súmula vinculante nesse sentido, consagrando jurisprudência hoje capitaneada pela Ministra Cármen Lúcia Antunes da Rocha (v., por todos, a Rcl. n. 6.667-RO, reconhecendo afronta concreta ao quanto decidido na célebre ADI n. 3.395 MC/DF, rel. Min. Nelson Jobim, que afastou da Justiça do Trabalho todo e qualquer litígio laboral de natureza estatutária).

À margem desse debate, o Senado Federal aprovou, no último dia 7 de abril, o Decreto Legislativo n. 206/2010, pelo qual *aprova*, com reservas, os textos da Convenção n. 151 e da Recomendação n. 159, ambas da Organização Internacional de Trabalho (1978), que disciplinam garantias coletivas mínimas no âmbito das relações de trabalho com a Administração Pública. A ratificação da Convenção n. 151 havia sido aprovada pela Câmara dos Deputados em 1º de outubro de 2009, seguindo-se a aprovação no Senado Federal, no último dia 30 de março, após quase catorze meses (o Governo Federal enviou-a ao Congresso Nacional em fevereiro de 2008).

Está claro que, para a doutrina majoritária, seus efeitos só poderão ser sentidos, no plano interno, após a promulgação por meio de decreto presidencial publicado no Diário Oficial da União, dando plena publicidade à data em que terá início, no território nacional, a sua vigência. Aqui, porém, não se esperam maiores dificuldades, haja vista que o próprio Poder Executivo houvera tomado a iniciativa da ratificação.

Uma vez em vigor, a Convenção n. 151 carreará, para o patrimônio jurídico dos trabalhadores em órgãos da Administração Pública direta e indireta, uma série de direitos e garantias que hoje não estão positivados, com especificidade para o setor público, no panorama legislativo brasileiro. Assim, p. ex., (a) a proteção contra atos de discriminação que acarretem violação de liberdade sindical; (b) a independência das organizações de trabalhadores em relação às autoridades públicas; (c) a proteção contra atos de ingerência das autoridades públicas na formação, no funcionamento e na administração das organizações de trabalhadores em função pública; (d) a liberação dos representantes das organizações de trabalhadores em função pública para o cumprimento de seus misteres sindicais, no trabalho ou fora dele; (e) a garantia de direitos civis e políticos essenciais ao exercício regular das liberdades sindicais; e (f) o direito à instauração de procedimentos tendentes à negociação das condições de trabalho entre as autoridades públicas interessadas e as organizações de trabalhadores em função pública.

De se ver que o art. 7º, XXVI, da CRFB não foi originalmente estendido aos servidores públicos (art. 39, § 3º). Entretanto, uma vez em vigor a Convenção n. 151, e à vista do princípio da norma mais favorável (a tornar *dinâmica* a hierarquia de normas no Direito do Trabalho), inarredável

será a admissibilidade técnica de acordos e convenções coletivas de trabalho para os trabalhadores da função pública.

Mercê desse novo quadro, e da natureza dos direitos que dele dimanarão — que se comunicará, por extensão, aos respectivos litígios —, a pergunta a se fazer é: que Justiça haverá de fazê-los valer? As justiças comuns (federal e estaduais)? Considerando-se a afinidade «*ex ratione materiae*» que os corpos de Magistratura da Justiça do Trabalho e da própria advocacia laboral guardam com os grandes temas da Organização Internacional do Trabalho — a ponto de ter abrigado, em seu quadro de peritos, não poucos juízes do Trabalho (como, hoje, o Ministro Lélío Bentes Corrêa) e advogados trabalhistas —, será razoável e eficiente (inclusive para os fins do art. 37, *caput*, *in fine*, da CRFB) que outra classe de juízes se debruce sobre os litígios envolvendo as garantias sindicais, os movimentos de autotutela laboral e os procedimentos de negociação coletiva dos servidores públicos? Que fazer, aliás, mercê da “*ratio decidendi*” da Reclamação n. 6.667-RO, quando determinada organização sindical da função pública abranger tanto empregados públicos efetivos quanto empregados públicos “temporários”? A quem incumbirá decidir sobre as garantias sindicais de seus representantes? Acaso dependerá da natureza de sua contratação, se efetivo ou “temporário”?

Essa impressão de equívoco, na perspectiva de uma ética de responsabilidades, mais se reforça quando constatamos que, nos termos do art. 2º do Decreto Legislativo n. 206/2010, “a expressão «*peças empregadas pelas autoridades públicas*», constante do item 1 do art. 1 da Convenção n. 151, de 1978, abrange tanto os empregados públicos, ingressos na Administração Pública, mediante concurso público, regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943, quanto os servidores públicos, no plano federal, regidos pela Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990, e os servidores públicos, nos âmbitos estadual e municipal, regidos pela legislação específica de cada um desses entes federativos”. O Senado Federal não distinguiu, no marco da tutela convencional, entre servidores celetistas e estatutários. Nessa alheta, permitir que dois ramos distintos do Poder Judiciário procedam à aplicação de um mesmo cabedal normativo, cada qual a seu modo, a depender da natureza do vínculo laboral (celetista ou estatutário), ferirá de morte o ideal da *unidade de convicção*, tantas vezes evocado pelo Excelso Pretório (tanto mais porque, introduzida em nível de lei ordinária federal, a palavra final sobre a Convenção n. 151 caberá, aqui, ao Tribunal Superior do Trabalho; ali, ao Superior Tribunal de Justiça).

Ademais, os dimensionamentos encetados pelo Senado Federal para a aplicação da Convenção n. 151 no plano do direito interno desafiam duas inapeláveis críticas. Em primeiro lugar, não se entende a adstrição da locução «*peças empregadas pelas autoridades públicas*» a estatutários e celetistas contratados *mediante concurso público*. Estarão os empregados públicos “temporários”, contratados na forma do art. 37, IX, da CRFB (e a experiência demonstra que algumas dessas contratações vazam os anos), fora da tutela especial engendrada pela convenção? Sob qual fundamento? Macula-se, a uma, o princípio constitucional da isonomia (art. 5º, *caput*, da CRFB); e, a duas, o próprio espírito universalista da Convenção n. 151. Em segundo lugar, lamenta-se que o art. 2º, II, do Decreto-lei n. 206/2010 consume nova restrição hermenêutica, ao dispor que “*consideram-se organizações de trabalhadores abrangidas pela Convenção apenas as organizações constituídas nos termos do art. 8º da Constituição Federal*”. Com isso, expulsa-se do âmbito de proteção convencional um sem-número de associações de classe que legitimamente representam os interesses socioeconômicos de seus associados, embora não se revistam de natureza sindical. Até mesmo — malsã ironia — as associações de juízes.

Comissão Editorial

Doutrina



Primera lectura del pacto mundial para el empleo de la OIT (2009)

Oscar Ermida Uriarte^(*)

Índice de los Temas:

- ▶ 1. Importancia y naturaleza jurídica
- ▶ 2. Contenido
 - ▶ 2.1. Objeto y principios
 - ▶ 2.2. Protección social
 - ▶ 2.3. Las normas internacionales del trabajo
 - ▶ 2.4. Otros aspectos
- ▶ 3. Evaluación

1. Importancia y naturaleza jurídica

La importancia de este nuevo instrumento de la OIT es insoslayable. Lo es, en primer lugar, por la propia materia sobre la que recae: los efectos laborales de la crisis financiera global de 2008-2009. Lo es asimismo, por la trascendencia que la propia OIT le dio al tema y a la necesidad de adoptar una posición clara al respecto, lo que le llevó a tomar una medida inusual: modificar el orden del día de la Conferencia Internacional del trabajo, relativamente poco tiempo antes de su realización, para dedicarla casi íntegramente a la elaboración de un documento sobre la crisis. Y lo es también, por su propio contenido que, como se verá, reafirma los valores, principios e instrumentos esenciales de la OIT, del Derecho del trabajo y de la política social, en tanto instituciones de protección del trabajo.

(*) Catedrático de Derecho del trabajo y de la Seguridad social, Facultad de Derecho, Universidad de la República (Uruguay).

La naturaleza jurídica de este nuevo instrumento⁽¹⁾ no resulta cristalina, al menos en una primera lectura, como la presente.

Por una parte, el documento se autodenomina “pacto”, lo que hace pensar en una suerte de gran pacto social o acuerdo marco internacional, celebrado entre los gobiernos y las organizaciones profesionales a nivel mundial, en el seno de la OIT. Y de hecho, eso es, aunque debe advertirse de inmediato, que ese es el procedimiento de adopción de todas las normas internacionales del trabajo emanadas de la OIT (Declaraciones, convenios, recomendaciones, resoluciones, etc.), con lo cual esa característica de instrumento negociado tripartitamente o de origen más o menos convencional, le es propia pero para nada exclusiva, sino compartida con todos los aprobados por la OIT. De hecho es necesario reconocerle a la OIT haber aplicado

(1) Nunca más necesaria la utilización de este vocablo para referirse a un texto jurídico de naturaleza difícil de definir.

y desarrollado internacionalmente el concepto de “legislación negociada” mucho antes de que fuera “descubierto” por la academia.

Pero al mismo tiempo, el propio texto aprobado por la OIT viene precedido por esta frase: “La conferencia internacional del Trabajo (...) adopta, con fecha 19 de junio de 2009, la *resolución* siguiente”. De tal modo, parece claro que para la OIT estamos ante una resolución.

A diferencia de los convenios y las recomendaciones, claramente previstos y reglamentados en la Constitución de la OIT, las resoluciones son instrumentos muy utilizados pero de no tan precisas características. La norma constitucional apenas prevé que “las decisiones” de la Conferencia deben ser adoptadas por mayoría simple⁽²⁾, salvo norma expresa. De conformidad con la doctrina, deben distinguirse, por una parte, las resoluciones adoptadas por las diversas comisiones y comités de la OIT, y por otro lado, las resoluciones adoptadas por la propia Conferencia, que es el caso que nos ocupa. Generalmente, estas se refieren a asuntos no incluidos originalmente en el orden del día⁽³⁾ y su contenido puede ser muy variado, desde asuntos muy concretos hasta otros muy genéricos de política social, exhortaciones a los Estados miembros, etc.⁽⁴⁾. Salvando la distancia, puede decirse que con las resoluciones pasa algo parecido a lo que acontece con las declaraciones: su importancia y hasta su eficacia jurídica dependen, en parte, de su propio contenido. En efecto, algunas resoluciones se han convertido, por su generalidad, trascendencia y difusión, en verdaderas normas generales o de principio, como es el caso, por ejemplo, de la Resolución sobre la independencia del movimiento sindical (1952)⁽⁵⁾ y de la Resolución

sobre los derechos sindicales y su relación con las libertades civiles⁽⁶⁾.

En otras palabras: “las resoluciones son instrumentos referidos directamente y en primer término, a los órganos internos de la OIT, si bien pueden convertirse en puntos del orden del día de la Conferencia y generar, por tanto, normas de mayor alcance. Por otra parte, suelen plantear los problemas más vivos y urgentes del mundo internacional del trabajo en un momento dado”⁽⁷⁾. Claramente, este último es el caso de la resolución en análisis.

Estamos, pues, ante una resolución que recoge un pacto (salvo que la denominación de “pacto” sea puramente literaria), lo que también refuerza su trascendencia jurídica y coadyuva a jerarquizarla normativamente. No es una “mere-resolución” administrativa y concreta, sino un pacto tripartito formalizado en una decisión de la Conferencia.

Sin perjuicio de ello, su redacción más bien programática y orientada a fijar lineamientos o políticas, hace surgir hesitaciones respecto de la posibilidad de calificarla como un instrumento de derechos humanos que forme parte del *jus cogens* u orden público internacional.⁽⁸⁾

De todos modos, su contenido ratifica el espíritu, la orientación y los conceptos de la recomendación 198 sobre la relación de trabajo (2006) y de la Declaración sobre la justicia social para una globalización equitativa (2008), entrelazándose fuertemente con esas normas y ratificando una tendencia de recuperación de los valores, principios e institutos tradicionales de la OIT⁽⁹⁾. Más aún: atendiendo a su contenido

(2) Art. 17, num. 2 y 3.

(3) SÜSSEKIND, Arnaldo L. *Direito internacional do trabalho*. 2. ed. Sao Paulo: LTr, 1987. p. 147-148 y 175.

(4) VALTICOS, Nicolas. *Derecho internacional del trabajo*. Trad. esp. Madrid, 1977. p.148.

(5) *Loc. cit.*, nota 16.

(6) ERMIDA URIARTE, Oscar. *Sindicatos en libertad sindical*. 3. ed. Montevideo, 1991. p. 18 y 24.

(7) GIMENEZ CHORNET, Eduardo. “Introducción” a *OIT, Convenios y recomendaciones 1919-1983*. Madrid, 1984. p. XXIII.

(8) Lo que no quita que pueda adquirir ese carácter en caso de recibir una general aceptación, reconocimiento y aplicación por la comunidad internacional, como ha sucedido con otros documentos.

(9) Al respecto, véase el Editorial de la revista “Derecho laboral”, t LII Nro. 233, Montevideo, 2009. p. 5-6.

y redacción, esta resolución de 2009, podría ser vista como una suerte de reglamentación de la aplicabilidad de los principios de la Declaración de 2008 a los efectos laborales de la crisis financiera global⁽¹⁰⁾. Pero para fundamentar estas afirmaciones es necesario ingresar al análisis del contenido del Pacto mundial para el empleo.

2. Contenido

No es fácil sistematizar el contenido de este documento, al menos en el marco de una primera lectura. En efecto, lo dificulta una redacción a veces más publicitaria, de arenga o propuesta que concisamente dispositiva, como es — o debe ser — la de las normas jurídicas. También muestra las imprecisiones y hasta contradicciones propias de los instrumentos negociados. “En revancha” aquí se reafirman — sin lugar a la más mínima vacilación —, principios, conceptos, institutos e instrumentos de la mayor trascendencia y propios del Derecho del trabajo protector, tal como lo había hecho la Declaración de 2008, pero revalidándolos ante la crisis y, en algunos casos, avanzando más allá.

2.1. Objeto y principios

Está claro que el objeto del Pacto mundial para el empleo es el de establecer las pautas o directivas con las que afrontar los efectos laborales de la crisis, ensayando ante ella, “una respuesta basada en el trabajo decente” y en la Declaración sobre la justicia social para una globalización equitativa de 2008⁽¹¹⁾. A esto se refieren, en su mayor parte y en términos generales, los arts. 1 a 11, sin perjuicio de otros.

Desde el punto de vista del Derecho del trabajo, debe comenzarse por destacar que en la base de estas directivas, pautas y principios, está *el respeto a los derechos del trabajador*, reclamado

expresamente en varias disposiciones⁽¹²⁾ y adoptado como presupuesto subyacente en el conjunto del texto. No es poca cosa, habida cuenta de que en los años 80 y 90 se planteó reiteradamente una preocupación por la preservación o creación de puestos de trabajo aún a costa del desconocimiento o degradación de los derechos. Hubo una *lógica de “empleos vs. derechos”*, que comenzó a superarse con la adopción del concepto y objetivo del trabajo decente, lo que suponía advertir que no bastaba con crear “empleos basura” para abatir las tasas de desempleo, sino que debería tratarse de empleos decentes, o sea, por lo menos, *empleos con derechos*. Ese viraje se fue afirmando luego, especialmente con la adopción de la recomendación 198 sobre la relación de trabajo (2006)⁽¹³⁾ y de la Declaración de 2008⁽¹⁴⁾. Las referencias al trabajo decente y a las normas internacionales del trabajo, que más adelante se comentan, están íntimamente vinculadas con esta exigencia de respeto de los derechos laborales.

Por lo demás, es doblemente significativo que esta reivindicación de la preservación de los derechos, se formule en el marco de unas directivas de tratamiento de la crisis, ya que no hace mucho tiempo que las crisis — y hasta las meras dificultades — eran casi inevitablemente, la “excusa” ideal o motivo suficiente para la inobservancia o enervamiento de los derechos laborales.

En tanto instrumentos de consagración o garantía de derechos, se postula también la *promoción de las normas internacionales del trabajo* (no solo las denominadas “fundamentales”), del *tripartismo*, el *diálogo social* y la *negociación colectiva*.⁽¹⁵⁾

Otra directiva central es la que restablece como objetivos básicos, *el pleno empleo y el trabajo decente*, lo que puede redefinirse como pleno

(10) El texto de la Declaración y un comentario del mismo, pueden ser consultados en la revista “Derecho laboral”, t. LI Nro. 231, Montevideo, 2008. p. 577 y sigs.

(11) Título del cap. I, art. 7 y primera frase del art. 9.

(12) Arts. 7, 12 (num. 2, lit. ii) y 14.

(13) El texto de la recomendación y un comentario del mismo, puede verse en la revista “Derecho Laboral”, t. XLIX Nro. 223; Montevideo, 2006. p. 673 y sigs.

(14) *Infra*, nota 11.

(15) Nums. 7 y 8 del art. 9, num. 3 del art. 12 y arts. 15 y 16.

empleo decente (y no cualquier pleno empleo), objetivo que, tal como estableció la Declaración de 2008, ya no lo es sólo de la política laboral ni social, sino de toda política económica: el “empleo pleno y productivo debe ponerse en el centro de las respuestas a la crisis” dice este Pacto⁽¹⁶⁾, del mismo modo que la Declaración proponía “situar al empleo pleno y productivo y el trabajo decente como elemento central de las políticas económicas y sociales”.⁽¹⁷⁾

Y en esa línea — o para alcanzar esos objetivos de pleno empleo y trabajo decente — se establecen una serie de pautas que parten del ámbito sociolaboral y llegan al económico general.

Así, se ratifica la necesidad de establecer una *protección social adecuada para todos*, con especial atención a las “personas vulnerables”, como los jóvenes, los trabajadores menos calificados o con bajos salarios, informales o migrantes.⁽¹⁸⁾

También se reclama, en línea con otros instrumentos de la OIT, la aplicación de *políticas activas de empleo*⁽¹⁹⁾, las que sin duda incluyen *la formación y la readaptación profesionales*⁽²⁰⁾, *las prestaciones por desempleo*⁽²¹⁾ y *sistemas públicos de garantía de empleo y de creación directa de puestos de trabajo*⁽²²⁾. Esta reivindicación de las políticas públicas activas y directas, tan “a contramano” de la entronización del mercado y lo privado, se afianza aún más, al demandarse el establecimiento de *servicios públicos de empleo*

eficaces⁽²³⁾, y hasta de *servicios públicos de calidad*⁽²⁴⁾.

Alcanzado este punto, el Pacto ya no podía mantenerse dentro de los límites de la política laboral, ni siquiera de la política social. De hecho, ya había ingresado a la política económica general y percibía que debía internarse más aún en ese terreno. En efecto, situar al pleno y empleo y el trabajo decente en el centro de la política económica, de conformidad con los postulados del Pacto y sobre todo de la Declaración sobre la justicia social de 2008, requiere que ella sea reformulada. Y de ahí que la resolución en estudio reclame *impulsar la demanda efectiva y contribuir al mantenimiento de los niveles salariales, inclusive por medio de paquetes de estímulo macroeconómico*⁽²⁵⁾, *desarrollar programas de obras públicas de emergencia y otros mecanismos de creación directa de puestos de trabajo*⁽²⁶⁾ y *aumentar las inversiones en infraestructura, investigación y desarrollo, servicios públicos y producción y servicios “verdes”*⁽²⁷⁾. Tal heterodoxia — comparada con el modelo neoliberal predominante en las últimas dos décadas del siglo XX —, debía necesariamente desembocar en el cuestionamiento global del referido modelo, lo que se concreta en la exigencia de *una regulación eficaz y productiva de las economías de mercado*⁽²⁸⁾. Más aún, se demanda que la cooperación internacional participe en “la construcción de *un marco regulador* y de control del sector financiero más fuerte y más coherente a nivel mundial, de manera que dicho sector *sirva a la economía real*, promueva las empresas sostenibles y *el trabajo decente* y asegure una mejor protección de los ahorros y las pensiones de las personas”⁽²⁹⁾.

(16) Art. 11.

(17) Cap. I, lit A.

(18) Art. 9, nums. 1-2.

(19) El lit. i del num. 2 del art. 11 mantiene, como se viene haciendo desde hace cierto tiempo, un inadmisibles resabio economicista: el uso de la expresión “mercado de trabajo”, que es inconstitucional en una institución cuya Constitución declara solemnemente que “el trabajo no es una mercancía”, estableciendo tal pronunciamiento como objeto central de la Organización. No es esta la única disposición del Pacto que usa esa expresión.

(20) Nums. 2-iii y 3 del art. 11.

(21) Num. 4 del art. 11 y lit. ii del num. 1 del art. 12.

(22) Num. 8 del art. 11.

(23) Art. 9 num. 4 (disposición que también incurre en el error señalado *supra*, nota 20).

(24) Art. 9 num. 1 (ya no servicios públicos de empleo, sino servicios públicos en general).

(25) Num. 1 del art. 11.

(26) Num. 8 del art. 11.

(27) Num. 10 del art. 11.

(28) Num. 10 del art. 9.

(29) Num 1 del art. 21.

2.2. Protección social

La protección social no figura solamente como objetivo o principio⁽³⁰⁾, sino además, como una de las *opciones específicas de política*, según reza el art. 10.

Así es que los arts. 12 y 13, además de reiterar la necesaria universalidad de la protección social, se refiere a la atención sanitaria, la seguridad en el ingreso de ancianos y discapacitados, las prestaciones por hijos a cargo, la extensión de la cobertura y duración de las prestaciones por desempleo, las transferencias en efectivo para pobres. Una mención especial reclama la indicación de establecer “prestaciones mínimas garantizadas en los países donde los fondos de pensiones o de salud ya no dispongan de una financiación suficiente que les permita asegurar una protección adecuada para los trabajadores” y “protecciones de los ahorros de los trabajadores al diseñar los sistemas futuros”; trátase de claras alusiones a los sistemas de seguridad social privatizados en América Latina a favor de “administradoras privadas de fondos de pensiones” que entre muchas otras inequidades, no garantizan coberturas mínimas a buena parte de los trabajadores. En el marco del discutible manejo de la noción de protección social, se incluye la política de salarios mínimos revisados periódicamente.⁽³¹⁾

Finalmente — en esta parte —, se pide a la comunidad internacional que proporcione asistencia y presupuesto para la construcción de “un régimen básico de protección social en cada país”.⁽³²⁾

2.3. Las normas internacionales del trabajo

La OIT nació como una institución “legislativa”, normativa, creadora de normas jurídicas. Es del caso reiterar que cuando se acordó debatir en las conversaciones de paz de Versalles la

eventual creación de un organismo internacional competente en temas laborales, la cuestión fue incorporada al orden del día como *legislación internacional del trabajo*. Evidentemente, el organismo a crear era un instrumento legislativo, ya que el objetivo era regular internacionalmente el trabajo. Y más aún: la actividad prevista en la Constitución de la OIT allí aprobada, es la actividad normativa y no otra. Sin embargo, desde los años 1980, al influjo del pensamiento hegemónico y del desequilibrio de fuerzas desfavorable a los trabajadores, se comenzó a discutir — incluso al interior de la organización —, la utilidad y pertinencia de la acción normativa. Claro: la OIT no podía escapar al empuje desregulador y flexibilizador de esos años. Al fin y al cabo, la OIT no puede ser mucho más que lo que son sus constituyentes: gobiernos, empresarios y trabajadores; y si la mayor parte de ellos estaban colonizados por el pensamiento único, este no podía sino filtrarse en la institución.

Pero en los últimos años — diríamos que aproximadamente a partir del 2000 —, tanto a nivel nacional como a nivel internacional, se comenzó a verificar el cuestionamiento del modelo neoliberal y una cierta revalorización de la intervención, de las regulaciones y del propio Estado y — en materia laboral — de la protección y las normas. Las crisis de 2008 hizo el resto.

No es de extrañar pues, que un texto de la OIT sobre la crisis, sea el que definitivamente — aunque a partir de antecedentes ya señalados, como la recomendación de 2006 y la Declaración de 2008 —, restablezca los valores, conceptos e instrumentos propios de la organización. Y consecuentemente, sus propias normas.

Y ya no solamente las normas calificadas como fundamentales o prioritarias — calificación que suponía, en cierta medida, una flexibilización por desmerecimiento de las demás normas —, sino ahora *a todas ellas*.

En efecto, ya en la parte de principios y objetivos, el Pacto mundial para el empleo acuerda “promover las normas fundamentales del

(30) La “protección social adecuada para todos”, del art. 9 num. 1.

(31) También en el art. 23.

(32) Num. 9 del art. 22.

trabajo y otras normas laborales internacionales”⁽³³⁾ y no solamente las primeras. Luego, les dedica un capítulo especial, denominado “Fortalecer el respeto de las normas internacionales del trabajo”, en el cual se subraya el carácter tuitivo de la normativa laboral y su especial utilidad ante la crisis “para evitar que se desate una espiral descendente en las condiciones laborales”.⁽³⁴⁾

Algunos otros aspectos del artículo 14 deben ser destacados.

En primer lugar, la nueva incorporación del valor de la dignidad humana — como se sabe, junto con el de igualdad, uno de los fundantes de todo el sistema de los derechos humanos —, como fundamento de los principios y derechos fundamentales en el trabajo. El principio, derecho o valor de la dignidad, no fue de manejo frecuente en el sistema normativo de la OIT — al menos no con la importancia y permanencia que se le atribuye en el sistema de los pactos y declaraciones de derechos humanos —, pero parecería que ahora, últimamente, viene siendo rescatado o “redescubierto” por la OIT. Primero fue en la Declaración de 2008 y ahora en este Pacto mundial para el empleo. La importancia dogmática de tal reconocimiento es evidente, ya que permite fundamentar la pertenencia de todas o algunas de las normas de la OIT al sistema de derechos humanos (mucho más allá de la pacata y limitada nómina de la Declaración de 1998). Del mismo modo, permite dotar de contenido jurídico al concepto de *trabajo decente* — que originalmente había sido de difícil categorización dogmática en la teoría del Derecho —, identificándolo con la noción de *trabajo digno*, propio de las normas internacionales de derechos humanos.

En segundo término, en la ya citada operación de recuperación de la importancia de todos los convenios internacionales del trabajo, es de gran trascendencia el numeral 2 del artículo 14: “Además de los convenios fundamentales del

trabajo, hay varios convenios y recomendaciones internacionales del trabajo pertinentes en este ámbito⁽³⁵⁾. Entre ellos se incluyen los instrumentos de la OIT relativos a la política de empleo, los salarios, la seguridad social, la relación de trabajo, la terminación de la relación de trabajo, los trabajadores migrantes, las condiciones de trabajo en el marco de los contratos públicos, la seguridad y salud en el trabajo, las horas de trabajo y los mecanismos de diálogo social”. Demás está decir que al incorporarlos a esta extensa nómina, se “revitalizan” convenios que estuvieron en entredicho dentro de la propia organización, como los convenios sobre jornada y sobre seguridad social y otros de gran trascendencia, como el referido a la terminación de la relación de trabajo. Hay que agregar a esta lista el convenio internacional del trabajo 131 sobre salarios mínimos, expresamente previsto en el artículo 23.

En tercer lugar, habida cuenta de la dimensión que han asumido la tercerización, la subcontratación y otros dispositivos análogos, no debe pasar desapercibida la referencia a la aplicación de la Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social a “todas las empresas, inclusive las que forman parte de cadenas de suministro”⁽³⁶⁾.

2.4. Otros aspectos

Como no podía ser de otra manera, el Pacto incluye aspectos que son muy propios de la OIT, como la reivindicación la libertad sindical, la negociación colectiva, el diálogo social y el tripartismo⁽³⁷⁾, la eliminación del trabajo forzoso e infantil, así como de las discriminaciones en el trabajo⁽³⁸⁾, con una referencia expresa a la reducción de la desigualdad de género.⁽³⁹⁾

(35) Es de suponer que se refiere al ámbito de los efectos de la crisis sobre el trabajo.

(36) Numeral 3 del art. 14.

(37) Numeral 8 del art. 9, numeral 3 del art. 12, lit. ii del num. 1 del art. 14 y arts. 15-16.

(38) Lit. i del num.1 del art. 14.

(39) Numeral 7 del art. 9.

(33) Num. 7 del art. 9.

(34) Acápito del art. 14.

Es coherente con el tono general de este instrumento, “el fortalecimiento de la capacidad de la administración del trabajo y de la inspección del trabajo”⁽⁴⁰⁾, que como bien se sabe, es uno de los problemas pendientes en muchos países de América Latina.

3. Evaluación

Más allá de sus imprecisiones técnicas y de algunas concesiones propias de un instrumento negociado, el Pacto Mundial para el empleo debe ser celebrado por diversas razones, que van bastante más allá de su objetivo concreto, relacionados con los efectos laborales de la crisis financiera internacional desencadenada en 2008.

En efecto, por una parte, en lo inmediato, el Pacto acierta en diseñar unas directivas protectoras del trabajador ante los efectos de la referida crisis. Pero por otro lado, la forma en que lo hace, el marco en el que se presenta y los antecedentes con los que se vincula, le dan una dimensión mucho mayor, que puede visualizarse en tres aspectos.

1. Este instrumento ratifica el viraje que parece darse en la OIT — y en las relaciones laborales en general —, a partir del agotamiento del modelo neoliberal prevaleciente a fines del siglo XX y de rescate del Derecho laboral protector y de gran parte de sus valores, principios e instrumentos. La revolarización por parte de la OIT, de los derechos y de sus propios convenios internacionales “no fundamentales”, es un aspecto particularmente significativo de esta tendencia.

2. En el Pacto mundial para el empleo esa tendencia no se limita al área estrictamente laboral ni social, sino que se extiende a la política económica general.

3. El texto en cuestión se entrelaza fuertemente con la recomendación 198 sobre la relación de trabajo (2006) y con la Declaración sobre la justicia social para una globalización justa (2008) y puede ser vista como una reglamentación de la aplicación de esta última a la crisis de 2008/2009.

(40) Art. 17.

A nova redação do art. 895 da CLT

Antônio Álvares da Silva^(*)

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Precisão terminológica
- ▶ 3. Conceito de sentença
- ▶ 4. A nova redação do art. 895 da CLT
- ▶ 5. Os efeitos da Lei n. 11.295/09 sobre o processo do trabalho
- ▶ 6. Decisões terminativas e definitivas dos TRTs em competência originária
 - ▶ 6.1. Dissídios coletivos e mandado de segurança coletivo
 - ▶ 6.2. Ação rescisória
- ▶ 7. Conclusões

1. Introdução

A Lei n. 11.295, de 17.4.09, deu nova redação ao art. 895 da CLT, que passou a ter a seguinte redação:

“Art. 895 – Cabe recurso ordinário para a instância superior:

I – Das decisões definitivas ou terminativas das Varas e juízos, no prazo de 8 dias; e

II – das decisões definitivas ou terminativas dos Tribunais Regionais, em processos de sua competência originária, no prazo de 8 (oito) dias, quer nos dissídios individuais, quer nos dissídios coletivos.”

Houve duas modificações: uma, sem importância, que consistiu na mudança da numeração: em vez de letras, algarismos romanos. A outra, de importância: ao lado de decisões definitivas, tanto das Varas quanto dos Tribunais, em sua competência originária, foi acrescentada a palavra “terminativa” formando a locução “decisões definitivas ou terminativas”.

(*) Professor Titular da Faculdade de Direito da UFMG. Desembargador Federal do Trabalho.

2. Precisão terminológica

A CLT manteve, tanto na redação antiga como na atual, a palavra “decisão” como termo genérico das espécies: sentenças terminativas e definitivas.

O legislador deveria ter aproveitado a oportunidade para aperfeiçoar a terminologia processual da CLT. Em vez de “decisão” deveria ter empregado, a exemplo do CPC, a palavra “sentença”, que designa julgamento de questão processual ou de mérito.

O termo “decisão” ficaria apenas para designar o julgamento de questão incidente no curso do processo, para permitir-lhe o fluxo e o desenvolvimento, como as “decisões interlocutórias”. O despacho, como terceiro ato do juiz e de menor importância, designaria os atos para cuja realização a lei não prevê outra forma. Tudo como está no art. 162 do CPC.

A palavra incidente (*in + cadere* = cair), ou seja, o que cai dentro, aquilo que sobrevém, eventual, como define o *Houaiss* eletrônico.

No curso maior do processo, há um acontecimento menor que precisa ser superado para permitir-lhe o desenvolvimento regular.

A decisão interlocutória, ao resolver o incidente, faz exatamente a ligação da fase anterior com a posterior, libertando o processo do empecilho, a fim de que prossiga em direção à sentença.⁽¹⁾

Como último ato do juiz, está o despacho que designa o ato por ele praticado para o qual a lei não estabelece outra forma.

A palavra tomou sentido restritivo e técnico, pois, originariamente, significa resolução, decisão de autoridade pública aposta em documentos como petições, requerimentos, etc., deferindo ou indeferindo pleitos. Ex.: o juiz deu despacho favorável à solicitação. Daí, Resolução (oral ou escrita) tomada após exame; deliberação, decisão; Houaiss eletrônico.

Em processo, o sentido limitou-se e passou a ser o de desimpedimento, deslocamento de obstáculo para que se siga em frente. A diferença entre despacho e decisão interlocutória é apenas de intensidade. Pode-se dizer que no despacho há apenas uma situação que aguarda um direcionamento do juiz, que atua sem necessidade de contraditório.⁽²⁾

Há ainda os atos meramente ordinatórios que se constituem da juntada e vista obrigatória,

recebimento de peças processuais, requerimentos, etc. — art. 162, § 4º do CPC — que são praticados de ofício pelo servidor.

Todos estes atos — sentença, decisão interlocutória, despacho, ato ordinatório, juntamente com os atos das partes e dos servidores do Judiciário — dão a dinâmica e a força motriz ao processo, a fim de que chegue ao epílogo, ou seja, à sentença final irrecorrível, que fará coisa julgada, ditando a solução definitiva e imodificável da controvérsia.

3. Conceito de sentença

O direito material, ao regular a conduta humana, objetiva um fim valorativamente verificável e embutido na vontade do legislador. O Direito não retira seus conceitos do vazio. Eles estão na vida. Mas, ao juridicizá-los, dá-lhes conteúdo próprio, redimensionando-os em relação à realidade, por meio do revestimento da linguagem normativa.

Essa passagem importa num certo tecnicismo de conceitos e numa precisão vocabular. Por isso, disse Kaufmann que “*Wissenschaftlich kann man das Weltbild des Juristen also kaum nennen. Man kann es aber auch nicht ohne weiteres als umgangssprachlich bezeichnen.*” (Não se pode com certeza dizer que o mundo concebido pelos juristas seja puramente científico. Mas, por outro lado, não podemos designá-lo simplesmente como mundano).⁽³⁾

Está na natureza do Direito ordenar (*anordnen*), determinar (*bestimmen*), valorar (*bewerten*),⁽⁴⁾ ou seja, fixar a conduta humana, baseada na realidade, e devolvê-la a esta mesma realidade, para modificá-la. As normas jurídicas buscam sempre eficácia. Precisam atuar concretamente, revalorizando a realidade de onde saem e para onde inapelavelmente voltam.

Quando essas normas não se aplicam voluntariamente, há que forçar sua aplicação, superando as resistências. Como não é dado

(1) A etimologia do adjetivo “interlocutório” ou do substantivo “interlocução” mostra com toda clareza a ideia de relação de um anterior com um posterior, pois se forma do prefixo *inter*, que significa estar no meio, e o verbo *loquere* — falar (*loquor, eris, loqui, locutus sum*), ou seja, o que fala, atua ou age intermediariamente entre dois campos.

(2) O étimo da palavra confirma a definição. Provém de *pes, pedis*, que significa pé, como símbolo do movimento. Deu em português impedir barrar pelos pés, desimpedir soltar os pés, expedir, expedição, expediente, significando movimento de soltar, liberar, agir. A palavra “despacho” está nesse contexto e se forma do prefixo “des”, que dá a ideia de intensidade, e o radical “pad”, variante de “ped”. A palavra sugere agilização, desimpedimento, rapidez, etc. É esta, exatamente, sua função no processo: desimpedir para que o processo ande. Sobre a formação do termo e seus radicais latinos, ver MARTION, F. *Les Mots Latins*. Paris: Hachette, 1941. p. 191.

(3) KAUFMANN, Arthur. *Rechtsphilosophie*. 2. Auf. München: C. H. Beck. 1997. p. 96.

(4) KAUFMANN. *Op. cit.*, p. 96.

ao cidadão o poder da justiça de mão própria, transfere-se ao Estado a missão.

Esse, por sua vez, ao aplicá-las, serve-se de agentes que, por se vincularem às leis e à Constituição, não podem agir arbitrariamente. Toda autoridade é de alguma forma vinculada, para garantia dos cidadãos e do estado democrático de Direito, que não prescinde da força, mas coordena e dirige seu uso.

Para regular essa aplicação, o Estado cria normas de natureza diferente daquelas de direito material que regulam a conduta. Essas normas se destinam a ordenar a aplicação das leis. Atuam, portanto, no âmbito formal: não criam o direito, mas garantem sua efetividade.

E aqui começa o mundo do processo.

O juiz, como braço do Estado, não cria o Direito, mas apenas o concretiza, embora nessa concretização exerça certa função criadora e esclarecedora em relação à norma e à realidade onde vai ajustá-la.

Nenhum aplicador da lei ou de qualquer outra realidade normativa é neutro e mecânico. Não é apenas a “boca da lei” (*bouche de la loi*), mas sua “boca e espírito” (*bouche et esprit*) da lei. O raciocínio da subsunção nunca prescinde da contribuição humana de quem o faz.

Norma e realidade são entidades distintas. Mas o intérprete as ajusta para que a vida e sua previsão normativa se juntem para os fins queridos pelo legislador.

Se o processo visa à eficácia das normas, é da natureza das coisas que o Estado emita um comando dizendo de que forma o comando abstrato vai atuar no caso concreto que lhe foi submetido para o julgamento.

Quando assim age, o Estado, por meio de seu agente — o juiz —, sentencia ou julga, resolvendo a controvérsia. Por isso, lembrou o clássico *Francisco de Paula Baptista* o provérbio de *Bacon*: “*Judicia anchorae legum sunt*” — Os juízos (os tribunais) são a âncora da lei.⁽⁵⁾

(5) *Compendio de theoria e pratica do processo civil comparado com o comercial*. Rio de Janeiro: Garniere, 1901. p. VII (prefácio).

Controvérsia, processo e sentença são termos correlatos, que visam a um objetivo comum. A forma de regulá-los é que varia no tempo e depende do direito de cada país.

A antiga definição de sentença dada pelo CPC era a seguinte:

“Art. 162 (...) ”

§ 1º Sentença é o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa.”

Levou-se em conta a sentença como meio de extinção do processo. Mas ela pode também ser considerada por outro aspecto: pela natureza do julgamento, sem a referência ao término do processo, cujo curso pode continuar sem que afete a noção de sentença.

Como o processo é meio para se atingir o fim, ou seja, o julgamento de mérito, a definição atentou para este aspecto: a sentença pode extinguir a ação por razões meramente instrumentais, ligadas ao processo. Nesse caso, não atinge o mérito.

Se supera as questões instrumentais e julga a relação de direito material, chega então ao que se chama mérito.

A Lei n. 11.232/05 redefiniu sentença pela sua finalidade, associando-a com as situações previstas nos arts. 267 e 269 do CPC:

“§ 1º Sentença é o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 desta Lei.” (Redação dada pela Lei n. 11.232, de 2005)

Tomou-se a palavra “situação” para designar genericamente os atos e fatos processuais descritos nos artigos citados.

Dizem *Marinoni* e *Arenhart* que:

“(...) A novidade da Lei n. 11.232/05 está na existência de sentenças de mérito que não extinguem o processo. Na verdade, tal modificação deriva do novo sistema que a própria lei outorgou à execução da sentença que impõe o pagamento de quantia certa, dispensando a propositura da ação de execução e permitindo que a execução seja feita em

uma fase do processo já instaurado, denominada de cumprimento da sentença.” (Capítulo X, Título VIII, Livro I, acrescido pela Lei n. 11.232/05, acrescida pela Lei n. 11.232/2005 ao CPC)⁽⁶⁾

Se foi realmente por essa razão, o legislador modificou desnecessariamente a lei processual, cuja definição anterior de sentença foi elogiada por *Pontes de Miranda*, que lhe salientou a precisão.⁽⁷⁾

De fato, o que se pretendeu foi extinguir a ação de execução, incorporando-a ao processo já instaurado, e não extinguir com os atos de execução, que necessariamente continuam existindo nas sentenças condenatórias.

Por se agregarem atos executórios imediatamente após a sentença, nem por isso ela se descaracteriza, pois cumpriu sua função processual de decidir.

Anteriormente, por se considerar o processo de execução autônomo em relação ao de conhecimento, o conceito de sentença era dado em função do término deste para que se prosseguisse naquele.

Quem vem a juízo pretende a prestação judiciária completa, isto é, a relação de direito material, o mérito da causa.

Se para obtê-la a lei previu dois tipos de processo, a divisão do legislador não poderia desfigurar a função do processo em si mesmo, que, pela natureza da coisa, é e sempre será a de decidir a controvérsia e atribuir ou negar a alguém o que foi pedido ao Estado.

José Carlos Barbosa Moreira faz duras críticas à nova redação, censurando o emprego do verbo “implicar”. Diz:

“A sentença não ‘dá a entender’, não ‘pressupõe’ nem ‘traz como consequência’ ou ‘importa as hipóteses arroladas nos arts. 267

e 269’. Tome-se por exemplo o inciso I do art. 267, consoante o qual o processo se extingue sem resolução de mérito ‘quando o juiz indeferir a petição inicial’. Não se afigura adequado dizer que a sentença, aí, pressupõe o indeferimento da inicial ou o ‘traz como consequência’. Nem uma coisa nem outra: a sentença indefere, ela própria, a inicial; não se coloca depois nem antes do indeferimento, mas coincide com ele, temporal e logicamente. Não há como supor que a sentença ‘dê a entender o indeferimento da inicial nem que ela’ o ‘importe’. O que na verdade se pode predicar da sentença é que ela se identifica com o indeferimento. O indeferimento está na sentença, ou, melhor ainda, é a sentença, olhada em seu conteúdo.”⁽⁸⁾

Vistas as coisas do lado como foram descritas, procedem as críticas. Mas, levando-se em conta que o legislador não é por natureza um bom definidor, a definição cumpriu sua finalidade enquanto linguagem, porque realizou a compreensão e transmitiu o pensamento de acordo com o que pretendeu.

Ao definir sentença pela finalidade, ou seja, pelo que com ela se obtém, o legislador quis dizer que o juiz a exercitará sempre que seu ato tiver como conteúdo uma das situações, isto é, das entidades jurídicas descritas nos arts. 267/269.

Se, logo abaixo do art. 162, o legislador tivesse enumerado as hipóteses consideradas como sentença, a transmissão linguística de sua mensagem seria plena. A sentença então seria o que a lei apontasse que ela é.

O problema é que, com a referência a outros artigos, surgiu a dúvida apontada de a sentença “implicar” “ter como consequência” a ampla enumeração, principalmente do art. 267, ou ser ela mesma a geradora das situações ali descritas.

Dentro desse aspecto, pode-se ler a referência como sendo sentença o que se define nos arts. 267/269 do CPC.

(6) MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de conhecimento*. 6. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 403.

(7) MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao CPC*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1974. t. III, p. 86.

(8) MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual civil*. 9. série. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 174.

Portanto, as críticas têm pouco ou nenhum significado.

Também, ao usar a palavra “situação”, não se quis impregná-la do sentido jurídico-filosófico usado por Kohler ou mesmo como caracterizadora do próprio processo como situação jurídica — Goldschmidt.⁽⁹⁾ Diz esse autor:

“Desde este punto de vista, las normas jurídicas constituyen para los sometidos a ellas, las conminaciones de que el juez observará determinada conducta, y, en último término, de que dictará una sentencia judicial de determinado alcance. Los vínculos jurídicos que nacen de aquí entre las partes no son propiamente “relaciones jurídicas, esto es, non son facultades ni deberes en el sentido de poderes sobre imperativos e mandatos, sino situaciones jurídicas, es decir, situaciones de expectativa, esperanzas de la conducta judicial que ha de producirse y, en último término, del fallo judicial futuro.”

Nesse sentido aproximado, como expectativas, esperanças da conduta judicial através da sentença, é que o termo foi usado.

A finalidade dos arts. 267/269, ao distinguir com clareza e enumeradamente a extinção do processo com julgamento ou sem julgamento de mérito, foi de trazer segurança e explicitude às sentenças judiciais, pois, do ponto de vista conceitual, sempre há dúvidas em relação a pontos fronteiriços.

O exemplo está no art. 268, que diz:

“Art. 268. Salvo o disposto no art. 267, V, a extinção do processo não obsta a que o autor intente de novo a ação. A petição inicial, todavia, não será despachada sem a prova do pagamento ou do depósito das custas e dos honorários de advogado.

Parágrafo único. Se o autor der causa, por três vezes, à extinção do processo pelo fundamento previsto no número III do artigo anterior, não poderá intentar nova ação

contra o réu com o mesmo objeto, ficando-lhe ressalvada, entretanto, a possibilidade de alegar em defesa o seu direito.”

Portanto, todas as hipóteses enumeradas no art. 267, quando forem causa de extinção do processo, permitem o reingresso da ação, exceto a ressalva do item V, ou seja, quando houver acolhimento de perempção, litispendência ou coisa julgada.

Formalmente, essas três hipóteses, por darem causa a julgamentos definitivos, têm o mesmo efeito da sentença de mérito, ou seja, impedem a repetição do processo.

A enumeração taxativa das hipóteses esclarece as dúvidas e traz certeza e segurança.

Da mesma forma agiu o legislador com a contestação — art. 300. Depois de explicitar a regra básica da defesa — exposição de toda a matéria de fato e de direito que serve de impugnação ao direito do autor, seguida da especificação das provas —, enumerou também o que o réu deve alegar antes de discutir o mérito — art. 301.

Com essa medida, ordenou o processo, fixando com clareza o procedimento e marcando com nitidez o espaço da inicial e da contestação. Com isso fica facilitada a coleta da prova e a prolação da sentença.

Como conclusão, deve ser salientado que a mudança na conceituação de sentença no CPC não trouxe nenhuma modificação de vulto. Apenas ordenou melhor as coisas.

Pelo fato de haver sentença de mérito e prolongamento do processo, em nada se muda a natureza das coisas, pois pode haver sentença em questões estritamente processuais que extingue o processo, assim como sentença de mérito que não lhe impede o seguimento para alguns efeitos.

O que há no fundo é o que já se conhecia antes e estava elaborado na ciência jurídica: sendo o processo meio e instrumento, possui necessariamente regras. Se a sentença se baseia nelas ou em algumas delas, a decisão não vai ao fundo da questão e se limita ao procedimento.

(9) GOLDSCHMIDT, James. *Derecho procesal civil*. Barcelona: Labor, 1936. p. 7.

Se o processo está sanado enquanto forma, o juiz vai por intermédio dele ao mérito e decide a questão de fundo, que constitui o real objeto do processo e definitivo interesse das partes. Se não, extingue a controvérsia por defeito no processo. Mas, deixando de julgar o mérito, outro vai iniciar-se com essa finalidade.

4. A nova redação do art. 895 da CLT

Como já foi notado, a nova redação do art. 895 da CLT disse que, das decisões terminativas ou definitivas das Varas e dos Juízos, bem como dos Tribunais Regionais, em sua competência originária, em dissídios individuais e coletivos, cabe recurso ordinário.

A nova redação é falha em precisão terminológica.

Para começar, usa o termo “decisão” quando deveria ter usado “sentença”, como está no CPC. A palavra “decisão” é por demais vaga e serve para qualquer situação em que, havendo diferentes opções, escolhe-se uma, excluindo-se as demais.

Nesse sentido, é sinônimo de escolha e, como tal, integra o cotidiano das pessoas e constitui seu dia a dia. Viver é, antes de tudo, decidir, optar por situações, fazer escolhas ou, em última análise, praticar o ato da discriminação das alternativas possíveis.⁽¹⁰⁾ Sendo o homem livre, ele terá sempre que decidir, perante o imenso leque dos momentos e das opções que se abrem a todo instante sobre sua vida.

Quando essa opção ou escolha se tecniciza e passa à linguagem jurídico-processual, emprega-se como ações do juiz em relação ao processo. Abrange todos os atos decisórios que pratica, ou seja, sentenças, interlocuções e despachos.

Porém, em virtude de sua amplitude e extensão, as decisões *lato sensu* se especializaram na ciência processual e passaram a ter conteúdos definidos nas três expressões que já estudamos

anteriormente: a sentença, as decisões interlocutórias e os despachos, conforme o art. 162 do CPC.

Essa classificação é universal e, com pequenas modificações, está presente em todos os códigos de processo.

A CLT, ao fazer lei para dar nova redação ao art. 895, cuja redação mantinha a palavra decisão, deveria ter aproveitado a oportunidade e usado a palavra cientificamente correta: em vez de “decisão”, “sentença”. Com isso, melhor serviria à ciência do processo.

Como salienta *Paul Albert Simon*:

“A linguagem é amplamente tributária de uma relação renovada com o exterior.”⁽¹¹⁾

Em se tratando de linguagem técnica, essa renovação é mais permanente ainda, porque a linguagem se condiciona pelo fato científico novo que surge permanente nas ciências. Na ciência jurídica, em que as palavras dão o formato das regras, é fundamental a precisão. E o legislador não pode ignorar essa circunstância.

A cada lei que se edita, o Direito deve cunhar a palavra adequada para exprimir o conceito, se já não existe na experiência anterior.

Talvez a manutenção da palavra “decisão” se deva ao fato de ser ela tradicional na linguagem da CLT, tanto para questões administrativas quanto judiciárias.

Os termos “decisões terminativas” e “decisões definitivas” são contraditórios na doutrina, embora sem muita frequência, para indicar que as sentenças definitivas são de mérito e as terminativas (também ditas formais ou processuais) decidem o processo sem julgamento do mérito.⁽¹²⁾

Até aqui, tudo certo, porque os nomes equivalem a situações fáticas existentes no processo, como já foi demonstrado.

(10) ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. São Paulo: Mestre Jou, 1960. p. 217.

(11) Em prefácio ao livro *Introdução à filosofia da linguagem* de JACOB, André. São Paulo: Rés. Porto. s. d., p. X.

(12) Veja-se, por exemplo, SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1979. 3. vol., p. 17.

Mas, se a sentença definitiva julga o mérito e põe termo ao processo, há também sentença terminativa com o mesmo efeito, e o processo não pode mais ser repetido, embora a questão decidida seja meramente processual. O exemplo está no art. 267, V.

Onde enquadrar essa hipótese? A sentença não é de mérito, mas definitiva. Tem conteúdo processual, mas não permite ao autor repetir a ação.

A par dessa questão terminológica, o problema se complica, analisando-se a sistemática processual da CLT e as peculiaridades do processo do trabalho, nela tão bem elaboradas, para distinguir o processo do trabalho do processo comum, realçando-lhe a instrumentalidade para decidir com rapidez e segurança as questões sociais.

Embora esta feição a cada dia se descaracterize pela “processualização civil” do processo do trabalho, cumpre ao legislador, ao intérprete e à doutrina resguardá-la a qualquer custo, pois o processo do trabalho foi sempre modelo para o processo comum, principalmente para as Leis ns. 9.099/95 e 10.259/01, que simbolizam o ponto alto da legislação processual brasileira, depois dos dois códigos de processo civil.

Nelas foram incorporados, desenvolvidos e modernizados os institutos processuais trabalhistas, pioneiros da informalidade, tornando-as um instrumento eficiente de composição das ações de sua competência.

Se há críticas constantes aos juizados cíveis e federais, elas não se localizam nas leis propriamente ditas, mas em sua operacionalidade: falta de meio, pessoal de apoio e necessidade de mais juízes.

É o único caso em que se deve efetivamente admitir a nomeação de mais juízes. Para o restante do Judiciário, o que se tem de fazer é reformar o processo e não aumentar o número de magistrados e servidores.

O art. 893, § 1º, é um exemplo dessa afirmativa. Diz:

“Os incidentes do processo serão resolvidos pelo próprio Juízo ou Tribunal, admitindo-se a apreciação do merecimento das decisões interlocutórias somente em recurso da decisão definitiva.”

A irrecorribilidade das decisões interlocutórias visa a abreviar o julgamento e permitir maior fluxo do processo. A intenção do legislador foi a concentração dos atos em audiência e a rápida obtenção da sentença. Todas as questões de recorribilidade são transferidas para os TRTs, que as apreciarão em conjunto quando for interposto recurso da decisão definitiva.

O CPC copiou apenas pela metade a lição. Admitiu a recorribilidade das decisões interlocutórias por meio de agravo retido, mas abriu exceção para a recorribilidade independente, fora do processo, por intermédio de instrumento em casos de lesão grave e de difícil reparação.⁽¹³⁾

A CLT, já nos idos distantes de 1943, adotou posição mais inteligente e consentânea com a agilidade do processo.

Conforme o art. 799, só podem ser opostas, com suspensão do processo, as exceções de suspeição e incompetência. As demais serão alegadas como matéria de defesa.

As exceções de suspeição e incompetência suspendem o andamento do processo porque, se procedentes, o tornariam viciado e nulo. Por isso o legislador, preventivamente, sem esperar pelo julgamento final, determina a paralisação do processo e seu imediato julgamento.

Já quanto às demais, manda que figurem como matéria de defesa, podendo ser reanalisadas somente no recurso da sentença final.

Do julgamento das exceções de suspeição e incompetência não cabe nenhum recurso.

(13) “Art. 522 – Das decisões interlocutórias caberá agravo, no prazo de 10 (dez) dias, na forma retida, salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, quando será admitida a sua interposição por instrumento.”

Salvo, quanto a essa, se terminativa do feito.⁽¹⁴⁾ Porém a parte poderá alegá-las novamente no recurso da sentença final — art. 799, que se coloca, dessa forma, em plena consonância com o art. 893, § 1º.

5. Os efeitos da Lei n. 11.295/09 sobre o processo do trabalho

Ao dizer a lei que cabe recurso ordinário para a instância superior das decisões definitivas das Varas e dos Juízos e das decisões definitivas dos TRTs, em dissídios individuais e coletivos, nada disse de novo, pois era essa a situação anterior.

O problema é que, além do que já havia, acrescentou o que não deveria acrescentar: decisões terminativas.

Qual teria sido a intenção do legislador?

Em uma interpretação imediata e plenamente admissível pela redação, pode-se dizer que ele tornou recorríveis todas as decisões terminativas, tanto nas Varas quanto nos TRTs. É exatamente isso que está escrito na lei.

Se for essa a interpretação aceita, o Processo do Trabalho terá dado um gigantesco passo para trás e se tornará inviável, em razão da recorribilidade repetitiva e fácil que naturalmente proliferará em suas lides.

O art. 893, § 1º, estará revogado, e o art. 799, § 2º, deverá ser reinterpretado, também em função da recorribilidade plena.

O merecimento das decisões interlocutórias não será mais apreciado no recurso que se interpõe da sentença definitiva, mas diretamente, tal como no cível. As exceções de suspeição e incompetência que suspendem o processo serão recorríveis de imediato.

A recorribilidade apenas da exceção de incompetência, quando terminativa do feito — art. 799, § 1º —, agora se torna regra geral.

Anteriormente, quando o juiz do trabalho decidia a exceção de incompetência em razão

do lugar e enviava o processo para outra Vara, com base no art. 651 da CLT, havia dúvida de que essa decisão era recorrível.

Alguns entendiam que sim, pois houve sentença terminativa em relação à competência de uma Vara, recomeçando a reclamação em outra.

Mas havia opiniões em contrário, pois a “terminação” se dava em função apenas de uma Vara. Quando o processo era enviado para outra, não se transcendia a jurisdição do trabalho. Portanto, a decisão só seria recorrível quando da decisão definitiva.

Agora, a dúvida foi dissipada. Quando o juiz do trabalho sentencia terminativamente em Vara, sobre questão de competência em razão do lugar, a recorribilidade está expressamente permitida.

A filosofia que sempre orientou o processo do trabalho consistiu em não permitir recorribilidade em separado, ou seja, antes da sentença definitiva.

As questões incidentais de qualquer espécie, precluídas por meio da figura jurisprudencial do “protesto”, analisavam-se por ocasião do recurso da decisão definitiva. Tudo de acordo com a inteligente visão do legislador celetista de 1943.

O “protesto”, interessante nomenclatura criada pela jurisprudência trabalhista, é uma síntese ou um signo linguístico para abreviar a arguição de nulidade por cerceamento de defesa, quando a parte fala pela primeira vez em audiência ou nos autos — art. 795. Assim se “retém” ou se preclui a questão a fim de que, no recurso da sentença definitiva, possa ser reapreciada na instância superior.

Esse foi exatamente o sistema adotado pelo CPC, com a nova redação do art. 522, dada pela Lei n. 11.187, de 2005, apenas com a diferença de que há possibilidade de agravo por instrumento quando a decisão causar grave e difícil reparação, e ainda nos casos de inadmissão da apelação e dos efeitos de seu recebimento.

(14) Ao contrário do processo civil comum, que permite agravo.

A CLT não previu a via do instrumento exatamente porque a questão será examinada pelo TRT, quando do recurso da decisão definitiva. Como a audiência trabalhista é, em princípio, una, com sentença proferida a seguir, não haveria tempo de distribuir o instrumento em separado no TRT.

Nos casos de efeito da apelação, a CLT se diferencia profundamente do CPC, porque todos os recursos têm efeito devolutivo, salvo exceções expressas.

O sistema adotado era racional, inteligente e funcional. Pode-se dizê-lo moderno e atual, não obstante os quase setenta anos de existência da CLT. O que é bom sempre dura no tempo: *quod bonum, tempus non delet*.

Agora, com a nova redação do art. 895, a CLT ficou pior do que o CPC. Se aqui o agravo em princípio era sempre “retido”, a recorribilidade agora, pela nova redação do art. 895, se tornou plena, e toda sentença terminativa é recorrível.

Portanto, há de se fazer agora uma nova leitura do art. 799, § 2º, pelo qual só cabe recurso da exceção de incompetência quando terminativa do feito.

As hipóteses mais comuns da extinção de incompetência são aquelas que se fixam em relação da pessoa, da matéria e do lugar, critérios que sempre estiveram presentes, desde o processo civil romano até nossos dias, para estabelecer a divisão da jurisdição.⁽¹⁵⁾

A questão da competência territorial já foi explicada. A competência, quanto às pessoas que participam da relação jurídica, também perdeu força depois da EC n. 45/04, pois a condição de trabalho autônomo e subordinado

provém da relação de trabalho, e se colocam hoje igualmente sob a competência da Justiça do Trabalho.

A relação de trabalho que tem no polo ativo o servidor público e no passivo a União, o Estado e os Municípios é da competência da Justiça Comum, Federal ou Civil/Penal, conforme jurisprudência do STF.

Resta apenas a competência em razão da matéria. Se a controvérsia armar-se em torno da relação empregatícia, a exceção de incompetência coincide com o mérito da causa. Não se trata de sentença terminativa, mas de mérito, da qual caberá recurso para os TRTs, que não devolverão a matéria à Vara “para julgar o mérito”, como se fazia antigamente.

Era erro grave essa insistência porque o mérito já estava, de qualquer forma, julgado. Negada a relação empregatícia que era posteriormente reconhecida, bastava acrescentar os direitos trabalhistas devidos.

Negada a relação empregatícia, mantida no TRT, não haveria direitos trabalhistas, embora a parte autora possa e deva, em pedidos alternativos, requerer direitos devidos pela relação de emprego ou pela prestação de trabalho autônomo, não reconhecida aquela.

Em quaisquer das hipóteses, há sentença definitiva, tanto nas Varas quanto nos TRTs.

Portanto, em relação à exceção de incompetência quanto à matéria, haverá sempre uma questão de mérito decidida por sentença definitiva, que será objeto de recurso ordinário e de revista.

Já quanto à incompetência territorial, a questão será decidida por sentença terminativa, agora sempre recorrível, depois da edição da Lei n. 11.925/09.

Conclusão: haverá sempre recurso.

A exceção de suspeição — art. 801 da CLT — também merece novas considerações.

Alegados os motivos de sua arguição — inimizade pessoal, amizade íntima, parentesco por consanguinidade ou afinidade até o terceiro

(15) Sobre a *jurisdictio* romana ver CUENCA, Humberto. *Proceso civil romano*. Buenos Aires: Europa-América, 1957. p. 3, em que se fala da competência geral do imperador para dizer a lei em todo o Império, dos pretores, como delegados dele, sem limites territoriais, nem da natureza da demanda ou dos que nela se envolvessem. Finalmente, a jurisdição *minus plena*, sujeita a juízes com restrições de competência.

grau civil, interesse particular na causa —, o juiz ou o tribunal designará audiência para instrução e julgamento da exceção.

Note-se que a própria autoridade judicante, contra a qual se arguiu a suspeição, é que instruirá o processo.

Quando se trata de órgão colegiado, como é o caso de turma ou seção de um tribunal, o fato se torna mais compreensível, pois a autoridade arguida de suspeição decidirá em minoria.

Porém, nos casos de órgãos não colegiados, como é o caso da primeira instância, pode parecer absurdo que o juiz julgue sua própria suspeição.

Mas não é bem assim.

Ao instruir o processo, haverá a participação dos advogados, que poderão alegar qualquer abuso ou parcialidade. Julgado o caso, a parte podia alegar novamente a questão no recurso da decisão definitiva. Além do mais, o juiz não tem interesse na causa. Ninguém mais adequado do que ele próprio para julgar sua suspeição.

Entretanto, essa hipótese será rara e acadêmica. Todo juiz que se julgue suspeito declarar-se-á suspeito por razão de foro íntimo.

Mas, agora, dando por sua própria suspeição ou recusando-a, o juiz decidirá terminativamente, e dela, em qualquer hipótese, caberá recurso para o TRT. Se a suspeição se der no TRT, poderá haver recurso para o TST.

Como a última instância trabalhista se acha atrasada em julgamentos, o processo fica transferido para as calendas gregas, pois, além da espera para o julgamento da sentença terminativa, haverá outra, maior ainda, para o julgamento da sentença definitiva.

O Processo do Trabalho dava melhor tratamento ao problema do que o CPC — arts. 312/314, pois permitia ao próprio juiz julgar a suspeição, relegando à parte a possibilidade de alegar os fatos na decisão definitiva.

Com isso, mantinha-se a fidelidade ao princípio da irrecorribilidade em separado da decisão definitiva, sem nenhum prejuízo às partes.

Agora, caso o juiz não se dê por suspeito, caberá sentença terminativa e recurso para o TRT, ou do TRT para o TST, se a arguição se der contra desembargador do TRT. Encontra-se assim mais uma porta para a recorribilidade desenfreada que tomou conta do processo do trabalho.

O art. 151-A, do regimento interno do TRT da 3ª Região, que prevê a remessa dos autos ao TRT, depois das informações do juiz de primeiro grau, é absolutamente ilegal, pois revoga a CLT, que não prevê essa hipótese. Houve influência do CPC na redação do artigo regimental. Mas, como é evidente, o regimento não pode revogar leis. Ao contrário, deve ajustar-se a elas.

Cabe agora à jurisprudência esclarecer todos esses pontos problemáticos da nova lei, principalmente se as decisões interlocutórias forem equiparadas às sentenças terminativas e se delas houver recorribilidade em separado, antes da sentença final.

O fato é que a correta postura do processo do trabalho de só permitir recurso de decisão definitiva é uma orientação acertada e produtiva. A Lei n. 11.927/09 não contribuiu para a manutenção dessa saudável orientação. Atuou onde não deveria atuar, fendendo a tradicional estrutura, que se mostrou válida pela experiência histórica, abrindo brecha para mais recursos. Em nada contribui para o aperfeiçoamento do processo do trabalho.

6. Decisões terminativas e definitivas dos TRTs em competência originária

6.1. Dissídios coletivos e mandado de segurança coletivo

Com a nova redação do art. 114, § 2º, da CF, que exige comum acordo para a proposição de dissídio coletivo, a Justiça do Trabalho exerce uma função mais arbitral do que judiciária.

Decide porque as partes assim querem, deixando de lado a compulsoriedade da prestação jurisdicional. Os TRTs agirão como tribunais de arbitragem, atendendo ao comum acordo das partes para decidir o conflito coletivo.

Esse fato mostra as peculiaridades do dissídio coletivo e seu ineditismo como instituto jurídico, que só existe e funciona mediante vontade das partes.

A sentença em dissídio coletivo será sempre definitiva, como toda sentença arbitral. As decisões interlocutórias, quando houver e se houver, terão de fato essa natureza e não irão além, para se transformarem em sentença terminativa.

Pela lógica do novo sistema estabelecido pela EC n. 45/04, dessa sentença arbitral definitiva do TRT não cabe recurso algum. Seria até antiético se as partes, depois de pedirem de comum acordo a intervenção do Judiciário, recorrerem do que elas próprias voluntariamente e em harmonia requereram.

Não há aqui contradição, mas uma escolha arbitral livremente feita, em que está implícita a aceitação do resultado, como não podia deixar de ser.

Portanto, a nova lei não afetará o dissídio coletivo, que se extinguirá por meio de sentença definitiva.

Questão interessante é a que suscita a Lei n. 12.016/09, que regula a interposição do mandado de segurança coletivo. O art. 21 está redigido da seguinte maneira:

“O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária, ou por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há, pelo menos, 1 (um) ano, em defesa de direitos líquidos e certos da totalidade, ou de parte, dos seus membros ou associados, na forma dos seus estatutos e desde que pertinentes às suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial.

Parágrafo único. Os direitos protegidos pelo mandado de segurança coletivo podem ser:

I – coletivos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo ou categoria

de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica básica;

II – individuais homogêneos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os decorrentes de origem comum e da atividade ou situação específica da totalidade ou de parte dos associados ou membros do impetrante.”

Além dos partidos políticos, podem também interpor o Mandado de Segurança Coletivo (MSC) a organização sindical, entidade de classe e associação legalmente constituída, em funcionamento pelo menos há um ano, para defender direitos líquidos e certos de seus membros ou associados, pertinentes às suas finalidades.

Os sindicatos brasileiros, além da capacidade processual para propor dissídio coletivo — art. 114, § 2º da CF — podem também agora, de forma explícita, interpor MSC em defesa de direitos coletivos, líquidos e certos da categoria.

Torna-se clara a diferença das duas competências coletivas atribuídas aos sindicatos: o dissídio coletivo tem como objetivo a constituição de direitos. Objetiva, portanto, a criação da lei — *lex condenda* — para reger as relações individuais de trabalho e o mandado de segurança coletivo, que se baseia no direito já constituído, ou seja, em direito líquido e certo dos membros da categoria.

O dissídio coletivo continuará seguindo as disposições constitucionais e infraconstitucionais a que sempre se submeteu. Já o MSC obedecerá, mesmo na Justiça do Trabalho, às regras da Lei n. 12.016/09, embora com as necessárias adaptações, sempre que se fizer necessário salientar as peculiaridades e características do processo do trabalho.

Como apenas a ação de dissídio coletivo é competência originária dos TRTs, o MSC deverá ser interposto nas Varas, com recurso às Turmas dos TRTs (se estiver dividido em Turmas).

Não se há de confundir as duas ações, que têm em comum o fato de serem “coletivas”. Porém o conteúdo é diferente e as regras de competência são diversas.

A distribuição do MSC às Varas, além de seguir a regra geral da distribuição das ações trabalhistas, favorece o duplo grau de jurisdição, que, nesse caso, é útil em razão da relevância da matéria discutida.

No MSC de conteúdo trabalhista pode haver sentença terminativa, que será recorrível pela via do recurso ordinário para o TRT. Citem-se como exemplo:

- a) a inexistência de direitos líquidos e certos. Não os reconhecendo, a sentença é terminativa, porque não houve julgamento de mérito da pretensão do impetrante.⁽¹⁶⁾
- b) o sindicato-autor não representa a categoria.
- c) o sindicato-autor não se encontra legitimamente formado.
- d) os direitos pleiteados não coincidem com a categoria representada.
- e) o sindicato não está constituído há, pelo menos, um ano.⁽¹⁷⁾

Em Minas Gerais, o MSC será distribuído para uma das Varas da 3ª Região, pois a previsão de competência da 1ª Seção Especializada em Dissídio Individual é para o julgamento do mandado de segurança apenas quando o impetrado for órgão judiciário de primeira instância.⁽¹⁸⁾

Como é óbvio, o MSC não se impetra contra órgão judiciário, mas, sim, contra qualquer autoridade pública, seja ela de que espécie for e sejam quais forem as funções que exerça, quando, ilegalmente e com abuso de poder,

ameaçar ou violar direito líquido e certo de pessoa física ou jurídica. A única exigência é que o ato fira direitos dos sindicatos, enquanto representantes da categoria.

Como a competência da Justiça do Trabalho, ampliada pela EC n. 45/04, envolve todas as questões derivadas da relação de trabalho, terão os sindicatos competência para propor MSC sobre todas elas.

Passam assim os sindicatos a dispor de mais uma poderosa ferramenta para defender os membros da categoria que representam.

Portanto, continuarão os TRTs com a competência para julgar os mandados de segurança contra órgão judiciário de primeira instância e as Varas adquirirão competência para julgar os mandados de segurança coletivos, cujo emprego e objeto são muito mais amplos do que os do mandado de segurança individual.

6.2. Ação rescisória

A ação rescisória, que se propõe contra sentença de mérito transitada em julgado — art. 488 da CLT —, não admite, por sua própria definição, a sentença terminativa.

O *judicium rescindens*, juízo rescindente, que se destina a rescindir a sentença de mérito, transitada em julgado, há de ser necessariamente uma sentença definitiva, que envolva o mérito da questão.

Já no juízo rescisório — *judicium rescisorium* —, que será uma ação normal, em que se pronunciará nova sentença, é possível sentença terminativa, como em toda ação.

7. Conclusões

O legislador se esqueceu do processo do trabalho. Relegou-o a segundo plano, por omissão ou deliberação. Faz frequentes reformas do processo comum e nada diz sobre o processo do trabalho.

E se esquece também de que, depois da EC n. 45/04, grande parte da população economicamente ativa do povo brasileiro trabalha sob

(16) Nesse caso, cabe também a interpretação de que houve julgamento de mérito pela forma negativa, pois o “negar” é o mesmo que o “afirmar” em sentido contrário. Não se pode negar algo sem lhe supor a existência.

(17) Exigência que se faz em função da entidade de classe ou associação, segundo o art. 21 da Lei n. 12.016/09. Pode ser questionado se ela se estende aos sindicatos, cuja função representativa da categoria — art. 8º, III, da CF — não está sujeita a condições.

(18) Art. 41 do Regimento Interno do TRT da 3ª Região.

uma relação de trabalho, seja subordinada ou autônoma.

Portanto, hoje, a Justiça do Trabalho está no centro de todas as políticas judiciais e econômicas do País, pois detém competência quase tão ampla como a da justiça comum.

O conflito trabalhista, como todo e qualquer conflito, jurídico ou não, é um mal inevitável. O homem é um animal belicoso, e a sociedade por ele constituída não será diferente.

Embora não devamos render-nos ao exagerado pessimismo de Schopenhauer, que diz “que a raça humana é de uma vez por todas e por natureza voltada ao sofrimento e à ruína”,⁽¹⁹⁾ temos que lhe dar um pouco de razão.

Conflitos e confrontos são inevitáveis, mas a missão do Direito é exatamente de reduzi-los a um nível que possibilite a convivência, evitando, até onde é possível, o sofrimento e a ruína dos homens.

O conflito trabalhista, por envolver créditos alimentares e o sistema produtivo, é altamente corrosivo e destruidor. Para o empregado, retira-lhe o salário, com o qual garante a existência. Para o empregador, apresenta obstáculo à produção, que acaba por ser prejudicial aos bens e serviços de que precisamos. Temos que evitá-lo, por meio de mecanismos jurídicos adequados, e não cultivá-lo.

Um desses mecanismos é o Direito do Trabalho, pelo qual se regulam com razoabilidade interesses opostos de trabalhadores e empregadores, não só do ponto de vista material, mas também processual.

Isso significa que a ele compete criar regras justas para que o capital e o trabalho se entendam, mesmo que seja por meio de uma relação sempre instável, mas sem violência e com razoável pacificidade.

Como essa problemática relação exige esforço permanente de adequação, não só do legislador, mas também das próprias partes, por meio

da negociação coletiva, não de ser diferentes do direito comum os instrumentos processuais de solução das controvérsias trabalhistas, pela importância que possuem na sociedade humana.

Ou compreendemos essa necessidade ou o Direito do Trabalho entrará em falência.

E o único caminho para resolver esse impasse com o qual ninguém lucra é o da simplificação dos ritos e das formas, para que o conflito seja aplacado com justiça, brevidade e equilíbrio.

Ao que parece, não é essa a filosofia do nosso legislador.

Para romper com o esquecimento do Direito do Trabalho, edita leis desnecessárias e complicadoras, em vez de simplificar o processo e, dentro dele, o procedimento, para que possamos dispor de mecanismos rápidos e descomplicados para a solução do conflito trabalhista.

Como já salientou Cappelletti, “*El proceso en materia asistencial y del trabajo es hoy uno de los escándalos más intolerables de nuestro sistema procedimental*”.⁽²⁰⁾

Esse “escândalo intolerável” se mantém entre nós com o alto custo do processo trabalhista, a demora da solução quando percorre todas as instâncias, a interminável interposição impune de recursos sem qualquer sanção ou consequência, a correção do crédito fora dos juros de mercado, etc. Para corrigir esses notáveis e persistentes erros, não se fazem leis.

Quando o Congresso trabalha, é para editar norma desnecessária, inútil e conservadora, como a Lei n. 12.927/09. Até parece que há uma mão invisível no Congresso Nacional, que orienta deputados e senadores para o caminho das leis ruins e desnecessárias em matéria trabalhista.

O que nela deveria ter sido prescrito é que toda e qualquer decisão interlocutória só seria analisada quando do recurso da sentença definitiva. O depósito para efeito recursal equivaleria ao total da condenação. Os juros seriam os do

(19) SCHOPENHAUER, Arthur. *Dores do mundo*. 4. ed. São Paulo: Brasil Editora, 1960. p. 160.

(20) CAPPELLETTI, Mauro. *Proceso, ideologias, sociedad*. Buenos Aires: Europa-América, 1974. p. 226.

mercado. A sentença, a partir da decisão dos TRTs, sofreria execução definitiva.

Com essas simples medidas, muita coisa que leva hoje a Justiça do Trabalho ao descrédito e a parte mais fraca à frustração seria corrigida.

Mas corrigir os equívocos do processo do trabalho não é definitivamente um objetivo de quem faz leis neste país. Ao contrário, insistir no erro e revigorá-lo por leis novas tem sido sua

missão através do tempo. Entre nós, a injustiça social começa com o legislador.

Como salienta *Eric Hobsbawn*, citado por *Arturo Royos*⁽²¹⁾, devemos render-nos à utopia de um mundo perfeito, para que obtenhamos pelo menos um mundo melhor.

Se persistimos na crítica e na vontade de melhorar as coisas é porque ainda não fomos capazes de perder a esperança.

(21) *Derecho del trabajo e de la seguridad social*. Colombia: Editorial Jurídica Iberoamericana, 1995. p. 35.

A prisão civil do depositário judicial infiel economicamente capaz: um outro olhar^(**)

Guilherme Guimarães Feliciano^(*)

Resumo (Ementa):

- Prisão do depositário judicial infiel economicamente capaz no processo do trabalho: constitucionalidade. Inexistência de «reiteradas decisões sobre matéria constitucional» com mesma orientação semântica (STF). Mera supralegalidade do Pacto de San José da Costa Rica. Renovação legislativa do instituto. Natureza jurídica de sanção por “*contempt of court*”. Caráter estritamente alimentar de verbas sob execução trabalhista.

Palavras-Chave:

- 1. Prisão civil. 2. Depositário infiel. 3. Pacto de San José da Costa Rica (Convenção Interamericana de Direitos Humanos). 4. “*Contempt of court*”. 5. Efetividade da execução (processo do trabalho).

Índice dos Temas:

- I. Introdução. Efetividade da execução e devido processo legal
- II. A prisão civil do depositário infiel
 - 1.a. A Constituição Federal e o Pacto de San José da Costa Rica
 - 1.b. Posições do Supremo Tribunal Federal
 - 1.c. A questão da hierarquia das normas internacionais (I): interpretação autêntica do art. 5º, § 3º, CRFB
 - 1.d. A questão da hierarquia das normas internacionais (II): regime de recepção por derivação vinculada a ato de legitimação política

(*) Juiz do Trabalho Titular da 1ª Vara do Trabalho de Taubaté (15ª Região). Professor Associado do Departamento de Direito do Trabalho e Seguridade Social da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Livre-Docente em Direito do Trabalho e Doutor em Direito Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professor-Assistente Doutor do Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade de Taubaté (licenciado). Autor de diversos artigos e monografias jurídicas (*Das cooperativas na perspectiva luso-brasileira*. São Paulo: LTr, 2009; *Direito à prova e dignidade humana*. São Paulo: LTr, 2008; *Tópicos avançados de direito material do trabalho*. v. I e II, EDJ,

2006; *Teoria da imputação objetiva no direito penal ambiental brasileiro*. São Paulo: LTr, 2005; *Informática e criminalidade*. Nacional de Direito, 2001; *Execução das contribuições sociais na Justiça do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2001; *Tratado de alienação fiduciária em garantia*. São Paulo: LTr, 2000).

(**) O presente artigo reproduz a Nota Técnica apresentada pelo autor à Presidência da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA), em julho de 2009, para fins de encaminhamento contrário à aprovação do Enunciado n. 17 da PSV n. 03 (STF).

- ▶ 1.e. A questão da natureza jurídica da prisão do depositário infiel: “*contempt of court*”
- ▶ III. Conclusões
- ▶ IV. Referências bibliográficas

I. Efetividade da execução e devido processo legal

Nos Estados Democráticos de Direito, o conceito de *jurisdição* já não se limita ao velho conceito chiovendiano de atuação da vontade concreta da lei; nem tampouco se atém à ideia carneluttiana de composição de conflitos de interesses qualificados por pretensões resistidas. A jurisdição, em acepção moderna — seguida, entre outros, por A. Proto Pisani (na Itália) e por Ovídio Baptista e Guilherme Marinoni (no Brasil) —, vincula-se mais diretamente ao rol constitucional de direitos fundamentais e à própria noção de justiça concreta.

Assim é que, ao dissecar o conteúdo semântico da cláusula constitucional do *devido processo legal procedimental* (*procedural due process*), o intérprete deve necessariamente reconhecer, ao lado de ideias-força como as de ampla defesa, de contraditório ou de publicidade dos atos, a de **tutela jurisdicional efetiva** (que se liga diretamente à fase executiva do processo). Na dicção do próprio Marinoni,

[...] a norma constitucional que afirma a ação [art. 5º, XXXV] institui o *direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva*, e, dessa forma, confere a devida oportunidade da prática de atos capazes de *influir sobre o convencimento judicial*, assim como a possibilidade do *uso das técnicas processuais adequadas à situação conflitiva concreta*. [...] O direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva obriga o juiz a garantir todos os seus corolários, como o *direito ao meio executivo capaz de permitir a tutela do direito*, além de obrigar o legislador a desenhar os procedimentos e as técnicas processuais adequadas às diferentes situações de direito substancial. [...] As novas técnicas processuais, partindo

do pressuposto de que o direito de ação não pode ficar na dependência de técnicas processuais ditadas de maneira uniforme para todos os casos ou para alguns casos específicos, *incorporam normas abertas*, isto é, normas voltadas para a realidade, deixando claro que *a ação pode ser construída conforme as necessidades do caso conflitivo*.” (*Teoria geral do processo*, 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2008. v. I, p. 285-291) (grifo nosso)

Nesse encalço, é certo que (1) o binômio processo/procedimento deve se adequar às necessidades de satisfação do direito material “*in concreto*” (em especial quando dotado de jusfundamentalidade), não o contrário; e (2) o conceito de **jurisdição** passa a se erguer sobre três pilares:

- (a) **revalorização do sentido de função de tutela da atividade jurisdicional** (especialmente em relação aos *direitos fundamentais* do cidadão e à respectiva dimensão da *eficácia*, em sentido vertical e horizontal);
- (b) **reconhecimento do princípio da efetividade da jurisdição como corolário do devido processo legal** (art. 5º, LIV, *in fine*, CRFB);
- (c) **reconhecimento da jurisdição como espaço público legítimo para o diálogo social legitimador do fenômeno jurídico** (transigindo — como já é inevitável na pós-modernidade — com a ideia habermasiana de *Direito como agir comunicativo*⁽¹⁾).

(1) Cfr., por todos, HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I, *passim* (em especial na contraposição entre as concepções «procedimentalista» e «substancialista» do Direito); HABERMAS, Jürgen. *Era das transições*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 53 (quanto às «práticas intersubjetivas de entendimento» legitimadoras do processo de criação normativa).

Sendo assim, põe-se a questão: como compreender, nesse novo contexto, a questão da **prisão civil do depositário infiel** (art. 5º, LXVII, CRFB)? Atende-se, e em que medida, à *função de tutela material* do fenômeno jurisdicional?

II. A prisão civil do depositário infiel

1.A. A Constituição Federal e o Pacto de San José da Costa Rica

A questão não é nova, em absoluto. Reza o art. 5º, LXVII, da CRFB, no rol dos direitos individuais da pessoa humana, o seguinte:

LXVII – não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel. (grifo nosso)

No entanto, no ano de 1992, por intermédio do Decreto n. 678/92, entrou em vigor no Brasil a *Convenção Interamericana de Direitos Humanos*, também conhecida como *Pacto de San José da Costa Rica*. A Convenção, aprovada em 22.11.1969 no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA), colhe dos Estados signatários o compromisso de “*respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e [...] garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que está sujeita à sua jurisdição, sem qualquer discriminação*”. E, no que toca aos *direitos de liberdade*, assim dispõe o seu art. 7º, n. 7:

7. Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar. (grifo nosso)

Após o ingresso das normas do Pacto de San José na ordem jurídica interna brasileira, e à vista do que dispõe o art. 5º, § 2º, da CRFB, passou-se a discutir quais os efeitos da garantia do art. 7º, n. 7, nas disposições constitucionais e legais em vigor, notadamente naquelas que equiparavam à condição de depositário infiel devedores dos mais diversos matizes (alienação fiduciária em garantia, cédulas hipotecárias rurais e industriais, etc.). Seguiu-se a isso um período de amadurecimento intelectual, que

culminou com as recentes decisões do Supremo Tribunal Federal a respeito da matéria. E, na sua esteira, o Enunciado n. 17 da PSV n. 03, assim redigido:

PRISÃO CIVIL. DEPOSITÁRIO INFIEL.
É ilícita a prisão civil do depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito. (grifo nosso)

Vê-se que o texto proposto não estabelece distinção entre as variegadas hipóteses de ordens de prisão calcadas na hipótese de infidelidade depositária. No que, cremos, não andou bem. Mas, para tanto concluir, é importante, pois, examinar o teor dessas decisões. Vejamo-las.

1.B. Posições do Supremo Tribunal Federal

Em sucessivos julgamentos, inspirado pelos bons ventos do Pacto de San José, o Excelso Pretório tem se manifestado pela inconstitucionalidade de normas legais que dispõem sobre a prisão civil de devedores equiparadas a depositários infiel. Nem todos, porém, seguem a mesma linha de raciocínio hermenêutico. Na verdade, divisam-se claras divergências de entendimento imanentes aos próprios arestos ou votos vencedores (conquanto encaminhem, em vários aspectos, resultados bem semelhantes).

Entre as tantas decisões, algumas merecem apontamento e transcrição, até porque estão na base de fundamentação do Enunciado n. 17 da PSV n. 03.

Em primeiro lugar, deve-se referenciar o Recurso Extraordinário n. 349.703/RS, relatado pelo Ministro *Ayres Brito*, em voto que talvez seja o mais paradigmático da linha jusfundamentalista de interpretação da norma do art. 5º, LXVII, da CRFB. Lê-se no aresto:

1. PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL EM FACE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS. INTERPRETAÇÃO DA PARTE FINAL DO INCISO LXVII DO ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988. POSIÇÃO HIERÁRQUICO-NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS

HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. Desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos — Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, *não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel*, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão. Assim ocorreu com o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e com o Decreto-lei n. 911/69, assim como em relação ao art. 652 do Novo Código Civil (Lei n. 10.406/2002).

E, na sequência, lê-se:

2. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. DECRETO-LEI N. 911/69. EQUIPARAÇÃO DO DEVEDOR-FIDUCIANTE AO DEPOSITÁRIO. PRISÃO CIVIL DO DEVEDOR-FIDUCIANTE EM FACE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. A prisão civil do devedor-fiduciante no âmbito do contrato de alienação fiduciária em garantia viola o princípio da proporcionalidade, visto que: (a) o ordenamento jurídico prevê outros meios processuais-executórios postos à disposição do credor-fiduciário para a garantia do crédito, de forma que a prisão civil, como medida extrema de coerção do devedor inadimplente, não passa no exame da proporcionalidade como proibição de excesso, em sua tríplice configuração: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito; e (b) o Decreto-lei n. 911/69, ao instituir uma ficção jurídica, equiparando o devedor-fiduciante ao depositário, para todos os efeitos previstos nas leis civis e penais, criou uma figura atípica de depósito, transbordando os limites do conteúdo semântico da expressão “depositário infiel” insculpida no art. 5º, inciso LXVII, da Constituição e, dessa forma, desfigurando o instituto do

depósito em sua conformação constitucional, o que perfaz a violação ao princípio da reserva legal proporcional. Recurso extraordinário conhecido e não provido. (STF, RE n. 349.703, Min. Ayres Britto, j. 3.12.2008) (grifo nosso)

Não foi, porém, essa a decisão a inspirar a redação do Enunciado n. 17 da PSV n. 03. Ao contrário, aquela redação — que, vimos, *generaliza* a proibição de cerceamento à liberdade do depositário infiel — está umbilicalmente ligada ao julgamento do RE n. 466.343/SP, da relatoria do Min. Cezar Peluso. Nesse último, pode-se ler a seguinte ementa:

PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insustentabilidade da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inciso LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE n. 349.703 e dos HCs ns. 87.585 e 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, *qualquer que seja a modalidade do depósito*. (STF, RE n. 466.343/SP, Min. Cezar Peluso, j. 3.12.2008) (grifo nosso)

Mais eloquente ainda, nessa mesma direção, é a ementa do HC n. 91.361-SP, da relatoria do Min. Celso de Mello, que reconhece explicitamente a possibilidade de «mutação informal da Constituição», com espeque na jurisprudência dos tribunais. Grafou-a nos seguintes termos:

HABEAS CORPUS — PRISÃO CIVIL — DEPOSITÁRIO LEGAL (LEILOEIRO OFICIAL) — A QUESTÃO DA INFIDELIDADE DEPOSITÁRIA — CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (ART. 7º, n. 7) — HIERARQUIA CONSTITUCIONAL DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS — PEDIDO DEFERIDO. ILEGITIMIDADE JURÍDICA DA DECRETAÇÃO DA PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL. Não mais subsiste, no sistema normativo brasileiro,

a prisão civil por infidelidade depositária, independentemente da modalidade de depósito, trate-se de depósito voluntário (convencional) ou cuide-se de depósito necessário. Precedentes.

TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS: AS SUAS RELAÇÕES COM O DIREITO INTERNO BRASILEIRO E A QUESTÃO DE SUA POSIÇÃO HIERÁRQUICA. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Art. 7º, n. 7). Caráter subordinante dos tratados internacionais em matéria de direitos humanos e o sistema de proteção dos direitos básicos da pessoa humana. Relações entre o direito interno brasileiro e as convenções internacionais de direitos humanos (CF, art. 5º e §§ 2º e 3º). Precedentes. Posição hierárquica dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento positivo interno do Brasil: natureza constitucional ou caráter de suprallegalidade? - Entendimento do Relator, Min. Celso de Mello, que *atribui hierarquia constitucional às convenções internacionais em matéria de direitos humanos*.

A INTERPRETAÇÃO JUDICIAL COMO INSTRUMENTO DE MUTAÇÃO INFORMAL DA CONSTITUIÇÃO. A questão dos processos informais de mutação constitucional e o papel do Poder Judiciário: a interpretação judicial como instrumento juridicamente idôneo de mudança informal da Constituição. A legitimidade da adequação, mediante interpretação do Poder Judiciário, da própria Constituição da República, se e quando imperioso compatibilizá-la, mediante exegese atualizadora, com as novas exigências, necessidades e transformações resultantes dos processos sociais, econômicos e políticos que caracterizam, em seus múltiplos e complexos aspectos, a sociedade contemporânea.

HERMENÊUTICA E DIREITOS HUMANOS: A NORMA MAIS FAVORÁVEL COMO CRITÉRIO QUE DEVE REGER A INTERPRETAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. Os magistrados e Tribunais, no exercício de sua atividade interpretativa, especialmente no âmbito dos tratados internacionais de direitos humanos, devem observar um princípio hermenêutico básico (tal como

aquele proclamado no art. 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos), consistente em atribuir primazia à norma que se revele mais favorável à pessoa humana, em ordem a dispensar-lhe a mais ampla proteção jurídica. O Poder Judiciário, nesse processo hermenêutico que prestigia o critério da *norma mais favorável* (que tanto pode ser aquela prevista no tratado internacional como a que se acha positivada no próprio direito interno do Estado), deverá extrair a máxima eficácia das declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos, como forma de viabilizar o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais, notadamente os mais vulneráveis, a sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana, sob pena de a liberdade, a tolerância e o respeito à alteridade humana tornarem-se palavras vãs. Aplicação, ao caso, do art. 7º, n. 7, c/c o art. 29, ambos da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica): um caso típico de primazia da *regra mais favorável* à proteção efetiva do ser humano. (STF, HC n. 91.361-SP, rel. Min. Celso de Mello, j. 23.09.2008) (grifo nosso)

Cotejando-se esses julgados — que ocupam o papel mais proeminente na base de sustentação da proposta de enunciado (em especial os dois primeiros) —, pode-se facilmente observar um choque de concepções. Nesse último aresto, resta clarividente o entendimento perfilhado pelo Min. *Cezar Peluso*, no sentido de que a norma do art. 5º, LXVII, da CRFB, é **insubsistente** (essa é a expressão da ementa), assim como — e com maior razão — as normas infraconstitucionais que regulavam a hipótese. Propõe, portanto, uma tese de «**esvaziamento**» da parte final do inciso LXVII do art. 5º, provavelmente dentro da ideia de “Constituição viva” e de historicidade da *Lex legum* (a que corresponde, segundo *J. J. Gomes Canotilho*, o princípio da força normativa da Constituição⁽²⁾); isso

(2) Cfr., por todos, CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999. p.1.223-1.228; MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 39-43.

porque, afinal, o Supremo Tribunal Federal não poderia sem mais julgar inconstitucional um preceito — ou parte dele — ditado pelo próprio Poder Constituinte originário. Já naquele primeiro julgado, contrariamente a esse derradeiro, convém atentar para dois aspectos fundamentais.

A uma, e por um lado, o aresto da lavra do Min. Ayres Britto faz expressa referência ao art. 652 do NCC, pelo qual, “*seja o depósito voluntário ou necessário, o depositário que não o restituir quando exigido será compelido a fazê-lo mediante prisão não excedente a um ano, e ressarcir os prejuízos*”. E, com efeito, entre as hipóteses de depósito necessário, está a do “*que se faz em desempenho de obrigação legal*” (art. 647, I, NCC), como é o caso do **depositário judicial**. Realmente, consta do art. 665, IV, do CPC a previsão legal de *nomeação* de depositário para os bens penhorados; logo, quem voluntariamente assume esse compromisso, na forma do respectivo termo de depósito ou da própria certidão do oficial de justiça, passa a estar *no desempenho de obrigação legal*, ordinariamente dimanada do próprio art. 655 do CPC, sujeitando-se, por essa via, ao regime jurídico dos artigos que regem a matéria no campo civil (627 a 652, no que couber). Noutras hipóteses, mais específicas, a «obrigação legal» estará calçada em outras normas do Código de Processo Civil, como a do seu art. 188, a do seu art. 824 (cautelar de sequestro), etc. Mas, em todo caso, «obrigação» (dir-se-ia melhor **dever**) de natureza **legal**, a perfazer hipótese de **depósito necessário**, desde que, na origem, haja interesse do cidadão em assumir as responsabilidades de depositário e, com isso, preservar ou obter a posse dos bens constritos. A partir de então, só por *expressa decisão judicial* poderá ser liberado de seus deveres para com o juízo; e, para esse fim, o magistrado oficiante deverá considerar, sempre, quais as *razões* alegadas para o requerimento de destituição.

A duas, e por outro lado, o aresto da lavra do Min. Ayres Britto faz **concomitante referência** ao art. 5º, inciso LXVII, da Constituição (= *prisão*

do depositário infiel), o que significa que, naquele voto (aprovado por unanimidade), está subentendida, para algum efeito, a **subsistência** do permissivo constitucional do art. 5º, LXVIII, *in fine*, da CRFB. Cai por terra, portanto, a tese do «esvaziamento» desse preceito normativo.

Constata-se, pois, que as teses vazadas num e noutro aresto *não são coincidentes*. O primeiro considera apenas a legislação infraconstitucional, que teria sido superada, nessa parte, pelo Pacto de San José da Costa Rica (inclusive no Código Civil de 2002, apesar da sua posteridade cronológica); não entrevê, porém, qualquer esvaziamento na norma constitucional (ao menos explicitamente). O segundo, por sua vez, considera ter havido uma *derrogação de conteúdo* na norma do art. 5º, LXVII, da CRFB. Outrossim, o primeiro cinge-se à hipótese do Decreto-lei n. 911/69 (= alienação fiduciária em garantia), esgrimindo com o princípio da proporcionalidade (*i. e.*, considerando haver, *em juízo concreto*, um descompasso entre a legislação ordinária e os princípios de liberdade que informam a Constituição, o que corresponde a declarar a desconformidade *daquela específica hipótese de prisão civil* — a do devedor-fiduciante — com a “*law of the land*”, *i. e.*, com o *devido processo legal substantivo*). Com isso — diga-se —, não discordamos, em absoluto⁽³⁾. A questão é que o segundo julgado, por seu turno, versa tese completamente diversa: na sua perspectiva, qualquer hipótese de prisão civil por infidelidade depositária seria *inconstitucional*, “*in abstracto*” e “*ab ovo*”, independentemente de qualquer juízo concreto de proporcionalidade. Como se nota, os dois arestos encaminham teses bem diferentes (conquanto, na prática, ambos terminem invalidando a restrição à liberdade da pessoa).

Quando, porém, se examina o teor do 17º Enunciado da PSV n. 03, não se encontram fiapos quaisquer daquela primeira visão de

(3) E, para tanto constatar, veja-se, de nossa lavra, *Tratado de alienação fiduciária em garantia: das bases romanas à Lei n. 9.514/97*. São Paulo: LTr, 1999. p. 387-411.

mundo. O enunciado é simplesmente a reprodução da parte final da ementa exarada no RE n. 466.343, que guarda boa distância do pensamento veiculado no RE n. 349.703. E, como sabemos, um dos pressupostos legais para que se edite uma súmula vinculante é, nos termos do art. 103-A, *caput*, da CRFB (na redação da EC n. 45/2004), que:

O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, *após reiteradas decisões sobre matéria constitucional*, editar enunciado de súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (grifo nosso)

No mesmo sentido, quase dois anos depois, promulgou-se a Lei n. 11.417/2006 — que “*regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal*” —, cujo art. 2º, *caput*, praticamente reproduz o texto anterior.

Sendo assim, no âmbito do STF, a existência de *reiteradas decisões* sobre determinada matéria constitucional (*i. e.*, a existência de *iterativa jurisprudência* — com *mesmo teor semântico* — acerca de certo tema constitucional) é condição “*sine qua non*” para a edição de uma súmula vinculante. “*A contrario sensu*”, se é notória a divergência de teses (apesar da uniformidade de resultados), o texto de uma das ementas — que abraça uma das teses, em prejuízo parcial daquela outra — jamais poderia dar forma a uma súmula vinculante. Afinal, o que está em jogo é sobretudo a “*ratio decidendi*” dos julgados, não o seu resultado prático-formal (ou não se trataria de função judiciária, mas de função legislativa discricionária⁽⁴⁾).

Bem a propósito, identificando o eixo evolutivo dessas mesmas teses — e, por conta disso,

a principal fonte das divergências entre aqueles julgados —, vem à baila o quanto dito pelo Min. *Gilmar Mendes*, da mesma corte suprema, tanto em seu voto no HC n. 87.585-8/TO, quanto em recente texto doutrinário⁽⁵⁾. Para *Mendes*,

[...] as consequências práticas da equiparação [dos tratados de direitos humanos à Constituição] vão nos levar a uma situação de *revogação de normas constitucionais pela assinatura de tratados*. [...] O Estado Constitucional não mais se apresenta como um Estado Constitucional voltado para si mesmo, mas que se disponibiliza como referência para os outros Estados Constitucionais membros de uma comunidade, e no qual ganha relevo o papel dos direitos humanos e fundamentais. (grifo nosso)

Noutras palavras, fiando-se no paradigma pós-moderno do chamado «Estado Constitucional Cooperativo», *Gilmar Mendes* parece caminhar, com certa doutrina, para o reconhecimento de uma *condição de supraconstitucionalidade* em favor dos tratados de direitos humanos (endossando — ou superando —, nesse aspecto, a tese de *Cezar Peluso*, de *Celso de Mello* e, outrora, do ímpar *Vicente Marota Rangel*). Isso conduziria, no futuro, a um desdobramento dos estratos de legitimidade de leis sindicáveis junto ao Excelso Pretório (aproximando-nos, aqui, do modelo europeu continental): de uma lado, a *constitucionalidade* de leis; de outro, a *convencionalidade* de leis. E, nesse enalço, a aprovação do Pacto de San José da Costa Rica poderia realmente «esvaziar» a parte final da norma do art. 5º, LXVII, da CRFB. Observe-se, porém, que essa tese está *em franca colidência* com aquela perfilhada pelo Min. *Ayres Britto* no RE n. 349.703, em cuja ementa se lê, textualmente, que “*o caráter*

(4) E nesse sentido, sobre as diferenças ontológicas entre as funções *judiciária* (= jurisdicional) e *legislativa*, v., por todos, CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993. p. 81-82.

(5) Cfr. MENDES, Gilmar; VALE, André Rufino do. A influência do pensamento de Peter Häberle no STF. In: *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, Conjur, 10 abr. 2009, p. 01-19. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-abr-10/pensamento-peter-haberle-jurisprudencia-supremo-tribunal-federal>> Acesso em: 22 ago. 2009.

especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos [na espécie, o Pacto de San José] lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna"; o que equivale a ressaltar, adiante, "o status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil". Ou seja: **supralegalidade**, mas não **constitucionalidade** ou **supraconstitucionalidade** do texto convencional (contrapondo-se, pois, à tese de *Peluso*). Curiosamente, aliás, é o que também afirmou o próprio Min. *Gilmar Mendes*, mas agora no RE n. 466.343, assegurando que os tratados sobre direitos humanos aprovados sem o rito do art. 5º, § 3º "*seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de supralegalidade*". (grifo nosso)

Cite-se, enfim, o quanto ementado no próprio HC n. 87.585, da relatoria do Min. *Marco Aurélio*, que praticamente *preenunciou* essa mudança de rumos⁽⁶⁾, logo após a edição da EC n. 45/2004. Nesse *habeas*, decidiu-se, na linha do quanto decidido pelo Min. *Ayres Britto* (mas alguns anos antes), o seguinte:

DEPOSITÁRIO INFIEL — PRISÃO. A subscrição pelo Brasil do Pacto de São José da Costa Rica, limitando a prisão civil por dívida ao descumprimento inescusável de prestação alimentícia, implicou a *derrogação das normas estritamente legais referentes à prisão do depositário infiel*. (ementa oficial) (grifo nosso)

Noutro trecho:

(6) Isso porque, até o final da década de noventa, tanto o Supremo Tribunal Federal como o Superior Tribunal de Justiça *afirmavam* a constitucionalidade da prisão civil do depositário infiel e a própria recepção constitucional do Decreto-lei n. 911/69 (= alienação fiduciária em garantia), reconhecendo a legitimidade das prisões declaradas mesmo em figuras contratuais equiparadas à do depósito contratual ou necessário (cfr., e. g., STF, HC n. 72.131, j. 23.11.1995; STF, HC n. 73.044-2, 20.9.1996; STJ, RMS 3.623/SP, 29.10.1996). Pontuávamos então a nossa divergência, na obra citada, quanto à condição específica do devedor fiduciante e à ilegitimidade de sua prisão, mercê do Pacto de San José e de outros argumentos (cfr. *Tratado...*, p. 392-398).

[...] 2. Surge a relevância do que articulado. Se, de um lado, é certo que a Carta da República dispõe sobre a prisão do depositário infiel — art. 5º, inciso LXVII —, de outro, afigura-se inaplicável o preceito. *As balizas da referida prisão estão na legislação comum e, então, embora a norma insira no art. 652 do Código Civil seja posterior aos fatos mencionados, o mesmo não ocorre com a disciplina instrumental prevista no Código de Processo Civil*. (STF, HC n. 87.585, Min. *Marco Aurélio*, j. 20.12.2005 [liminar]) (grifo nosso)

Nesse último excerto, sustenta-se claramente — quicá numa terceira perspectiva — que, a uma, *não houve revogação ou «esvaziamento» da parte final do art. 5º, LXVII, da CRFB*, mas apenas uma condição "*sui generis*" de ineficácia pela revogação da legislação infraconstitucional (e, muito particularmente, das normas do Código de Processo Civil que se aplicariam à matéria), em face ao advento do Pacto de San José⁽⁷⁾; logo, o julgado não compartilha, em absoluto, da ideia de *constitucionalidade* ou *supraconstitucionalidade* da norma do art. 7º, n. 7, do Pacto, a ponto de seguir citando o permissivo constitucional, para depois considerá-lo apenas "inaplicável" no atual contexto. A duas, a referência à *posteridade* da norma do art. 652 do NCC — que *Ayres Britto* reputaria inaplicável no RE n. 349.703 —, em contraponto com a superação das normas processuais civis pertinentes (arts. 902, 904 e 905 do CPC), sugerem, "*a contrario sensu*", que o Min. *Marco Aurélio* sequer supôs a *supralegalidade* do tratado, mas tão só a sua *legalidade* (em grau ordinário), a ponto de se submeter à regra geral de sucessão de leis no tempo, *ut* art. 2º, § 1º, da LICC ("*lex posterior derogat priori*"). É, ademais, como pensava a

(7) Ou, como bem resumiu o Min. *AYRES BRITTO* nos debates orais (dirigindo-se ao Min. *CELSONO DE MELLO*): "Gostaria muito de saber a opinião de Vossa Excelência, porque o Ministro *Marco Aurélio* emite um voto conceitual, defende a tese jurídica de que a *Constituição*, no particular, não é auto-aplicável, não consubstancia uma norma de eficácia plena quanto excepciona a prisão civil. A proibição é a regra, mas há duas exceções que, segundo o Ministro *Marco Aurélio*, não são operantes, dependem de lei". (grifo nosso)

doutrina majoritária ao tempo da ratificação executiva do Pacto de San José da Costa Rica⁽⁸⁾. A ser assim, nessa terceira perspectiva (mera legalidade), bastaria apenas editar uma *nova* disciplina legal-processual, para que a norma do art. 5º, LXVII, da CRFB recobrasse os seus efeitos no plano da eficácia. E, de certo modo, essa nova disciplina processual *foi provida* com a edição da Lei n. 11.382/2006 — *posterior* à aprovação interna do Pacto de San José e ao próprio aresto *supra* —, que *incluiu*, no art. 666 do CPC, o seu § 3º, assim ditado:

A prisão de depositário judicial infiel *será decretada no próprio processo*, independentemente de ação de depósito. (grifo nosso)

Assim, o legislador *autonomizou* a ordem de prisão civil por infidelidade depositária judicial, *desvinculando-a* do procedimento especial regulado entre os arts. 901 a 906 do CPC (resolvendo, dessarte, longa celeuma doutrinária). Isso significa que, a seguir o raciocínio do Min. *Marco Aurélio*, e mesmo se derogadas/ab-rogadas algumas daquelas normas de rito da ação de depósito (porque anteriores ao Pacto de San José), a **prisão civil do depositário judicial infiel economicamente capaz segue possível**, independentemente do que se passe hoje com o depositário contratual ou necessário (não judicial); e segue possível *pela expressa vontade do legislador ordinário*, declarada *ulteriormente* ao Decreto n. 678/92.

Por tudo isso, é certo haver, ao menos, *duas teses distintas* reunidas, de modo indiferenciado, como “*ratio decidendi*” do Enunciado n. 17 da PSV n. 03 (se não mais). A divergência interna, a sugerir ainda a necessidade de amadurecimento das teses, foi inclusive explicitada pelo Min. *Ricardo Lewandowsky* no mesmo HC n. 87.585⁽⁹⁾.

(8) Nesse sentido, veja-se, por todos, REZEK, Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 104-105. *In verbis*: “A prevalência de que fala essa tópica é a que tem indisfarçado valor hierárquico, garantindo ao compromisso internacional plena vigência, *sem embargo de leis posteriores que o contradigam*”. (grifo nosso).

(9) *In verbis*: “Recentemente, eu trouxe um *habeas corpus* entendendo *constitucional e legal a prisão*

Apenas essa circunstância, a nosso ver, já desautoriza formalmente a aprovação de súmula vinculante, em qualquer sentido, mercê da hipótese de admissibilidade do art. 103-A, *caput*, da CRFB, e do art. 2º, *caput*, da Lei n. 11.417/2006.

Mas não é só. A questão da supralegalidade remete-nos a outro nível de discussão, que passo a explorar nos dois próximos itens.

1.C. A questão da hierarquia das normas internacionais (I): Interpretação autêntica do art. 5º, § 3º, CRFB

Pode-se — e deve-se — reconhecer a **constitucionalidade** e a **legalidade** da prisão civil do depositário judicial infiel economicamente capaz (sem prejuízo das teses de ilegitimidade da prisão civil nos casos de equiparação legal, como na alienação fiduciária em garantia e nas cédulas hipotecárias, às quais acedemos). E há de ser assim por ao menos duas vias distintas de argumentação (= abordagem): a **abordagem jurídico-formal** e a **abordagem jurídico-semântica**. Trataremos da primeira neste tópico e no seguinte; e da segunda, no tópico «1.E».

No plano *jurídico-formal*, vem à baixa a questão da **hierarquia dos tratados** após a entrada em vigor da Emenda Constitucional n. 45/2004. Como se sabe, após a emenda, o art. 5º da *Lex legum* passou a contar com dois parágrafos relativos ao regime jurídico dos direitos humanos fundamentais, a saber:

(...)

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional,

decretada contra o depositário infiel, na esteira da jurisprudência consolidada da Casa. Mas eu estaria aberto a eventual mudança”. (p. 244) (grifo nosso)

em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (parágrafo acrescido pela EC n. 45/2004).

E, a respeito de tais preceitos, assim se pronunciou, entre tantos, o eminente *José Afonso da Silva*⁽¹⁰⁾:

Esse § 3º inserido pela Emenda Constitucional n. 45/2004 *regula ou interpreta a segunda parte do § 2º quando admite a incorporação dos tratados e convenções sobre direitos humanos ao direito constitucional pátrio* — recepção, essa, que gerou controvérsia quanto a saber em que termos se dava essa incorporação. Parte da doutrina — que tinha meu apoio — sustentava que essa incorporação se dava já com a qualidade de norma constitucional; outra entendia que assim não era, porque esses acordos internacionais não eram aprovados com o mesmo *quorum* exigido para a formação de normas constitucionais. Não é o caso de discutir, agora, o acerto ou o desacerto dessas posições, uma vez que a *Emenda Constitucional n. 45/2004*, acrescentando esse § 3º ao art. 5º, *deu solução expressa à questão no sentido pleiteado por essa última corrente doutrinária*. Temos aí um § 3º *regulando interpretativamente cláusula do § 2º*, a dizer que os tratados e convenções sobre direitos humanos só se incorporarão ao Direito interno com o *status* de norma constitucional *formal* se os decretos legislativos por meio dos quais o Congresso Nacional os referencia (art. 49, I) forem aprovados com as mesmas exigências estabelecidas no art. 60 para a aprovação das emendas constitucionais [...]. A diferença importante está aí: as normas infraconstitucionais que violem as normas internacionais acolhidas na forma daquele § 3º são inconstitucionais e ficam sujeitas ao sistema de controle de constitucionalidade na via incidente como na via direta; *as que não forem acolhidas desse modo ingressam no ordenamento*

interno no nível de lei ordinária, e eventual conflito com as demais normas infraconstitucionais se resolverá pelo modo de apreciação da colidência entre *lei especial e lei geral*. (grifo nosso)

O lente do Largo São Francisco supõe, portanto, que a função constitucional do § 3º é a de *interpretar* o § 2º, de modo que, em relação aos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, a incorporação do direito internacional com *status* constitucional (§ 2º) dependeria, necessariamente, da aprovação pela devida forma do § 3º. Sendo assim, duas seriam, para o nosso caso, as necessárias conclusões: (a) a parte final do § 2º seria dispensável — ou, mais, não teria razão de ser —, pois a incorporação de direitos e garantias previstos em tratados internacionais de que o Brasil fosse parte far-se-ia mesmo nos termos do § 3º; (b) o Pacto de San José da Costa Rica jamais poderia gozar de constitucionalidade (ou, com maior razão, de supraconstitucionalidade), já que foi referendado pelo Congresso Nacional mediante decreto legislativo aprovado por *quórum simples*, sendo a seguir ratificado por decreto do Poder Executivo⁽¹¹⁾. Assim, a interpretação vazada nos arestos cujas ementas foram transcritas acima (Ministros *Cezar Peluso*, *Ayres Britto*,

(11) Na verdade, até hoje — passados cinco anos da chamada «Reforma do Poder Judiciário» (= EC n. 45/2004), ou de sua primeira fase —, editou-se um único decreto legislativo com força de emenda constitucional (hipótese do art. 5º, § 3º, da CRFB). Trata-se do Decreto Legislativo n. 186, de 9.7.2008, que «aprova o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007». Mesmo aí, aliás, já há diversos aspectos polêmicos para os quais a doutrina não atinou, como, p. ex., a *constitucionalização de princípios gerais de interpretação e aplicação dos direitos humanos* — universalidade, indivisibilidade, interdependência e inter-relação (item «c» do Preâmbulo) — que, antes do Decreto-lei n. 186/2008, eram princípios meramente doutrinários; agora, integram nominalmente a ordem constitucional, por constarem expressamente do item «c» do Preâmbulo da Convenção de Nova Iorque (e, sobre a eficácia normativa dos preâmbulos constitucionais, muito tem a nos dizer o constitucionalismo francês).

(10) SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 179.

Gilmar Mendes, Marco Aurélio) não seria possível, em absoluto: mercê do nível constitucional da norma do art. 5º, LXVII, *in fine*, da CRFB — e, bem assim, da posteridade das normas do art. 652 do NCC e do art. 666, § 3º, do CPC (ambas constantes de textos promulgados *após* a ratificação executiva do Pacto de San José) —, a prisão civil do depositário infiel seguiria legítima e factível, ao menos nas hipóteses de infidelidade depositária judicial.

E nem se diga, a propósito, que a prisão civil do depositário judicial infiel não seria possível — *apesar* da posteridade dos arts. 652 do NCC e 666, § 3º, do CPC —, dada a *supra-legalidade* dos tratados internacionais sobre direitos humanos (fiando-se na leitura do Min. Ayres Britto, *supra*). A bem se ver, esse pensamento termina conferindo aos tratados de direitos humanos, na prática, o poder de *sustar indefinidamente a eficácia* da norma constitucional, porque não há, no ordenamento interno brasileiro (art. 59 da CRFB), qualquer espécie legislativa que esteja «entre» a Constituição e as leis (inclusa a lei complementar, que também é lei). Logo, a norma do art. 5º, LXVII, *in fine*, da CRFB só poderia ser «revivida», no plano da eficácia, por algum outro *tratado internacional*, que a seu modo dispusesse sobre ritos para a prisão civil de depositários infiéis nos países signatários.

Mas isso configuraria, na prática, a *ab-rogação* da norma do art. 7º, n. 7, do Pacto de San José, o que nos levaria a concluir que, de todo modo, a possibilidade jurídica de prisão civil do depositário infiel (inclusive o judicial), no plano interno, dependeria *necessariamente* da revisão da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, *apesar* da subsistência de norma constitucional válida. Ou seja: «supralegalidade» com efeitos cabais de constitucionalidade (ou mesmo de supraconstitucionalidade, a se supor que a norma do art. 7º, n. 7, do Pacto esteja albergada pela cláusula de indenidade do art. 60, § 4º, IV, da CRFB) — o que significaria, para todos os fins, *ofensa oblíqua* à norma do art. 5º,

§ 3º, da CRFB, por inobservância da devida forma ali estatuída.

Tampouco se diga, outrossim, que a Convenção Interamericana de Direitos Humanos ter-se-ia incorporado imediatamente à Constituição da República, simplesmente porque aprovada e ratificada antes do advento da EC n. 45/2004. A valer o magistério de *Afonso da Silva*, o novel § 3º do art. 5º não fez mais que *interpretar* a norma do § 2º, perfilhando uma das teses que até então se digladiavam. Se houve, pois, mera *interpretação autêntica* (ou *semi-autêntica*, considerando-se que a composição do Parlamento em 2004 já não correspondia à da Assembleia Nacional Constituinte de 1987), e não inovação de regime constitucional, a norma do art. 5º, § 2º não pode ser interpretada em desconformidade com o seu atual § 3º, antes ou depois de dezembro de 2004. No mínimo, a nova regra teria *restringido efeitos* de textos normativos internacionais que, antes de 2004, tenham sido diretamente recepcionados com *status* constitucional, sem quórum qualificado. E, a rigor, desautoriza a vontade do legislador qualquer exegese que — a pretexto de reger o direito intertemporal — estabeleça no tempo, sob a égide da mesma Constituição, dois regimes diversos e sucessivos de incorporação de direitos humanos fundamentais constantes de convenções ou tratados internacionais (mesmo porque, nessa matéria, o regime de garantias é imutável, *ut* art. 60, § 4º, IV). Haveria que se reconhecer, no limite, a inconstitucionalidade do próprio art. 5º, § 3º, de que não se cogita e nem se cogitará.

1.D. A questão da hierarquia das normas internacionais (II): regime de recepção por derivação vinculada a ato de legitimação política

Há, porém, um segundo modo de pensar a questão, reconhecendo relativa autonomia às normas dos §§ 2º e 3º da CRFB e permitindo, em tese, importações normativas diretas, sem o especial processo legislativo do § 3º. É o

modo que perfilhamos, já que a boa regra de Hermenêutica sugere, desde os tempos da *Carlos Maximiliano* (e antes dele), que a lei — e tanto menos a Constituição — não tem palavras inúteis. Entretanto, nem mesmo por esse modo chega-se àquele resultado que o Enunciado n. 17 da PSV n. 03 pretende condensar. Vejamos.

Por essa segunda visão, deve-se entender que existem hoje *dois regimes possíveis* de recepção das normas internacionais de direitos humanos (que, diga-se, não são sucessivos, mas *concomitantes*, antes ou depois do advento da EC n. 45/2004 e do novel § 3º, considerando-se a sua função meramente explicativa). Ambos têm expressa ancoragem constitucional.

O primeiro regime dá-se por **derivação principiológica imediata**, lastreado na norma do art. 5º, § 2º. Por ele, *princípios* imanentes a tratados ou convenções internacionais são imediatamente incorporados ao rol de direitos e garantias individuais, tornando-se desde logo *cognoscíveis* e *sindicáveis* judicialmente. Insista-se, porém, que — pela própria letra constitucional (“[...] *não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte*”) —, tal regime de recepção só serve aos *princípios* (i.e., às normas dotadas de conteúdo imediatamente axiológico, máxima abstração e caráter normogenético); não serve às regras que, mediante comandos mais concretos, densificam aqueles princípios.

O segundo regime dá-se por **derivação vinculada a ato de legitimação congressional** (com quórum de emenda constitucional), lastreado, hoje, na norma do art. 5º, § 3º. Nesse caso, o texto normativo internacional incorpora-se por inteiro, em nível constitucional, mas não antes do devido processo legislativo, que equivale aos das emendas (aprovação, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros).

Assim admitido (como admitimos), a pergunta subsequente é por si evidente. No caso do *Pacto de San José da Costa Rica* (OEA,

22.11.1969; Decreto n. 678/92), qual é — ou foi — o regime de recepção? O seu texto — e muito particularmente a norma do seu art. 7º, n. 7 — ingressa ou pode ingressar à ordem jurídica constitucional por derivação *princípio-lógica* ou *vinculada*? E a resposta, em nossa opinião, não pode ser outra: por **derivação vinculada**. Duas razões essenciais nos justificam.

1. A garantia subjacente ao debate é a própria *liberdade de ir e vir* (cujo preceito encerra, ao mesmo tempo, *norma-princípio* e *norma-regra*, ante o “*Doppelcharakter*” de R. Alexy⁽¹²⁾), que, mercê da sua própria natureza, admite *limitações e concreções* por obra do legislador ordinário (que, diga-se, *não estão circunscritas* à hipótese de sentenças penais condenatórias transitadas em julgado; vejam-se, p. ex., as hipóteses de prisões cautelares processuais penais⁽¹³⁾ e de prisões administrativas⁽¹⁴⁾). O mesmo há de valer, por lógica e imitação, para o anunciado princípio da «*não detenção por dívidas*», vazado no art. 7º, 7, do Pacto de San José. E as exceções a ambos os princípios — sendo esse último uma especialização daquele primeiro — são inscritas no sistema por *normas-regra*, já não por (contra-)princípios. Logo, *as hipóteses de admissibilidade de prisão civil “lato sensu”* — que são as *exceções* ao princípio da não detenção por dívidas — *perfazem normas-regra* (com menor grau de abstração e sem potencial

(12) ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, 3. Aufl., Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1996. p. 122-125.

(13) Que, na legislação em vigor, admitem nada menos que *cinco* espécies: a prisão preventiva, a prisão temporária, a prisão em flagrante delito, a prisão decorrente de pronúncia e a prisão decorrente de sentença penal condenatória recorrível (essa última abalada, recentemente, pelo quanto decidido no HC n. 84.078/MG, j. 5.2.2009, em voto da relatoria do Min. EROS GRAU, que legitimou tal restrição apenas se presentes os pressupostos do art. 312 do CPP — o que significa, na prática, reduzir a última hipótese à primeira).

(14) No Brasil, ainda hoje, vejam-se as hipóteses das *prisões cautelares administrativas* do extraditando, do expulsando ou do deportando, para fins de extradição, expulsão ou deportação, vazadas respectivamente nos arts. 81, 69 e 61 da Lei n. 6.815/80.

normogenético), não normas-princípios. Ora, somente essas — as *normas-princípios* — admitem recepção constitucional direta, independentemente de ato de legitimação política no plano interno, nos termos do art. 5º, § 2º, da CRFB (*supra*); consequentemente, aquelas — as *normas-regras* (como são as que excetuam o princípio da não detenção por dívidas na ordem constitucional, concretizando as hipóteses excepcionais de admissibilidade de prisão civil) somente podem ser introduzidas no estamento constitucional *pela via legislativa estrita*, i. e., pelo procedimento do art. 5º, § 3º, da CRFB.

2. O próprio Poder Constituinte originário *ressalvou* a possibilidade de prisão do depositário infiel, juntamente à do alimentante inadimplente, com a promulgação da Carta em 5.10.1988. Logo, há manifesta *incompatibilidade* entre normas internacionais que a proíbam e o regime constitucional democraticamente instituído, de modo que, no plano político, somente um ato congressual *re-legitimador* teria idoneidade bastante para *subverter* a vontade constituinte originária. Para tais casos, o regime de recepção há de ser **necessariamente** o do art. 5º, § 3º, CF (= votação qualificada).

Por conseguinte, somente com a aprovação do Pacto de San José por cada uma das casas do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, poder-se-ia obter o alardeado «esvaziamento» da norma do art. 5º, XXVI, “*in fine*”, da CF. Caberia, assim, ao próprio *Poder Legislativo* — e não ao Poder Judiciário (“*venia concessa*” da tese de «mutação informal da Constituição»⁽¹⁵⁾) — reescrutinar a Convenção Interamericana dos Direitos Humanos, para então (re)aprovar-lá mediante decreto legislativo com força de emenda constitucional (art. 5º, § 3º). Até lá, o único controle constitucional possível das prisões civis legalmente postas com fundamento no permissivo do art. 5º, XXVI (*in*

fine) dar-se-á, necessariamente, pela via da **proporcionalidade** (i. e., por juízos concretos de *adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito*⁽¹⁶⁾, que não se emitem *in abstracto* — como encaminha o Enunciado n. 17 da PSV n. 03 —, mas sempre para *cada caso concreto*). É, aliás, o que sinaliza o voto do Min. Ayres Britto (*supra*), que esgrime diretamente com o *princípio da proporcionalidade* para assim afastar — com toda razão — a possibilidade de prisão civil de devedor-fiduciante.

Nessa ordem de ideias, não tendo sido incorporado ao sistema constitucional pela via do art. 5º, § 3º, da CRFB, o Pacto de San José — ou, ao menos, a norma de seu art. 7º, 7 (que potencialmente revogaria parte do texto do art. 5º, XXVI, da CRFB) —, resta reconhecer, quando muito, a sua **supralegalidade**, mas sempre “*abaixo da Constituição*”, como encareceu o mesmo Ayres Britto (RE n. 349.703). E, nesse caso, a regra do art. 5º, XXVI, *in fine*, da CRFB jamais poderia ser tisonada, em abstrato, por aquela convenção.

É, a propósito, o que recentemente declarou, com todas as letras, o renomado constitucionalista Ingo Wolfgang Sarlet⁽¹⁷⁾, ao sustentar que, nesse particular, as decisões do STF são *contraditórias*. Como visto, a própria ementa do RE n. 349.703 (Min. Ayres Britto), como também a ementa do HC n. 87.585 (Min. Marco Aurélio) ou o voto do Min. Gilmar Mendes do RE n. 466.343, esclarecem que os tratados e convenções internacionais de direitos humanos — considerando-se, aqui, os que não estão aprovados nos termos do art. 5º, § 3º, CF — situam-se *abaixo da Constituição*, embora *acima da legislação interna*. E, sabe-se bem, é a **própria Constituição** que ressalva a prisão civil do depositário infiel. Se a sua hierarquia é *supralegal*, mas *infraconstitucional*, então não poderia haver

(15) HC n. 91.361, rel. Min. CELSO DE MELLO (*supra*).

(16) Cfr., por todos, Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 4. Aufl., Heidelberg, C. F. Müller, 1970. p. 28-29, 132 e ss.

(17) Cfr. Anais do XXIX Congresso Brasileiro de Direito Constitucional (IBDC), 2009.

qualquer «esvaziamento» da norma constitucional; e tanto menos uma condição de ineficácia pela derrogação das normas infraconstitucionais anteriores (HC n. 87.585), considerando-se a autonomia de ritos decretada pela Lei n. 11.382/2006 (art. 666, § 3º, do CPC) e a posterioridade do Novo Código Civil (art. 652).

Já no campo jurisprudencial, em sentido muito similar, importa referir, entre tantas, a paradigmática ementa do Des. *Freire Pimenta*, do Tribunal Regional do Trabalho de Minas Gerais, lavrada nos seguintes termos:

Não se afigura ilegal ou abusiva a ordem judicial restritiva da liberdade, fundada na condição de depositário infiel dos bens penhorados, quando constatado que o paciente deixou de atender à determinação judicial de que fosse colocado à disposição do Juízo da execução o bem penhorado que estava sob sua guarda. Os tratados e convenções internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, [...] ainda que lhes seja atribuída a estatura de norma supralegal (ou seja, com status superior ao de toda a legislação infraconstitucional interna), não tem força para revogar as normas expressas da própria Constituição de 1988, instituída por uma Assembleia Nacional Constituinte. Sendo certo, por outro lado, que aquele Pacto não foi aprovado, em 1992, com o procedimento legislativo e o quórum qualificado previsto para a aprovação das emendas constitucionais no § 3º do mesmo preceito constitucional, introduzido pela EC n. 45/2004, não tendo, pois estatura a estas equivalente. [...] Tal conclusão se torna ainda mais necessária nos casos em que o débito injustificadamente adimplido, embora de origem trabalhista, constitui obrigação de natureza alimentícia (enquadrando-se, pois, na primeira exceção do preceito constitucional em discussão e na única exceção admitida pelo próprio Pacto de San José da Costa Rica) e teve a garantia de sua satisfação em Juízo destruída pela conduta ilícita do depositário infiel de bem regularmente penhorado em processo trabalhista. Tratando-se de confronto entre princípios e garantias constitucionais, é necessário encontrar-se um resultado interpretativo que, na prática e em cada caso, não esvazie por completo o

princípio da efetividade da tutela jurisdicional, de estatura igualmente constitucional. (TRT – 3ª Reg., HC n. 0480-2009-0, rel. Des. José Roberto Freire Pimenta, j. 5.5.2009) (grifo nosso)

Como se vê, em precisa e oportuna reflexão, *Freire Pimenta* traz à consideração todos os valores constitucionais imbricados com a questão — “*ius libertatis*” (art. 5º, *caput*, CRFB), dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CRFB), soberania nacional (art. 1º, I, CRFB), efetividade da jurisdição (art. 5º, LIV, CRFB), caráter alimentar dos salários e afins (art. 100, § 1º-A, CRFB) — para, em **juízo concreto de proporcionalidade** (como deve ser, até que o Congresso Nacional reescrutine o Pacto de San José nos termos do art. 5º, § 3º, CRFB), compreender que, na hipótese de depositários judiciais infielis que têm condições de apresentar o bem constrito ou de substituí-lo pelo importe equivalente, a **natureza alimentar** do crédito exequendo (como ocorre, de regra, na execução trabalhista — o que inclusive a aproxima, “*per analogiam*”, do próprio permissivo do art. 7º, n. 7, do Pacto), associada à necessidade de se conferir **efetividade** à execução trabalhista (exatamente por aquele recorrente caráter alimentar), **justificam a inflexão do princípio da não detenção por dívidas**, no marco do permissivo constitucional (art. 5º, *XXLVI, in fine*). O que permite afirmar que, **no processo do trabalho, mercê do tipo de crédito a satisfazer** (art. 100, § 1º-A, CRFB) e da usual hipossuficiência econômica dos credores, a **manutenção da possibilidade de prisão do depositário judicial infiel** — quando possível a devolução da coisa ou a sua substituição pecuniária — **é medida de inteiro rigor e justiça**, em estrito juízo concreto de proporcionalidade (= “*Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*”).

1.E. A questão da Natureza Jurídica da prisão do depositário judicial infiel economicamente capaz: “contempt of court”

Já no plano *jurídico-semântico*, deve-se ter em conta que, no caso do depositário judicial

(i. e., daquele que consensualmente aceita a coisa em depósito, no curso de processo judicial e na forma do art. 665, IV, do CPC), a infidelidade não consubstancia apenas inadimplência creditícia. Consubstancia também — e sobretudo — ato atentatório à autoridade do juiz e à dignidade do Poder Judiciário (desafiando, a par da própria prisão, a sanção processual do art. 601 do CPC — multa não superior a 20% do débito atualizado em execução —, estabelecida “sem prejuízo de outras sanções de natureza processual ou material”). A isso corresponde, no direito anglo-saxônico, a figura do “*contempt of court*”.

Com efeito, a prisão do depositário infiel, tal como prevista no art. 5º, LXVII, *in fine*, não é, no caso de depósitos judiciais assumidos consensualmente por sujeito economicamente capaz, uma mera prisão civil por dívidas. Tutela também a *autoridade do magistrado* e a *dignidade do Poder Judiciário*, que dizem com o próprio princípio da *segurança jurídica* (art. 5º, *caput*, CRFB). Afinal, não é à toa que a *autoridade dos julgados* é um dos *princípios sensíveis* da Carta Constitucional de 1988 e de todo e qualquer *Estado de Direito* (a ponto de *autorizar*, entre nós, a *intervenção federal e estadual*, nos termos dos arts. 34, VI, e 35, IV, da CRFB).

Daí ser possível, razoável e necessário entrever, na prisão civil do depositário judicial infiel economicamente capaz, hipótese assemelhada à prisão por *contempt of court*, assim admitida, com grande liberalidade, na pátria-mãe das democracias republicanas (i. e., nos Estados Unidos da América) e em outros muitos Estados Democráticos de Direito — que, sobre serem democráticos (e antes mesmo disso), são também de Direito.

O que nos obriga a um breve olhar sobre o instituto do *contempt*, para melhor entendimento⁽¹⁸⁾.

A sua origem histórica radica no Direito Romano (em especial durante a fase da *cognitio*

extraordinaria); e, por meio dele, no direito inglês medieval. Na Inglaterra do século XIII, seguindo-se de perto o modelo romano das *legis actiones*, criava-se um *writ* para cada espécie de violação de direitos dos súditos (para se chegar, somente em 1679, ao *Habeas Corpus Amendment Act*). Entretanto, quando não havia um *writ* para determinado caso, não restava ao súdito senão reclamar a clemência do rei, fazendo-o perante a *Chancery* (que, segundo Lima Guerra, atuavam como “cortes de consciência”⁽¹⁹⁾). Provia-se ali a *tutela específica das obrigações*, a ponto de se conduzir o réu à prisão caso se recusasse a cumprir o que lhe determinava a decisão do *chancellor* (estando, nesse caso, *in contempt of court*, dizendo-se dele “*a contemnor*”⁽²⁰⁾); e ali permaneceria, sob a autoridade do rei, até que resolvesse obedecer ao quanto determinado. Pode-se bem dizer que essas ações afirmativas desempenharam um papel relevante — senão vital — na construção, entre os ingleses, da ideia de um “poder” judiciário (que, no futuro — *Act of Settlement*, 1701 —, chegaria a amearhar garantias de independência em face da própria Coroa).

Em Portugal — e, por extensão, no Brasil —, as *Ordenações Filipinas* já previam, entre nós, instituto com efeitos semelhantes (Livro V, Título 128). Eram as «*cartas de segurança*», que traziam consigo o germe da nossa *jurisdição*

Maria; MILHORANZA, Mariângela (Orgs.). *Páginas de Direito*. Porto Alegre, [s.e.], 2009. Disponível em: <http://www.tex.pro.br/wwwroot/06de2003/sancaopordescumprimentodeordemjudicial_roger.htm> ISSN 1981-1578. Acesso em 23 jul. 2009). O texto é fruto das pesquisas do autor para sua dissertação de mestrado e nele se baseia parte das informações que se seguem abaixo.

(19) GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 87-89.

(20) Para o dado histórico e a terminologia, cfr., por todos, “*Contempt Power, Judicial*”, in *Encyclopedia of the American Constitution*, Earl C. Dudley Jr., Woodbridge, Macmillan Reference, 2000, p. 671-672. Para uma visão menos técnica (e acidamente crítica), v. Rik Scarce, *Contempt of Court: A Scholar's Battle for Free Speech from behind Bars*, Walnut Creek, Altamira Press, 2005, *passim*.

(18) Cfr. BORTOLUZZI, Roger Guardiola. Sanção por descumprimento de ordem judicial. In: TESHEINER, José

mandamental: se desobedecidas pelo destinatário, poderiam sujeitá-lo à prisão. Mas o legislador republicano abdicou dessa tradição, sobretudo por influência do direito francês. O que não significa, por outro lado, que a prisão por *contempt of court* seja *estranha* ao nosso sistema: não é, nem histórica, nem positivamente, como se dirá.

Antes, porém, interessa afinal *conceituar* o instituto. Seguindo Cruz e Tucci⁽²¹⁾, que se reporta a Hozard e M. Taruffo,

(...) a expressão *contempt of court* designa em termos gerais a *recusa em acatar a ordem emitida por uma corte de justiça*. Como consequência desse comportamento, o destinatário da ordem pode sofrer *uma sanção pecuniária ou restritiva de liberdade*, dependendo da gravidade do *contempt*, sempre com o intuito de constranger a parte a cumprir a determinação judicial (...).

É sanção processual que, diga-se, não se limita às partes. O próprio Cruz e Tucci, adiante, esclarece que a responsabilização pelo *contempt of court* pode recair sobre o litigante ou outro integrante do processo, razão pela qual se exige *uma ordem que imponha especificamente a quem é dirigida uma obrigação de fazer ou de abster-se de fazer*⁽²²⁾.

No que toca à *tipologia*, a doutrina norteamericana conhece duas modalidades de *contempt of court*, a saber, o “*civil contempt of court*” (que é praticada por litigante ou terceiro em detrimento de uma das partes no processo) e o “*criminal contempt of court*” (bem mais grave, é praticada por litigante ou terceiro em detrimento da própria autoridade judiciária). Distingue-se ainda entre o “*contempt of court*” *direto* (praticado na presença da autoridade, durante os procedimentos judiciais) e o “*contempt of court*” *indireto* (a que corresponde o descumprimento de ordens judiciais fora

das dependências da própria corte e/ou sem a presença da autoridade judiciária)⁽²³⁾.

E no Brasil hodierno, à luz da legislação em vigor e da própria Constituição de 1988? Admite-se a figura da prisão por “*contempt of court*”?

Não temos dúvidas de que **sim** (embora de modo extremamente casuístico). Vejamos.

Do ponto de vista *principiológico*, há uma indiscutível compatibilidade do instituto com princípios estruturantes — notadamente o *princípio do Estado de Direito*⁽²⁴⁾ (como visto) — e também com princípios instrumentais — notadamente o *princípio da cooperação processual*⁽²⁵⁾

(23) Cfr., para a distinção, o sistema Wex do Legal Information Institute (LII) da Cornell University Law School. Disponíveis em: <http://topics.law.cornell.edu/wex/contempt_of_court_indirect>; <http://topics.law.cornell.edu/wex/contempt_of_court_direct> Acessos em: 23 jul. 2009.

(24) Pode-se enunciar o *princípio do Estado de Direito* (*Rechtsstaat*) como o estado de *soberania das leis*, não da vontade das partes (João Paulo II, *Centesimus Annus*, n. 44); mas entre as suas dimensões essenciais geralmente se destacam os princípios da *segurança jurídica* e da *protecção da confiança dos cidadãos*, o que inclui, em relação aos atos jurisdicionais, a **estabilidade** ou **eficácia «ex post»** dos julgados. Ou, como decidiu o Supremo Tribunal Administrativo de Portugal em 13.11.2007 (Ac. n. 0164-A/04), “o princípio do Estado de Direito concretiza-se através de elementos retirados de outros princípios, designadamente, o da segurança jurídica e da protecção da confiança dos cidadãos, [...] Os citados princípios da segurança jurídica e da protecção da confiança assumem-se como princípios classificadores do Estado de Direito Democrático, e que implicam *um mínimo de certeza e segurança nos direitos das pessoas e nas expectativas juridicamente criadas* a que está imanente uma ideia de *protecção da confiança dos cidadãos e da comunidade* na ordem jurídica e na *actuação do Estado*”. Disponível em: <<http://jurisprudencia.vlex.pt/vid/29199184>>, <<http://www.dgsi.pt/jsta.nsf>> Acesso em: 24 jul. 2009 (grifos nossos). Em suma, não há Estado de Direito onde as decisões jurisdicionais do Estado-juiz não se cumprem ou podem ser facilmente rechaçadas por expedientes extrajudiciais.

(25) Sobre o *princípio da cooperação processual* e suas implicações, veja-se, de nossa lavra, *Direito à Prova e Dignidade Humana*: cooperação e proporcionalidade nas provas condicionadas à disposição física da pessoa humana. São Paulo: LTr, 2007, *passim* (em especial o capítulo I).

(21) CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Lineamentos da nova reforma do CPC*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 19-20.

(22) *Idem*.

(de que é corolário o *dever de lealdade*) e do acesso à justiça⁽²⁶⁾ (em sentido material).

“De lege lata”, temos já a positivação geral do instituto, em versão abrandada, tanto no art. 600 do CPC (atos atentatórios à dignidade da Justiça) — notadamente em seu inciso III (resistência injustificada às ordens judiciais) —, com as sanções do art. 601 (que, insista-se, ressalva as “*outras sanções de natureza processual ou material*”)⁽²⁷⁾, como também, mais recentemente (Lei n. 10.358/2001), no art. 14, parágrafo único, do mesmo diploma, que sanciona precisamente os vários modos de se frustrar o dever de cooperação processual (por *partes* ou *terceiros*, nos termos dos arts. 340 e 341 do CPC).

E, não bastasse, em casos específicos, houve mesmo a previsão legal de **restrições de liberdade** em detrimento de quantos desafiem a autoridade do juiz ou, em casos específicos, as suas obrigações legais diretas (sem que jamais se tenha arguido seriamente qualquer inconstitucionalidade a tal respeito). São (ou foram), sem dúvida, hipóteses especiais de *prisão por “contempt of court”* que a Constituição da República de 1988 recepcionou. Vejamo-las:

(a) a *prisão civil* de emitente, sacado ou aceitante que se recusar a restituir título requisitado judicialmente, desde que haja prova da efetiva entrega do título e da recusa de devolução (arts. 885⁽²⁸⁾ e 886 do CPC);

(26) Sobre as dimensões formal e material do princípio de acesso à justiça, cfr., por todos, CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, *passim*.

(27) Nesse sentido, identificando hipótese de “*contempt of court*” na norma do art. 600 do Código de Processo Civil, veja-se, por todos, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p.178; e, do mesmo autor, *A reforma do Código de Processo Civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, *passim* (comentando, à época, a alteração do art. 601 pela Lei n. 8.953/94).

(28) *In verbis*: “O juiz poderá ordenar a apreensão de título não restituído ou sonogado pelo emitente, sacado ou aceitante; mas só decretará a *prisão de quem o recebeu para firmar aceite ou efetuar pagamento*, se o portador provar, com justificação ou por documento, a entrega do título e a recusa da

(b) a *prisão civil por resistência à ordem de constrição vazada em mandado*, prevista no art. 662 do CPC⁽²⁹⁾;

(c) a *prisão civil* (ou “*administrativa*”⁽³⁰⁾) do falido ou do síndico resistente ao cumprimento de ordens judiciais (arts. 35, 37, 60, § 1º e 69, § 5º, todos do Decreto-lei n. 7.661/45, em

devolução” (grifo nosso). É, de todos, o exemplo mais eloquente a fundar a tese.

(29) *In verbis*: “Sempre que necessário, o juiz requisitará força policial a fim de auxiliar os oficiais de justiça na penhora dos bens e na *prisão de quem resistir à ordem*” (grifo nosso). Veja-se que não se trata necessariamente de *prisão em flagrante delito* (art. 302 do CPP), até porque não se referem as demais hipóteses legais desse tipo de prisão cautelar (incisos II a IV), nem tampouco se discriminam entre pessoas capazes ou incapazes. A melhor exegese, portanto, é a de que a prisão é *civil* e tem por objetivo *permitir a penhora e/ou a apreensão dos bens*, neutralizando a ação contrária do recalcitrante (logo, seria melhor a expressão «detenção» e não «prisão»). Ao depois, lavrado o auto de resistência pelos oficiais de justiça (art. 663, 1ª parte) e feita a entrega da pessoa à autoridade policial (art. 663, *in fine*), caberá a esta proceder conforme a lei: **(a)** se houver crime que admita a prisão processual penal em flagrante delito (como, e. g., no delito de coação no curso do processo, *ut* art. 344 do CP), ouvirá o detido, o condutor e as testemunhas (art. 304 do CPP), lavrará o auto de prisão em flagrante, recolherá a pessoa e encaminhará o auto à autoridade judicial (podendo arbitrar a fiança, nos delitos punidos com detenção; do contrário, aguardará que a autoridade judicial criminal o faça, *ut* art. 322, parágrafo único, CPP); **(b)** se se tratar de infração penal de menor potencial ofensivo (art. 61 da Lei n. 9.099/95) — modalidade que hoje abarca todas as *fattispecies* em que o réu se livra solto (art. 321 do CPP) —, como ocorre na desobediência (art. 330 do CP), no desacato (art. 331 do CP) e na própria resistência simples (art. 329 do CP), o delegado lavrará o termo circunstanciado, colherá o compromisso de comparecimento perante a autoridade judicial criminal e liberará o detido; **(c)** no caso de menor ou incapaz, convocará os pais ou responsáveis e lhes confiará o detido, documentando o fato.

(30) Dizia-se, antes de 1988, da «prisão administrativa» do falido, com o declarado propósito de “*compelir o paciente ao cumprimento de obrigações*” legais (cfr. STF, RHC n. 60.142/SP, rel. Min. RAFAEL MAYER, j. 3.9.1982). Sob a égide da Constituição de 1967/1969, chegou-se mesmo a afastar uma arguição de inconstitucionalidade desse tipo de prisão (STF, RHC n. 54.694/RJ, rel. Min. THOMPSON FLORES, j. 27.8.1976). E, mesmo após a promulgação da Carta de 1988, o Supremo seguiu admitindo-a em tese,

vigor até dezembro de 2004, mas abolidos com a Lei n. 11.101/2005, que manteve apenas a hipótese do art. 99, VII⁽³¹⁾).

Nada obsta, portanto, que se reconheça, para o processo judicial em geral — e, muito particularmente, para o **processo do trabalho** (dada a recorrente *natureza alimentar* dos créditos exequendos) —, a possibilidade jurídica da **prisão civil do depositário judicial infiel economicamente capaz**, *ex vi* do art. 5º, LXVII, CF

nos termos do Decreto-lei n. 7.661/45, como se constata na seguinte ementa (julgamento de 24.05.1994): “Falência de instituição financeira precedida de liquidação extrajudicial pelo Banco Central: inadmissibilidade da prisão administrativa do ex-liquidante, com base nos arts. 35 e 34, V, da Lei de Falências, porque supostamente equiparado ao falido, por força do art. 191 daquele diploma ou do art. 25 e parágrafo da L. 7.492/86. **1.** São figuras inconfundíveis a do liquidante, órgão de sociedade comercial em liquidação e, por isso, equiparado ao falido pelo art. 91 da Lei de Falências, e a do liquidante, órgão do Banco Central na liquidação extrajudicial de instituições financeiras, que o art. 34 da Lei n. 6.024/74 adequadamente equipara, não ao falido, mas ao síndico da falência. **2.** Também no art. 25, parágrafo único, da L. 7.492/86, para o efeito de atribuir-lhes responsabilidade penal pelos crimes nela definidos, o que se contém é a assimilação, logicamente congruente, do liquidante das financeiras ao síndico, não a sua equiparação ao falido, substancialmente arbitrária; por outro lado, a regra é de incidência restrita à lei penal extravagante em que inserida e à imputação das infrações criminais nela definidas, campo normativo que não cabe estender ao problema, de todo diverso, da atribuição ao liquidante administrativo de instituição financeira de crimes falimentares próprios do falido ou a *imposição de deveres e sanções processuais a ele, falido, também exclusivamente dirigida*” (STF, HC n. 70.743/DF, Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, j. 24.5.1994 (grifo nosso). Afastou-se, pois, a constrição, porque não se tratava propriamente de falido, mas de ex-liquidante de instituição financeira; mas admitiu-se, em tese, a figura da prisão administrativa como «sanção processual», sem qualquer dúvida de recepção ou constitucionalidade.

- (31) O preceito utilize a expressão «*prisão preventiva*» e se refere a *crimes falimentares*, mas **(a)** não exige todos os requisitos do art. 312 do CPP (= prisão preventiva «típica»), pois basta que haja “*provas da prática de crime definido nesta Lei*”; e — mais relevante — **(b)** a prisão é decretada pelo *juiz cível* (i. e., pelo juiz prolator “*da sentença que decretar a falência do devedor*”, nos termos do art. 99, *caput*)...

e do art. 666, § 3º, do CPC, pelo qual “*a prisão de depositário judicial infiel será decretada no próprio processo, independentemente de ação de depósito*”. Houve, aqui, uma **opção legislativa incontestada**, ulterior à ratificação do Pacto de San José, não circunscrita à hipótese de «prisão por dívida» (porque a natureza jurídica é **bifronte**, açambarcando a defesa da autoridade pública e da dignidade do Poder Judiciário) e, alfm, coerente — formal e substancialmente — com o permissivo constitucional em vigor. Logo, uma opção **inexorável**, mercê do próprio art. 2º da CRFB (“*poderes independentes e harmônicos entre si*”).

III. Conclusões

Pelo quanto demonstrado, pode-se enfim pontuar e acrescentar, mas já à guisa de conclusões, o que segue.

3.1. A efetividade da jurisdição — e, como seu corolário, a *efetividade da execução* — é cláusula indissociável da garantia constitucional de «*procedural due process of law*» nos Estados Democráticos de Direito.

3.2. O Enunciado n. 17 da PSV n. 03, ao declarar ilícita a prisão civil do depositário infiel “*qualquer que seja a modalidade de depósito*”, sumula tese ainda não pacífica no Excelso Pretório, visto haver decisões e manifestações de resultado semelhante que, nada obstante, baseiam-se em diversas razões de decidir, num amplo espectro teórico (que se espraia da mera legalidade até a supra-constitucionalidade das normas do Pacto de San José da Costa Rica).

3.3. De outra parte, pela doutrina dominante, as normas de tratados e convenções internacionais de direitos humanos não poderiam ser alçadas à condição de normas constitucionais, senão pelo procedimento do art. 5º, § 3º, da CRFB (EC n. 45/2004) — que, nessa parte, perfaria interpretação autêntica da norma do art. 5º, § 2º, da mesma Carta. Assim, a suposta constitucionalidade da norma do art. 7º, n. 7, do Pacto de San José

estaria condicionada a uma reescrutinação do tratado no modo do § 3º, para ulterior aprovação mediante decreto legislativo com força de emenda constitucional (como se deu, recentemente, com a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo).

3.4. Ademais, a se admitir que os §§ 2º e 3º do art. 5º da CRFB positivam regimes diversos de incorporação de convenções e tratados sobre direitos humanos, é certo que o primeiro modo (= derivação principiológica imediata) não pode alcançar *normas-regra*, que condicionam ou dimensionam as chamadas liberdades gerais (essas, sim, dotadas de caráter principiológico). De conseguinte, as regras que excepcionam o princípio da não detenção por dívidas, se alçadas ao panteão constitucional (caso em tela, *ut* art. 5º, XXLVI, *in fine*), só podem ser suprimidas ou modificadas, por força de tratados ou convenções internacionais, em regime de recepção por *derivação vinculada a ato de legitimação política* (art. 5º, § 3º, CFRB), já que diz respeito à esfera de razoável conformação do Poder Legislativo.

3.5. Não bastasse, a prisão civil do depositário judicial infiel economicamente capaz, sobre estar autorizada pela norma do art. 5º, XXLVI, *in fine*, da CRFB, não se resume à mera “prisão civil por dívidas”. Tem irrefragável *natureza bifronte*, consubstanciando também *medida de defesa da autoridade pública e da dignidade do Poder Judiciário*, à maneira de *contempt of court* (o que não está vedada, nesses termos, pelo Pacto de San José da Costa Rica).

3.6. Para mais, deve-se compreender que, nas execuções trabalhistas, a natureza alimentar de que geralmente se revestem os títulos exequendos reforça a tese da possibilidade jurídica, gozando de reconhecimento constitucional indireto (art. 100, § 1º-A, CRFB) e aproximando, pela relativa identidade ontológica, as hipóteses de prisão civil de

depositário judicial infiel e de prisão civil de alimentante inadimplente (art. 7º, n. 7, do Pacto de San José da Costa Rica).

3.7. Alfim, a par do incalculável prejuízo para a efetividade das execuções trabalhistas, a aprovação do Enunciado n. 17 da PSV n. 03 representaria, para a Justiça do Trabalho, uma inexplicável **supressão hermenêutica de competência constitucional expressa**, eis que, afastada a competência penal das varas do trabalho (ADI n. 3.684/2006, rel. Min. Cezar Peluso) e inviabilizada a prisão civil de depositários judiciais infiéis, *não restaria qualquer hipótese possível de constrangimento ao “ius libertatis” perpetrado por juízes do trabalho*. Isso significará, na prática, a derrogação oblíqua da norma do art. 114, IV, da CRFB (quanto à competência material da Justiça do Trabalho para o processo e o julgamento de *habeas corpus*) — o que evidencia que, sistematicamente, essa não é uma interpretação constitucional aceitável.

Consequentemente, pelo plexo de convicções que tais elementos engendram, não resta ao intérprete outra ilação, que não aquela repulsante e peremptória: sobre desatender formalmente aos pressupostos do art. 103-A da CRFB, **o Enunciado n. 17 da PSV n. 03, pela sua exorbitante generalização, fere de morte o único recurso efetivo de satisfação judicial de direitos sonogados por devedores e/ou depositários de má-fé**. Nessa precisa medida, não atende à concepção hodierna de jurisdição (= função de tutela de direitos materiais), enfraquece a segurança e a autoridade dos julgados (tisonando o princípio do Estado de Direito), revoga direta e indiretamente texto constitucional e, no processo do trabalho, pode vir a comprometer, no limite, a própria dignidade da pessoa do credor (na medida em que permite a chicana processual em detrimento de quem tem urgência para dar sustento a si mesmo e à família, na ausência de fontes alternativas de renda). Recuse-se, sim, a constitucionalidade daquelas hipóteses de prisão civil que se ligam a obrigações contratuais e títulos de crédito; não, porém, àquela que

funciona, antes, como um mecanismo fundamental de «eficacização»⁽³²⁾ das sentenças judiciais maliciosamente resistidas — e, muito particularmente, das sentenças trabalhistas.

IV. Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 3. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996.

BORTOLUZZI, Roger Guardiola. Sanção por descumprimento de ordem judicial. In: TESHEINER, José Maria; MILHORANZA, Mariângela (Orgs.). *Páginas de direito*. Porto Alegre: [s. e.], 2009.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Lineamentos da nova reforma do Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. *Execução civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

DUDLEY JR., Earl. *Encyclopedia of the American Constitution*. Woodbridge: Macmillan Reference, 2000.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Direito à prova e dignidade humana: cooperação e proporcionalidade nas provas condicionadas à disposição física da pessoa humana*. São Paulo: LTr, 2007.

_____. *Tratado de alienação fiduciária em garantia: das bases romanas à Lei n. 9.514/97*. São Paulo: LTr, 1999.

GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I.

_____. *Era das transições*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 4. Aufl. Heidelberg: C. F. Müller, 1970.

MENDES, Gilmar; VALE, André Rufino do. A influência do pensamento de Peter Häberle no STF. In: *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, Conjur, 10 abr. 2009.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1975. t. VIII.

REZEK, Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

SCARCE, Rik. *Contempt of court: a scholar's battle for free speech from behind bars*. Walnut Creek: Altamira Press, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005.

(32) O neologismo «eficacização» foi empregado, entre nós, por PONTES DE MIRANDA, ainda sob a égide do CPC de 1939. Cfr. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1975. t. VIII, p. 286-287.

Direitos humanos e fundamentais, os princípios da progressividade, da irreversibilidade e da não regressividade social em um contexto de crise

Cláudio Armando Couce de Menezes^(*), Glaucia Gomes Vergara Lopes^(**),
Otavio Amaral Calvet^(***) e Roberta Ferme Sivoilella^(****)

Resumo:

- ▶ O artigo pretende discutir a temática da progressividade dos direitos sociais e a proibição de regressividade destes. O tema ganha grande importância em um contexto de crise no qual se pretende a modificação ou supressão de direitos fundamentais, inclusive por meio de negociação coletiva.

Palavras-Chave:

- ▶ Princípios da progressividade — irreversibilidade — não regressividade — negociação coletiva — direitos humanos e fundamentais — crise econômica.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Direitos Humanos — cultura e ideologia
- ▶ 2. Direitos fundamentais e Direitos Humanos
- ▶ 3. O Direito do Trabalho com expressão dos Direitos Humanos — o princípio da progressividade, a irreversibilidade social ou não regressividade social
- ▶ 4. Crise, ajustes econômicos e os Direitos Humanos fundamentais e sociais
- ▶ 5. Negociação Coletiva. Progressividade e Irreversibilidade dos Direitos
- ▶ 6. Conclusões
- ▶ 7. Referências bibliográficas

(*) Desembargador Federal do Trabalho (17ª Região). Mestre em Direito. Autor de obras sobre processo do trabalho. Professor.

(**) Juíza do Trabalho (1ª Região). Professora. Autora de obras jurídicas. Mestre em Direito.

(***) Juiz do Trabalho (1ª Região). Professor. Mestre em Direito. Autor de obras jurídicas.

(****) Juíza do Trabalho (1ª Região).

1. Direitos humanos — cultura e ideologia

Discute-se na doutrina se os chamados direitos humanos ou direitos do homem são efetivamente direitos ou meros critérios morais indispensáveis à convivência humana. Para algumas vozes, a natureza de direito é afastada quando não há a integração no direito positivo. Ao contrário, quando positivados, passariam a ser denominados direitos fundamentais.

Apenas nos ocuparemos desta distinção no item seguinte. Interessa-nos, no momento, refletir se as diferentes culturas e ideologias dos povos podem ser equalizadas de modo a defender uma possível universalidade dos direitos humanos, por meio de uma postura crítica que persiga novos paradigmas.

Historicamente, trata a doutrina pátria e estrangeira das três dimensões dos direitos humanos em que a primeira é a dos Direitos Civis individuais⁽¹⁾ e encerra direitos de abstenção do Estado perante o indivíduo (direitos negativos); a segunda é dos Direitos Políticos⁽²⁾ e trata de direitos de prestação do Estado ao indivíduo (direitos positivos); e, por fim, a terceira dimensão, que é a de Direitos Sociais⁽³⁾ em que o indivíduo tem participação ativa na esfera pública de decisões do Estado.

A partir da Declaração dos Direitos do Homem de 1948, começa a estruturar-se uma quarta dimensão dos direitos humanos que é a dos Direitos de Solidariedade em que os indivíduos, tanto nas esferas privadas como públicas, atuam em regime de cooperação. É a primeira vez que se consolida a universalidade dos direitos humanos.⁽⁴⁾

(1) Nascida a partir das Declarações de Virgínia de 1776 e Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

(2) A partir do século XIX, com o advento da Revolução Industrial.

(3) A partir do início do século XX, com o advento da Revolução Russa, Constituição Mexicana de 1917 e Constituição de Weimar de 1919.

(4) De se ressaltar que, apesar do projeto de universalização, o grupo de trabalho da Comissão de Direitos

Inicialmente, o debate acerca da universalidade deu-se no eixo ideológico comunismo-capitalismo e na diversidade religiosa e cultural entre os países participantes. Atualmente, há discussões múltiplas, cabendo especial destaque àquelas realizadas entre países desenvolvidos, em desenvolvimento e subdesenvolvidos.

Como adverte *Herrera Flores*⁽⁵⁾, cabe rever o panorama que norteou a Declaração dos Direitos Humanos de 1948, e as suas mudanças, que, decerto, culminaram na atual dialética e postura crítica ante a dita universalização dos direitos chamados “de essência”.

Em 1948, os objetivos para a declaração dos direitos “do homem” eram dois: (i) a descolonização dos países e regiões submetidos ao poder e ao saqueio imperialista das grandes metrópoles; e (ii) a consolidação de um regime internacional ajustado à nova configuração de poder surgida depois da terrível experiência das duas guerras mundiais, a qual culminou na Guerra Fria entre dois sistemas contrapostos. Neste contexto, a declaração apresentava uma visão “ideal” e “metafísica” da pessoa humana, com definição universal, ante as múltiplas resistências da época.⁽⁶⁾

Em verdade, o conceito de direitos humanos que se impôs neste momento baseou-se em dois fundamentos: a universalidade *absoluta*

Humanos das Nações Unidas, encarregado da redação do Projeto da Declaração Universal de Direitos Humanos, incluía nacionais dos seguintes países: Bielorrússia, Estados Unidos, Filipinas, União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, França e Panamá. Durante a aprovação do texto final, dos cinquenta e oito Estados-membros das Nações Unidas no ano de 1948, quarenta e oito votaram a favor, nenhum contra, oito se abstiveram e dois estavam ausentes. Os países que se abstiveram foram: Bielorrússia, Checoslováquia, União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, Polônia, Ucrânia, África do Sul, Iugoslávia e Arábia Saudita, como nota Flávia Piovesan em obra sobre o tema. PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 145, nota 181.

(5) FLORES, Joaquín Herrera. *Los derechos humanos como productos culturales — crítica del humanismo abstracto*. Madrid: Los Libros de La Catarata, 2005. p. 69.

(6) FLORES, Joaquín Herrera. *Ob. cit.*, p. 70.

dos direitos humanos e o fato de fazerem parte inata do ser humano. Apresentavam-se como essências imutáveis e não como produtos de hábitos e culturas surgidas de contextos históricos específicos.⁽⁷⁾

Destarte, ninguém poderia contrariar tais conceitos, sob pena de contrariar as características da natureza e os mistérios de um conceito de dignidade da pessoa humana vago e genérico.⁽⁸⁾

Este conceito surgiu como uma forma de proteção do ser humano contra a as atrocidades históricas praticadas (escravidão, os campos de concentração, os genocídios).

O fundamento de validade dos direitos humanos, aqui, é o próprio homem em sua dignidade substancial de pessoa, diante da qual as especificações individuais e grupais são sempre secundárias.⁽⁹⁾

A abstração e a “universalização absoluta” dos direitos essenciais, em busca da “proteção do ser humano” e sua individualização contra o próprio homem opressor, na época, foram defendidas e textualizadas em vários documentos normativos. Pode-se citar, como exemplos, a afirmação primeira da Declaração Universal dos Direitos do Homem, pela afirmação de que “todos os seres humanos nascem livres e iguais, em dignidade e direitos” (art. 1º). A Constituição da República Italiana, de 27 de dezembro de 1947, declara que “todos os cidadãos têm a mesma dignidade social” (art. 3º). A Constituição da República Federal Alemã, de 1949, proclama solenemente em seu art. 1º que “a dignidade do homem é inviolável. Respeitá-la e protegê-la é dever de todos os Poderes do Estado”. Analogamente, a Constituição Portuguesa de 1976 se inaugura com a proclamação de que “Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária”. Para a Constituição Espanhola de

1978, “a dignidade da pessoa, os direitos invioláveis que lhe são inerentes, o livre desenvolvimento da personalidade, o respeito à lei e aos direitos alheios são o fundamento da ordem política e da paz social” (art. 10). A Constituição Brasileira de 1988, por sua vez, põe como um dos fundamentos da República “a dignidade da pessoa humana” (art. 1º, III).

A necessidade premente de se “proteger de si mesmo” acabou por exteriorizar o movimento humano de criação e manutenção de suas garantias como ser integrante da sociedade e, porque não dizer, da história da humanidade, por meio da delegação de valores intrínsecos a uma ordem abstrata, universal, e que, na época, se consubstanciava no Estado do Bem-Estar Social, responsável pela garantia dos ditos valores. O pensamento, aqui, se revela símile ao que já havia teorizado *Kant*, em seu *imperativo categórico*, isto é, uma “lei prática incondicional” ou absoluta, que serve de fundamento último para todas as ações humanas⁽¹⁰⁾.

Contudo, se inicialmente o conceito ideal e abstrato dos direitos humanos representava uma medida de emergência satisfatória a defender, de forma imediata, a humanidade dos horrores provocados pelo próprio homem no contexto pós-guerra, verificou-se, com o passar do tempo, que os benefícios eram menores do que os malefícios de uma postura que acabava por se mostrar passiva diante da evolução da sociedade. A primeira consequência é o surgimento de uma postura negativa, segundo *Flores*⁽¹¹⁾, pois se todos os homens possuem *todos* os direitos e liberdades pelo mero fato de terem nascido e existirem, todos são responsáveis por não assegurar a eficácia daquilo que já tem.

Se o homem é o próprio fundamento de validade dos direitos humanos e, por excelência, é sujeito ativo das relações que se constroem

(7) FLORES, Joaquin Herrera. *Ob. cit.*, p. 71.

(8) *Idem*.

(9) *Idem*.

(10) KANT, Immanuel. *Werkausgabe*. Frankfurt: Suhrkamp, v. III, 1992. p. 125 e ss.

(11) FLORES, Joaquin Herrera (II). *A (re)invenção dos direitos humanos*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009. p. 52.

na história da sociedade, esta mesma história acabou por mostrar a impossibilidade de manutenção da visão globalizada e genérica dos direitos humanos.⁽¹²⁾

Trilhando senda paralela, *Boaventura de Souza Santos*, em trabalhos publicados sobre o tema, afirma categoricamente que não se pode dizer que os direitos humanos, em um contexto de sobreposição cultural pelo imperialismo da globalização hegemônica, possam ser considerado universais.

Sustenta que, na verdade, os valores ocidentais são impostos como se fossem universais. Destaca o autor:

Enquanto forem concebidos como direitos humanos universais, os direitos humanos tenderão a operar como localismo globalizado e, portanto, como uma forma de globalização hegemônica. Para poderem operar como forma de cosmopolitismo, como globalização contra-hegemônica, os direitos humanos têm de ser reconceitualizados como multiculturais.⁽¹³⁾

Defende, assim, a construção de um novo paradigma por meio do diálogo cultural e de uma hermenêutica diatópica⁽¹⁴⁾ que possibilitará a

comunicação intercultural e a transformação dos *topoi*⁽¹⁵⁾ das diversas culturas, de forma a tornarem-nas uma política cosmopolita, mutuamente inteligíveis e traduzíveis.

Conclui o texto, reconhecendo a dificuldade de implementação de sua teoria, mas se mantendo firme em seus ideais:

Este projecto pode parecer demasiado utópico. Mas, como disse Sartre, antes de ser concretizada, uma ideia tem uma estranha semelhança com a utopia. Seja como for, o importante é não reduzir o realismo ao que existe, pois, de outro modo, podemos ficar obrigados a justificar o que existe, por mais injusto ou opressivo que seja.⁽¹⁶⁾

Flores⁽¹⁷⁾, retomando o discurso crítico sobre os direitos humanos, adverte que:

A impossibilidade de imposição de valores fixos e universais *in abstractu*, ante a velocidade da mutação e fragmentação das relações, remete à urgência de uma nova estruturação da ordem mundial, a qual não visa à transformação das relações sociais e econômicas na sua totalidade, mas tem a finalidade concreta de evitar o abismo econômico entre os mais e menos afortunados no marco do Estado interventor.

Sinaliza-se o início de consciência direcionada à resistência ativa à postura passiva do ser humano como ser que já traz, em si mesmo ou delega integralmente a ente, todos os valores necessários à expressão dos direitos humanos. A mudança de paradigmas consiste em práticas sociais “nômades”, ou

(12) FLORES, Joaquín Herrera (II). *Ob. cit.*, p. 53.

(13) SANTOS, Boaventura de Souza (I). Por uma concepção multicultural de direitos humanos. In: SANTOS, Boaventura de Souza (Org.). *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo cultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 438.

(14) “A hermenêutica diatópica baseia-se na ideia de que os *topoi* de uma dada cultura, por mais fortes que sejam, são tão incompletos quanto a própria cultura a que pertencem. Tal incompletude não é visível do interior dessa cultura, uma vez que a aspiração à totalidade induz a que se tome a parte pelo todo. O objectivo da hermenêutica diatópica não é, porém, atingir a completude — um objectivo inatingível — mas, pelo contrário, ampliar ao máximo a consciência de incompletude mútua através de um diálogo que se desenrola, por assim dizer, com um pé numa cultura e outro, noutra. Nisto reside o seu carácter dia-tópico.” SANTOS, Boaventura de Souza (II). *As tensões da modernidade*. Disponível no site Globalismo Jurídico. Disponível em: <<http://globalismojuridico.blogspot.com/2008/08/pensamento.html>> Acesso em: 24 jun. 2009.

(15) “Os *topoi* são os lugares comuns retóricos mais abrangentes de determinada cultura. Funcionam como premissas de argumentação que, por não se discutirem, dada a sua evidência, tornam possível a produção e a troca de argumentos. *Topoi* fortes tornam-se altamente vulneráveis e problemáticos quando “usados” numa cultura diferente.” SANTOS, Boaventura de Souza. *Ob. cit.* (II). Acesso em: 24 jun. 2009.

(16) SANTOS, Boaventura de Souza. *Ob. cit.* (II). Acesso em: 24 jun. 2009.

(17) FLORES, Joaquín Herrera. *Ob. cit.*, p. 76.

mobilidade intelectual para adequar práticas políticas, deveres do ser humano em relação à sociedade e sua efetivação, movimentos sociais, sejam positivados através de norma legal, ou em grau relevante de atuação fática.⁽¹⁸⁾

Em outras palavras, devem ser criadas “possibilidades”, por meio do desenvolvimento das capacidades e da criação de condições que permitam a apropriação e o desdobramento de tais capacidades por parte de indivíduos, grupos e culturas⁽¹⁹⁾. Afinal, na espécie humana, não há técnicas imutáveis nem limitadas ou estanques: a evolução é constantemente dirigida pela *aptidão inventiva* do ser humano. Os fins são postos livremente e os meios mais aptos a alcançá-los são criados.

Continua o Prof. Flores:

A mudança, aqui, é de *postura*, não de essência, *ethos*. Desde a sua origem, não há como se separar os direitos humanos, seu conceito, como aplicação da natureza do homem, ser racional, inventivo, espiritual, pensante, evolutivo, e, sobretudo, *desigual*. Talvez por isso a ciência jurídica, aqui, trace

um paralelo com a filosofia, a antropologia e a sociologia, por ciências ligadas intimamente a esta noção de pensamento, movimento, sentimento. E o direito nada mais é do que a positivação e a construção teórica destas características, como meio de adequar o homem, com todas as suas peculiaridades, à realidade social a que está inserido, de modo a tentar, incessantemente, alcançar a almejada “paz social”.⁽²⁰⁾

Por fim, o jurisfilósofo de *Sevilla* destaca:

Trabajar y para los derechos humanos supone, pues, ir contra la banalización de las desigualdades e injusticias globales que un pensamiento acrítico defiende. Luchar contra esa banalización es el principal desafío con el que nos encontramos los que nos comprometemos teórica y prácticamente con los derechos humanos. Ahí reside la función social del conocimiento, sobre todo, de un conocimiento que no olvida ni inviabiliza las condiciones en las que se sitúa y a las que pretende transformar.⁽²¹⁾

Fica esse breve registro de um tema que merece, evidentemente, um enfrentamento aprofundado. Com o mesmo espírito, abordaremos a seguir a relação entre direitos humanos e direitos fundamentais.

2. Direitos fundamentais e direitos humanos

Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade (art. I da Declaração Universal dos Direitos Humanos).

A análise do artigo inaugural da Declaração Universal de 1948 induz a uma visão jusnaturalista do direito, pois o texto em questão

(18) Joaquín Herrera Flores sugere, para esta nova perspectiva, que sejam utilizados elementos de integração: “já não podemos falar de duas classes de direitos humanos: os individuais (liberdades públicas) e os sociais, econômicos e culturais. Só há uma classe de direitos para todas e todos: os direitos humanos. A liberdade e a igualdade são as duas faces da mesma moeda. Uma sem a outra nada são” — fls. 74. Defende que não mais seja utilizada a definição clássica das dimensões de direitos, sob pena de se criar certa hierarquia entre elas), crítica (vinculação entre os direitos humanos e as políticas de desenvolvimento social, não podem ser dois momentos distintos, mas devem ocorrer de forma concomitante, sob pena de um não acompanhar o outro, acarretando a maior disparidade entre as classes sociais) e práticas sociais emancipadoras (trata-se do intervencionismo humanitário, ou a contextualização dos direitos humanos através de luta de grupos sociais empenhados em promover a “emancipação humana.” *Ob. cit.*, p. 77-78.

(19) Neste diapasão, FEUERBACH, L. *Principios da filosofia do futuro*. Edições 70 — Textos Filosóficos — “homem como tal é quem não exclui de si nada essencialmente humano”.

(20) FLORES, Joaquín Herrera. *Ob. cit.*, p. 77.

(21) FLORES, Joaquín Herrera. *Los derechos humanos como productos culturales* — crítica del humanismo abstracto. Madrid: Los Libros de La Catarata, 2005. p. 183.

não pretende criar direitos ao ser humano, mas antes reconhecê-los como inatos. Essa conhecida constatação impõe que se debruce sobre os conceitos de direitos humanos e direitos fundamentais para o presente estudo, por não haver necessária coincidência entre tais institutos, como abaixo apresentado.

Em primeiro lugar, há quem efetue a distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais em função da localização da previsão do direito.

Direitos fundamentais seriam aqueles previstos na Constituição de um país, ou seja, positivados em seu ordenamento jurídico interno na Carta Fundamental. Os direitos humanos, por outro lado, seriam aqueles previstos em tratados ou atos internacionais, de forma universal.

Tal distinção não abarca a problemática da matéria de forma completa, pois referida concepção é demasiado formalista e não atende a uma perspectiva mais consistente sobre o assunto, mormente diante da possibilidade de reconhecimento interno de direitos fundamentais em outras normas, ainda que infraconstitucionais.

De fato, também serão direitos fundamentais os que, mesmo não previstos na Constituição, estão ligados aos princípios dela, os chamados princípios materialmente fundamentais. A Constituição do Brasil, por exemplo, adotou tal possibilidade em seus arts. 5º, §§ 2º e 3º:

Os direitos e garantias expressas nessa Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Referidos textos normativos revelam que os direitos que estão na Constituição são direitos fundamentais, mas também podem ser considerados como tais os que estiverem em

tratados internacionais ou em leis, desde que intimamente ligados aos princípios e ao regime instituído em nossa Constituição, configurando-se direitos que são materialmente fundamentais.

Como exemplo de direito materialmente fundamental pode-se citar, no caso brasileiro, a proibição, prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu art. 67, de trabalho penoso para menores de dezoito anos, previsão esta não existente expressamente na Carta Magna como se observa do art. 7º, XXXIII, *verbis*:

proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos.

Ora, a prevalecer o rigor da tese de que apenas quando previsto na Constituição um direito pode ser considerado fundamental, ter-se-ia que autorizar o labor em condições penosas ao menor, o que obviamente levaria a um absurdo, já que a previsão legal infraconstitucional encontra-se intimamente ligada aos princípios constitucionais, mormente no que diz respeito, neste caso, à proteção especial destinada ao trabalho dos menores.

Surge, portanto, a necessidade de se investigar a distinção dos conceitos de direitos humanos e direitos fundamentais por um segundo prisma.

Para parte da doutrina, direitos humanos seriam aqueles direitos de origem *jus naturalista* inerentes à condição humana, como, por exemplo, os seguintes direitos: liberdade, locomoção e vida.

Já os direitos fundamentais, para esta perspectiva, seriam direitos situados historicamente em função do momento evolutivo em que a sociedade se encontra, como, por exemplo, os direitos do consumidor, pois em eras passadas inexistia a sociedade de consumo, o sigilo da comunicação de dados, a proteção do patrimônio genético do indivíduo etc.

Embora mais completa a distinção ora apresentada, há que se reconhecer que esse conceito impõe a adoção, pelo intérprete, da teoria do jusnaturalismo, o que reduz a possibilidade de fixação de um conceito universal sobre a matéria em análise.

Dessa forma, desenvolveu-se uma terceira concepção para distinção dos direitos humanos para os direitos fundamentais, em que estes constituiriam um gênero do qual aqueles seriam uma das espécies.

Direitos humanos seriam, portanto, espécies de direitos fundamentais, mais especificamente aqueles direitos fundamentais que por sua natureza só podem ser titularizados por seres humanos.

A análise do rol de direitos fundamentais revela, basicamente, que há direitos fundamentais que são reconhecidos para seres humanos e que também valem para pessoas jurídicas, como, por exemplo, o direito de propriedade, o direito ao sigilo de correspondência, o direito ao mandado de segurança, o direito à informação.

Assim, quando o direito fundamental é de natureza tal que só pode ser titularizado por ser humano, surge sua conceituação como típico direito humano. Pode-se citar, como exemplos, o direito à vida, intimidade e liberdade de consciência, pois só se pode falar de tais direitos quando voltados para o ser humano.

Apresentadas as três teorias para distinção dos conceitos de direitos humanos e direitos fundamentais, há que se registrar, ainda, que a expressão direitos fundamentais possui contorno bastante amplo, sendo possível divisar dentro desse conceito variados direitos, tais como: individuais, sociais, políticos, da nacionalidade, difusos e coletivos.

Os direitos individuais são aqueles que permitem ao titular adotar uma conduta, cabendo aos outros, inclusive ao Estado, respeitar referidos direitos, surgindo a ideia de que os direitos individuais seriam direitos de prestações negativas. Referidos direitos tutelam a individualidade da pessoa, são direitos que possibilitam

diferenças entre as pessoas, valor este protegido pela Constituição da República Brasileira.

Os direitos sociais, por sua vez, permitem ao indivíduo exigir que alguém faça alguma coisa, reconhecendo-se que são direitos a prestações positivas. O devedor por excelência de direitos sociais é o Estado, mas não o único, pois o próprio art. 7º da Constituição Brasileira, por exemplo, reconhece direitos sociais do trabalhador que são exigíveis do empregador, o que sempre possui o objetivo de se garantir o mínimo existencial, ou seja, as condições de vida que não se pode negar a nenhuma pessoa.

Por outro lado, os direitos políticos, como o direito de votar, possibilitam a participação na vida política do País, tratando-se de verdadeira subespécie dos direitos individuais na perspectiva da individualidade política do cidadão sendo afirmada.

Quanto aos direitos da nacionalidade, reconhece-se que a nacionalidade é uma relação jurídica que vincula a pessoa a certo Estado, daí surgindo deveres a cumprir pelo cidadão, mas reversamente aquele Estado fica obrigado a conferir a essa pessoa proteção na ordem internacional, donde se conclui que todo indivíduo tem direito a pelo menos uma nacionalidade.

Finalmente, os difusos e coletivos, também conceituados como transindividuais, são aqueles cuja titularidade vai para além de uma só pessoa, tendo sido reconhecidos a partir do momento em que se constatou que a vida moderna impõe a existência de interesses desse matiz, como a preservação do meio ambiente e do patrimônio histórico e cultural.

Em resumo, pode-se concluir, no que concerne aos direitos fundamentais e humanos, que a melhor conceituação reconhece que os direitos fundamentais constituem um gênero, com uma gama de aspectos em sua formulação, como os direitos individuais, os direitos sociais, os direitos políticos, os direitos da nacionalidade e os difusos e coletivos, sendo certo que os direitos humanos seriam espécie de grande gênero, referindo-se aos direitos fundamentais

que especificamente somente podem ser titularizados por seres humanos.

3. O direito do trabalho como expressão dos direitos humanos — o princípio da progressividade, a irreversibilidade social ou não regressividade social

Tratar de direitos humanos no Brasil é muitas vezes pregar no deserto. Nossa sociedade, contaminada pela miséria e violência, quadro agravado pelo embrutecimento, provocado pela desinformação da população em geral, não assumiu na sua plenitude a cultura dos direitos dos homens.

Por outro lado, nunca se falou e escreveu tanto sobre o tema, o que traz um certo risco de banalização, pois entre o discurso e a prática há, com frequência, uma distância tão grande como aquela entre o Oiapoque e o Chuí.

Cientes desta realidade e das novas exigências do mercado que, em tempos de globalização, não tem primado por incluir os direitos humanos, sobretudo sociais, entre seus objetivos primeiros⁽²²⁾, fazemos, entretanto, coro com aqueles que manifestam sua preocupação constante com o Homem trabalhador e o respeito devido à sua dignidade⁽²³⁾, reconhecendo

o Direito do Trabalho com terra de eleição dos direitos humanos, pois é de sua essência a consideração com quem labora para viver e que deveria encontrar no trabalho a expressão de sua dignidade.

A realidade, contudo, demonstra que na vida laboral ocorrem inúmeras violações dos direitos humanos, especialmente no tocante à privacidade, honra, integridade física e psíquica e sobrevivência digna do trabalhador.

Os direitos do homem, positivados e ampliados como direitos fundamentais, inclusive com *status* constitucional (mesmo que não abrigados expressamente na Constituição) abrangem, como já demonstrado, os direitos sociais, entre eles o Direito do Trabalho, sendo indiscutível que qualquer ato público ou privado, normativo ou jurisprudencial, que ignore ou afronte (direta ou indiretamente) os direitos sociais trabalhistas traduz, a par de possíveis transgressões à lei e à Constituição, desrespeito aos direitos humanos e aos diplomas internacionais que deles tratam.⁽²⁴⁾

Como adverte *Alan Supiot*, salários miseráveis, precarização do trabalho, jornadas dilatadas, repousos suprimidos ou reduzidos, males que assolam milhões de trabalhadores, clamam por uma redefinição urgente do papel dos direitos humanos nas relações laborais⁽²⁵⁾, não podendo

(22) Alain Supiot (*Le Travail en perspectives*. Paris: LGDJ, 1998. p. 1) constata que "Le changements techniques et politiques se conjuguent pour augmenter la part du commerce international et saper les institutions nationales autour du premier rang desquelles les droits du travail, suspectés, à l'instar des corporations de jadis, d'entraver l'efficacité économique. Signe des temps: l'Organisation Mondiale du Commerce s'est installé dans les anciens locaux de l'Organisation International du Travail sur les berges verdoyantes du Lac Léman ...".

(23) "Le travail n'est pas un 'matériau humain' (v. Kemperer) ajustable aux impératifs de l'industrie ou du commerce. Et pourtant depuis vingt ans il a été envisagé dans le monde comme une question secondaire, comme l'objet d'une 'ingénierie' de la ressource humaine. D'une main on s'est employé à faire du travail un matériau 'flexible', adaptable 'en temps réel' aux besoins de l'économie, de l'autre on a fait du 'social' ou de 'l'humanitaire' pour assurer un minimum de subsistance ou d'occupations au

flot grandissant de ceux qui se trouvent ainsi privés de la possibilité de vivre de leur travail. Cette approche du problème, que mêle *efficiency* et 'bons sentiments' et subordonne la question du travail à toutes les autres, est condamnée à l'échec. On n'imagine que des masses humaines entières se laisseront indéfiniment relegués dans le ghetto des 'inutiles au monde'. Le statut conféré au travail ne peut être réduit à un problème d'ingénierie de la ressource humaine, car il est le point nodal d'une ordre juste" (SUPIOT. *Ob. cit.*, p. 12).

(24) Não se pode perder de vista, ainda, que os direitos sociais protegem a dignidade do trabalhador. Daí porque estão inseridos na categoria dos direitos humanos. (MOULY, Jean. Les droits sociaux à l'épreuve des droits de l'homme. In: *Droit Social*, Paris, n. 9/10, 9.10.2002. p. 799).

(25) *Ob. cit.*, p. 10.

aquele que trabalha servir de mera massa ajustável às exigências da indústria, do comércio, das empresas de serviço e do capital financeiro.⁽²⁶⁾

Em tom semelhante, sentencia *Jean-Maurice Verdier* que, quanto mais flexível, incerta e precária a situação do assalariado, mais firme deve ser a proteção dos direitos humanos fundamentais e mais rígida a observância das garantias de suas liberdades essenciais.⁽²⁷⁾

Intimamente ligada com a problemática dos direitos humanos e fundamentais está a concepção da aplicação progressiva dos direitos sociais, que importa na proibição de reversão dos patamares favoráveis já estabelecidos.

O *Princípio da Irreversibilidade (ou dever da não regressividade)*, irradiação da cultura dos direitos do homem, além de toda doutrina e jurisprudência construídas em seu favor, está expressamente consagrado no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e do Protocolo de São Salvador de 1999, ambos ratificados pelo Brasil.

De recordar que, no campo dos direitos do homem, os direitos e garantias estabelecidos em tratados e convenções fixam autênticos deveres e obrigações e não meros preceitos de ordem moral ou programática⁽²⁸⁾.

Esses princípios e as regras que lhe dão corpo, como ensina *Hécto-Hugo Barbagelata*⁽²⁹⁾, professor emérito da Faculdade de Direito de Montevidéu, são historicamente um desdobramento do *princípio da progressividade* das normas sobre direitos humanos. A progressividade, em um primeiro momento, referia-se à gradação por vários instrumentos internacionais e por textos constitucionais à aplicação dos direitos humanos, conforme estabelecia o

art. 427 do Tratado de Versalhes. Em um segundo momento, apresenta-se como uma característica dos direitos humanos fundamentais, incluídos os trabalhistas, que, segundo a ordem pública internacional, possuem uma vocação de desenvolvimento progressivo no sentido de uma maior extensão e proteção dos direitos sociais.

Complementando e aprofundando esse princípio, encontramos a *irreversibilidade ou o dever de não regressividade*: a impossibilidade de redução da proteção já existente, concedida aos direitos humanos no PIDCP e no PIDESC (art. 4º de ambos)⁽³⁰⁾. Esses estatutos vinculam os Estados que o ratificaram aos direitos humanos, excluindo regras que privem os trabalhadores da fruição dos direitos e garantias fundamentais já previamente reconhecidos.⁽³¹⁾

Barbagelata conclui que esses princípios são “uma consequência do critério da conservação ou não derrogação do regime mais favorável para o trabalhador, o qual pode reputar-se como um princípio ou regra geral no âmbito do Direito do Trabalho”, consagrado no inciso VIII do art. 19 da Constituição da OIT e aceito universalmente.⁽³²⁾

O dever de não regressividade consiste, pois, na proibição de políticas, medidas, orientações e atos que piorem o patamar de direitos econômicos, sociais, culturais da população.⁽³³⁾

Os princípios de *Maastricht* consideram violações dos direitos sociais, culturais e econômicos a derrogação ou suspensão da legislação necessária para o gozo desses direitos.

A proibição de regressividade, por outro lado, importa em parâmetro para o juízo acerca das medidas e atos que resultam aplicáveis pelo Judiciário.⁽³⁴⁾

(26) *Ibidem*, p. 12.

(27) *Ob. cit.*, p. 428.

(28) Por Todos: Flávia Piovesan (*Direitos humanos, globalização econômica e integração regional*. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 70-1), com ampla citação da doutrina internacional sobre o tema.

(29) Os princípios de direito do trabalho de segunda geração. In: *Cadernos da Amatra IV*, HS Editora, Porto Alegre, ano III, n. 7, abr./jun. 2008, p. 24-25.

(30) BARBAGELATA. *Ob. cit.*, p. 24.

(31) BARBAGELATA. *Ob. cit.*, p. 24-25.

(32) *Idem*.

(33) ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christan. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2004. p. 94.

(34) ABRAMOVICH; COURTIS. *Ob. cit.*, p. 95.

A irreversibilidade constitui uma clara limitação que tratados e convenções internacionais e os textos constitucionais impõem à (des)regulamentação dos direitos sociais, econômicos e culturais⁽³⁵⁾, vedando, como já ressaltado, a quem pode tratar da normatização desses direitos sua derrogação ou redução.

Esse dever de não regressividade, oriundo da progressividade dos direitos, não advém, como já registramos, somente do Direito Internacional. Também no Direito Constitucional reside sua fonte. Note-se que constitucionalistas do porte de *Konrad Hesse* incluem nessa moldura a teoria da irreversibilidade (*Nichtumkehrbarkeitstheorie*), segundo a qual toda medida regressiva que afete o conteúdo essencial dos direitos sociais é inconstitucional. Trata-se da irreversibilidade das conquistas sociais alcançadas.⁽³⁶⁾

(35) *Idem*.

(36) Cf. HESSE, K. *Grunzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Heidelberg-Karlsruhe, 1978. p. 86-87; cit. por L. Parejo Alfonso, *Estado social y administración pública*. Madrid, 1983. p. 53-54. A mesma doutrina foi defendida pela Corte de Arbitragem da Bélgica também no campo dos direitos sociais. Um panorama amplo acerca dessa questão no direito constitucional daquele país pode ser encontrado em ERGEC, R. (Ed.). *Les droits économiques, sociaux et culturels dans la Constitution*. Bruxelas, 1995. Na Argentina, V. Abramovich e C. Courtis trazem à colação decisões jurisprudenciais bem ilustrativas (v. Em VEGA, Humberto Atilio C. Consórcio de propietarios del edificio Loma Verde y otros s/ accidente Ley 9688 del 16.12.93; el caso Martinelli, Oscar Héctor Cirilo y otros C. Coplinco Compañía Platense de la Industria y Comercio S.A. del 16.12.93; el caso Jáuregui, Manuela Yolanda c. Unión Obreros y Empleados del Plástico). No Brasil, a proibição da regressividade é sustentada por doutrina de escol, com reflexos na jurisprudência. Podemos divisar tendências mais voltadas ao Direito Internacional ou ao Direito Constitucional, todas comprometidas, entretanto, com o escopo do *social welfare rights* que leva o direito internacional e o direito constitucional a sério. Logo, princípios e regras provenientes de tratados e convenções internacionais, assim como da Constituição, são resguardados pelo dever de não regressividade. (PIOVESAN, Flávia. p. 71 e ss. Sob enfoque semelhante, tratando do princípio do “não retrocesso social”: BARCELOS, Ana Paulda de. *A eficácia dos princípios constitucionais, o princípio da dignidade*

No Direito Constitucional brasileiro há expressa previsão acerca da progressividade associada à irreversibilidade ou à proibição da regressão no tocante aos direitos sociais fundamentais do trabalhador. Com efeito, o art. 7º, *caput*, dispõe que são direitos dos trabalhadores, além de todo o elenco apontado em seus incisos, quaisquer outros que possam ser acrescidos por atos normativos ou negociais que impliquem na melhoria das condições do trabalhador.

4. Crise, ajustes econômicos e os Direitos Humanos fundamentais e sociais

O sistema capitalista vive em crise e das crises. Suas crises são cíclicas, algumas são superdimensionadas, outras têm fortes tons de artificialidade. E quando as crises terminam, o sistema sai reforçado para uma nova crise...

No Brasil, antes mesmo que a recente crise financeira alcançasse as empresas, estas já estavam programando dispensas coletivas, reivindicando mais flexibilização dos direitos trabalhistas, criando um clima de pânico e tensão que pudesse favorecer as “reformas trabalhistas necessárias ao desenvolvimento do país”.⁽³⁷⁾

da pessoa humana. 2. tir. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 68-71 e SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 436-462. Os direitos sociais como cláusulas pétreas. In: *Revista Interesse Público*, C7, 2003. p. 56; O Estado Social de Direito, a proibição de retrocesso e garantia fundamental da propriedade. In: *Revista Diálogo Jurídico*, ano I, v. I, n. 07, Salvador, p. 1 e ss.). Registre-se que, para o último autor, os direitos sociais estariam cobertos pela técnica da cláusula pétrea (art. 60, § 4º, IV da Constituição Federal). Em outras palavras, estariam a salvo, inclusive, da sanha reformadora de governantes e parlamentares descomprometidos com os direitos humanos e seus desdobramentos no campo dos direitos sociais.

(37) Registre-se que há também setores que não só ficaram a salvo das tormentas econômicas, como aumentaram os seus ganhos. São os “sem-crise” (alimentação, bebida, perfumaria, materiais esportivos, recreação e lazer, *shopping-centers* e livrarias). Fonte: *O Globo*, Economia, 04/09, p. 30 (Mirian Leitão) e p. 31.

De quebra, pressionaram entidades sindicais para que aceitassem negociações coletivas danosas aos trabalhadores, inclusive em caráter preventivo.⁽³⁸⁾

Nesse contexto, o presidente de uma gigante na área de mineração liderou um infeliz manifesto pela desregulamentação da legislação laboral, ao mesmo tempo em que dispensava 1.300 empregados, apesar dos incomensuráveis lucros acumulados nos últimos anos (R\$ 20,006 bilhões em 2007; R\$ 13,431 bilhões em 2006). Não bastasse, nesse ano de 2009, apresentou no 1º bimestre lucros recordes após dispensar centenas de obreiros “por conta da crise...” Em maio último, comunicou “a quem interessar possa” que despediria de 250 a 300 porque “a recuperação do mercado ainda não aconteceu como a (*omissis*) esperava”.⁽³⁹⁾

Outra face dessa “crise”, criada com fins de realimentar o capital, é a das reestruturações oriundas de planos de “reengenharia empresarial”, com cortes do quadro funcional, mesmo quando a empresa apresenta bons índices de lucratividade. Talvez seja esta uma das faces mais perversas do “mercado”. Dezenas, centenas, quando não milhares, são postos no “olho da rua” para dar ainda maior lucro, para aumentar a competitividade ou, ainda, para recuperar índices anteriores de ganhos. Paradoxalmente, ou nem tão paradoxalmente assim, as ações sobem, assim como o rendimento dos acionistas, sócios, diretores e gerentes.⁽⁴⁰⁾

(38) Jorge Luiz Souto Maior sustenta que esta estratégia poderia até configurar crime contra a ordem econômica, nos termos da Lei n. 8.884/1994. Negociação coletiva de trabalho em tempos de crise econômica. In: *Revista IOB*, 03/09, 237. p. 49, São Paulo.

(39) Fonte: *Jornal O Globo*, sábado, 30.5.2009. p. 30, Caderno Economia. Merece ser destacado ainda que essa mesma empresa anunciou que está discutindo com o grupo alemão Thyssen-Krupp uma participação adicional na Companhia Siderúrgica do Atlântico (CSA). Sua participação pularia de 10% para 30% no maior investimento privado em andamento no Brasil (*O Globo*, Economia, p. 33, 4.07.2009).

(40) Aliás, mesmo quando a crise é real, esses distintos senhores recusam a redução de seus benefícios e,

Essas crises alimentam ainda o quadro apontado no item anterior, oriundo do capitalismo turbinado pós-moderno com nefastas consequências na organização dos sindicatos e no poder de reivindicação dos trabalhadores, favorecendo a perda da centralidade obreira e sindical e, também, a destruição do trabalho fixo e contínuo, dando lugar àquilo que *Romagnoli*⁽⁴¹⁾ chama de “deslaborización” das relações de trabalho e *Baylos* de uma “ruína del derecho del trabajo”.⁽⁴²⁾

As consequências da crise, por conseguinte, contribuem para o processo de erosão do Direito do Trabalho e o enfraquecimento das entidades laborais, facilitando a reconstituição ou aumento dos ganhos do capital, tornando a mítica figura do “mercado” ainda mais poderosa (“primero, las mercancías; después, los pasajeros...”⁽⁴³⁾).⁽⁴⁴⁾

Cresce de dimensão essa crise por conta dos “criadores de opinião”, que produzem discursos incessantes contra o Estado Social⁽⁴⁵⁾, as entidades sindicais e os trabalhadores que gozam

quando aceitam, o fazem de forma relutante, como noticiou recentemente a grande imprensa dos EUA e da Europa sobre a atual crise.

(41) Citados por OLIVAS, Enrique. In: *Desórdenes Sociales y Ajustes Constitucionales*. p. 481, *Globalización y Derecho*, 2004, Madrid, Editorial Dilex. Coord. Jesús Lima Torrido, Enrique Olivas y Antonio Ortiz-Arce de la Fuente.

(42) GRAU, Antonio Baylos. La ruína del derecho del trabajo: tendencias y límites de la deslaborización. In: Alárcon/Miron (Coord.). *El trabajo ante el cambio del siglo: un tratamiento multidisciplinar*. Madrid.

(43) OLIVAS, Enrique. *Ob. cit.*, p. 489.

(44) “A todos estas ideologías de la desregulación les mueve un verdadero <afán destructor de derechos>, publicitando de forma intensa la exclusiva legitimación de la eficacia y los rendimientos económicos extraordinarios — ignorando la drástica reducción del ‘capital’ natural no sustituible —; actuando con un criterio general de comprensión y translación de costes, y, simultáneamente, observando como disfuncional el papel estructural de los sindicatos”. OLIVAS, Enrique. *Ob. cit.*, p. 508.

(45) Perdem de vista inclusive o caráter civilizatório que o Estado Social cumpre, como bem destaca Zygmunt Bauman: “Um Estado é ‘social’ quando promove o princípio do seguro coletivo, endossado

(ainda) dos seus direitos sociais fundamentais. Desvalorizam, deste modo, a cultura dos direitos no acelerado e desmemoriado imaginário social — fomentado pela mídia, empresários e até por alguns acadêmicos e juristas. Os direitos humanos e fundamentais, notadamente os de cunho social, são apresentados como questionáveis, relativos a uma fase histórica superada.

5. Negociação coletiva. Progressividade e irreversibilidade dos direitos

Fruto nefasto do quadro exposto acima, é a negociação coletiva em detrimento do trabalhador, voltada para beneficiar a empresa e, mais amplamente, o mercado e o sistema econômico e financeiro vigente.

de modo comunitário, contra o infortúnio individual e suas consequências. É basicamente esse princípio — declarado, posto em operação e que se acredita estar em funcionamento — que remodela a ideia, de outra forma abstrata, de ‘sociedade’ na experiência de uma comunidade sentida e vivida, substituindo a “ordem do egoísmo” (para empregar os termos de John Dunn), que tende a gerar uma atmosfera de desconfiança e suspeita mútuas, pela ‘ordem da igualdade’, que inspira confiança e solidariedade. É o mesmo princípio que eleva os membros da sociedade à condição de *cidadãos*, ou seja, que os torna depositários, além de acionistas: beneficiários, mas também atores — os guardiões e vigias do sistema de ‘benefícios sociais’, indivíduos com um interesse agudo no bem comum entendido como uma rede de instituições compartilhadas em que se pode confiar, e ter uma expectativa realista, para garantir a solidez e fidedignidade da ‘política de seguro coletivo. promulgada pelo Estado. A aplicação desse princípio pode proteger, o que com frequência faz, homens e mulheres da praga da pobreza; e ainda mais importante, contudo, é que pode se tornar uma abundante *fonte de solidariedade*, capaz de reciclar a ‘sociedade’ num bem comum, compartilhado, de propriedade comum e conjuntamente cuidado, graças à defesa que fornece contra os horrores gêmeos da *miséria* e da *indignidade* — ou seja, os horrores de ser excluído, cair ou ser empurrado para fora do veículo do progresso em rápida aceleração, ser condenado à ‘redundância social’, sendo-lhe negado o respeito merecido pelos seres humanos, e ser designado como “dejeito humano”. (*Vida para consumo. A transformação das pessoas em mercadoria*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008. p. 177-178).

A Convenção Coletiva e os Acordos Coletivos de Trabalho caracterizam-se pela sua normatividade complementar às regras estabelecidas nos tratados e convenções internacionais, normas e preceitos da Constituição Federal e nas leis complementares e ordinárias. Tal ocorre porque é impossível prever toda a gama de eventos e circunstâncias que surgem no curso das relações laborais.

Assim, os grandes textos normativos estabelecem um patamar mínimo de direitos sobre o qual às partes, em negociação coletiva, facultase, dentro da concepção da progressividade do direito (art. 7º, *caput* da Constituição Federal brasileira), estabelecer outros mais.

A normatividade que norteia estes instrumentos coletivos, por conseguinte, não pode atentar contra o que já consagrado nos diplomas que compõem o direito internacional, os princípios e regras da Constituição e toda a legislação que lhes dá forma, aperfeiçoa ou aprofunda.

De sorte que inteiramente dissociadas dos postulados da progressividade e do dever de não regressividade são as convenções e acordos coletivos que autorizam a redução, supressão ou modificação *in pejus* de direitos laborais que guardem relação, mesmo que indireta, com os direitos humanos e fundamentais.

Chegamos, pois, ao ponto nodal de nossa tese: a negociação coletiva *in pejus* contraria, em se tratando de direitos humanos e fundamentais, compreendidos neste rol os sociais-trabalhistas que guardem vínculo imediato ou mediato com aqueles, os princípios da progressividade, da irreversibilidade ou não regressividade.⁽⁴⁶⁾

Enunciada nossa tese, enfrentaremos aqui o caso específico da última crise, a financeira de

(46) Repetimos que estes postulados dizem respeito a qualquer ato normativo, estatal ou não, pelo que não é lícito ao Judiciário furtar-se à apreciação da compatibilidade das cláusulas pactuadas em sede coletiva com tais princípios.

2007/2009, iniciada com o estouro da “bolha imobiliária” no EUA. Para combater ou remediar as suas consequências, propõe-se a aplicação do art. 7º, VI, da Constituição Federal brasileira, que permite a redução de salários via negociação coletiva.

Sucedee que o dispositivo em referência, segundo o princípio da progressividade, desautoriza a redução pura e simples dos salários, pois isso não representa uma melhora nas condições do trabalhador (“São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social” — art. 7º, *caput* da Constituição Federal brasileira) ...

Portanto, não é o instrumento coletivo que irá legitimar a contrariedade aos princípios constitucionais da progressividade e da irreversibilidade e ao direito fundamental do obreiro a uma remuneração digna e de acordo com o valor social do seu trabalho.⁽⁴⁷⁾

Dentro desse espírito, a Lei n. 4.923/1965 estabelece como condição para redução o limite máximo de 25% (vinte e cinco por cento) do salário contratual, respeitado o salário mínimo e a duração máxima de 3 meses; a redução correspondente da jornada ou dos dias trabalhados; a necessidade econômica devidamente comprovada e a impossibilidade de contratação por 6 (seis) meses de novos empregados depois da cessação da situação ensejadora do regime especial, antes de concedida a oportunidade para a readmissão daqueles dispensados anteriormente. Moralizando ainda mais o procedimento de redução de salário, a lei exige, outrossim, a redução proporcional da remuneração e das gratificações de gerentes e diretores, mandamento que deve ser estendido também aos sócios e acionistas (art. 2º, *caput*).

Outro diploma que trata da negociação coletiva em tempos de crise, resguardando os

princípios e parâmetros mencionados neste ensaio, é a Lei n. 11.101/05 que, para preservar empregos, admite como instrumento de recuperação judicial, a “redução salarial, compensação de horários e redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva” (art. 50, VIII). Este estatuto, que atualmente regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência da sociedade empresária, demanda a exposição “das causas concretas da situação patrimonial” da empresa e “das razões da crise econômico-financeira” (art. 51, II), além da “demonstração de sua viabilidade econômica” (art. 53, II), entre outras exigências.

6. Conclusões

De todo o exposto, concluímos:

1. Controvertida é a natureza dos direitos humanos, assim como sua dimensão universal, ao menos nos parâmetros postos pelo liberalismo e pelo neoliberalismo;
2. Os direitos humanos, para que tenham caráter realmente universal, devem ser reconceitualizados como multiculturais, evitando o unilateralismo que ainda prevalece no discurso dominante no mundo ocidental;
3. Os direitos humanos não devem ser táticas ou instrumentos retóricos das nações capitalistas desenvolvidas, mas meio eficaz para superar as desigualdades e injustiças que assolam o nosso mundo, hoje dominado pela ideologia e pelas práticas de mercado que elegem o lucro, a produção e o consumo como finalidades principais da nossa sociedade;
4. Intimamente vinculada com o tema dos direitos humanos e fundamentais é a concepção da progressividade dos direitos sociais que deságua na proibição de regressividade destes direitos;
5. A *progressividade*, característica dos direitos humanos e fundamentais, incluídos neste rol os trabalhistas, consagra maior

(47) Destarte, o art. 7º, VI da Constituição Federal brasileira há que ser aplicado segundo a razoabilidade e a proporcionalidade, e em consonância com outros princípios, entre eles, o da progressividade e da irreversibilidade.

extensão e proteção aos direitos sociais. Completando e aprofundando esse princípio, emerge a *irreversibilidade* ou o *dever da não regressão*: não são admitidos atos normativos que privem os trabalhadores da fruição das garantias e direitos fundamentais;

6. Os princípios da progressividade e da irreversibilidade ou da vedação da regressão social dão origem ao cânone da conservação ou não derrogação do regime mais favorável para o trabalhador, reputado como fundamento primeiro do Direito do Trabalho;

7. O Brasil consagra expressamente a progressividade e a irreversibilidade no art. 7º, *caput* da Constituição Federal quando dispõe que são direitos dos trabalhadores os direitos ali elencados *além de todos aqueles que melhorarem sua condição social*. Em suma, todos os direitos e garantias que foram ou venham a ser obtidos após a edição da Carta de 1988, a par daquilo que já tipificado em tratados e convenções internacionais e normas anteriores à própria Constituição, são protegidos pelos referidos princípios;

8. As convenções e acordos coletivos, que são dotados de indiscutível normatividade, estão adstritos à progressividade, à irreversibilidade ou não regressividade, conforme já acontece com as emendas constitucionais, leis complementares e ordinárias, medidas provisórias, decretos e outros atos normativos e regulamentadores dos direitos sociais fundamentais.

7. Referências bibliográficas

- ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christan. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2004.
- BARBAGELATA, Héctor-Hugo. Os princípios de direito do trabalho de segunda geração. In: *Cadernos da Amatra IV*, n. 7, abr./jun. 2008, ano III, HS Editora, Porto Alegre.
- BARCELOS, Ana Paula de. *A eficácia dos princípios constitucionais, o princípio da dignidade da pessoa humana*. 2. tir. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- BAYLOS GRAU, Antonio. La ruína del derecho del trabajo: tendencias y límites de la deslaborización. In: Alárcon/Miron (Coord.). *El trabajo ante el cambio del siglo: un tratamiento multidisciplinar*. Madrid: Marcial Pons, 2000.
- CANOTILHO, J. J. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed.Coimbra: Almedina, 1999.
- ERGEC, Rusen (Ed.). *Les droits économiques, sociaux et culturels dans la Constitution*. Bruxelas: Brylant, 1995.
- FLORES, Joaquin Herrera. *Los derechos humanos como productos culturales — crítica del humanismo abstracto*. Madrid: Los Libros de La Catarata, 2005.
- _____. *A (re)invenção dos direitos humanos*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.
- KANT, Immanuel. *Werkausgabe*. ed. Frankfurt: Suhrkamp, v. III, 1992.
- MOULY, Jean. *Les droits sociaux à l'épreuve des droits de l'homme*. In: *Droit Social*, Paris, n. 9/10, 9.10.2002.
- OLIVAS, Enrique. Desórdenes sociales y ajustes constitucionales. In: TORRIDO, Jesús Lima; OLIVAS, Enrique; FUENTE, Antonio Ortiz-Arce de la (Coords.). *Globalización y derecho*, Madrid, Editorial Dilex, 2004.
- PAREJO ALFONSO, L. *Estado social y administración pública*. Madrid: Civitas, 1983.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2002.
- _____. *Direitos humanos, globalização econômica e integração regional*. São Paulo: Max Limonad, 2002.
- SANTOS, Boaventura de Souza (I). Por uma concepção multicultural de direitos humanos. In: SANTOS, Boaventura de Souza (Org.). *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo cultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.
- _____. As tensões da modernidade. Disponível em: <<http://globalismojuridico.blogspot.com/2008/08/pensamento.html>> Acesso em: 24 jun. 2009.
- SARLET, Ingo Wolfgang. O Estado social de direito, a proibição de retrocesso e a garantia fundamental da propriedade. In: *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, ano I, v. I, n. 07.

_____. Os direitos sociais como cláusulas pétreas. In: *Revista Interesse Público*, C7, 2003.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Negociação coletiva de trabalho em tempos de crise econômica. In: *Revista IOB*, n. 03/09, 237.

SUPIOT, Alain . *Droit du travail*. 18. ed. EDITORA Paris: Dalloz, 1996.

_____. *Le travail en perspectives*. Paris: LGDJ, 1998.

TAUCHERT, Maicon Rodrigo. Transição epistemológica: direitos humanos e multiculturalismo na pós-modernidade. Disponível em: <http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/5854/Transicao_Epistemologica_Direitos_Humanos_e_Multiculturalismo_na_Pos-Modernidade> Acesso em: 24 jun. 2009.

Periódicos

Jornal *O Globo*, sábado, 30.5.2009, p. 30, Caderno Economia.

As perícias judiciais para a constatação de doença ocupacional — um gravíssimo problema a desafiar uma solução urgente, para a efetiva proteção à saúde do trabalhador

José Antônio Ribeiro de Oliveira Silva^(*)

Resumo:

- São inúmeros os processos em trâmite na Justiça do Trabalho, nos quais os trabalhadores alegam ter adquirido doença ocupacional no exercício de seu mister. Torna-se necessária, então, a designação de perícia médica, para a constatação de doença que leve à incapacitação laboral, bem como do nexo causal entre a doença e o trabalho executado.

Esta é uma situação angustiante, pois que não há um quadro próprio de peritos judiciais na Justiça especializada; os peritos que têm prestado seus serviços carecem, salvo exceções, de uma melhor capacitação técnica para a investigação da contribuição da causa laborativa no surgimento da doença, ainda que não seja a causa única (instituto da concausa); e os peritos desconhecem o grau de incapacidade para efeito de indenização de danos (art. 950 do Código Civil).

Urge, pois, que a Justiça do Trabalho, mormente por parte da Administração dos Tribunais e das associações de magistrados, envide todos os esforços possíveis para que haja uma melhoria dos serviços periciais, a fim de que se tenha uma *efetiva tutela à saúde do trabalhador*, seu bem mais importante no âmbito da relação de trabalho.

Até que essa realidade se transforme, neste breve artigo são formuladas algumas propostas para o enfrentamento do problema.

Palavras-Chave:

- Doença ocupacional — perícia médica — concausa e doenças degenerativas.

(*) Juiz do Trabalho, Titular da Vara de Orlândia (SP). Mestre em Direito das Obrigações pela UNESP/SP. Doutorando em Direito Social pela Universidad de Castilla-la Mancha (Espanha). Professor do CAMAT – Curso Avançado para a Magistratura do Trabalho – em Ribeirão Preto (SP).

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. O exame de um caso concreto
 - ▶ 2.1. Considerações sobre o referido caso
 - ▶ 2.2. A busca da justiça do caso concreto
- ▶ 3. A realização das perícias por Engenheiro e Médico do Trabalho
 - ▶ 3.1. A necessária compreensão da concausa e das doenças degenerativas
 - ▶ 3.2. A concessão de tutela antecipada para o pagamento dos salários após alta médica do INSS
- ▶ 4. Considerações finais
- ▶ 5. Referências bibliográficas

1. Introdução

Desde a publicação da Emenda Constitucional n. 45/04⁽¹⁾ e, sobretudo, após o histórico julgamento do CC n. 7.204-1 — Minas Gerais, no qual o Tribunal Pleno do E. STF reconheceu a competência da Justiça do Trabalho para o conhecimento das ações de indenização por danos morais e patrimoniais decorrentes de acidente do trabalho — decisão de 29-6-2005 —, os juízes do trabalho passaram a se deparar com inúmeros casos de alegação de doença ocupacional.

Ocorre que nestes casos, invariavelmente, torna-se necessária a designação de perícia médica, para a constatação da existência de doença que leve à incapacidade laboral, bem como do nexo de causalidade entre a referida doença e o trabalho executado.

O que se tem visto, na maioria dos casos, é uma grande angústia dos juízes, primeiro, porque não conseguem um bom número de peritos que se dispõem a realizar tais perícias; segundo, porque dentre os integrantes do rol disponível, verifica-se a falta de capacitação dos louvados judiciais para a temática específica,

mais precisamente para a averiguação da contribuição da causa laborativa no surgimento da doença, ainda que não seja a causa única (concausa); terceiro, por um desconhecimento a respeito do grau de incapacidade que se deve constatar para efeito de indenização de danos de ordem trabalhista (ou civil), diferentemente do que se exige para o deferimento de benefício previdenciário específico, como a aposentadoria por invalidez.

Urge, pois, que a Justiça do Trabalho, mormente por parte da Administração dos Tribunais e das associações de magistrados, envide todos os esforços possíveis para que haja uma melhoria dos serviços periciais, a fim de que se tenha uma *efetiva tutela à saúde do trabalhador*, seu bem mais importante no âmbito da relação de trabalho.

2. O exame de um caso concreto

Há tempo pretendo escrever algumas linhas sobre esse grave problema, mas o excesso de serviço me fez sempre adiar o plano. Entretanto, ao julgar um caso recentemente percebi que era chegada a hora de revelar minha angústia com a situação — que é comungada por vários colegas, pelas conversas que a respeito temos mantido —, de propor algumas possíveis soluções e dar ensejo a um debate em torno da questão, do qual podem sair, sem dúvida, propostas muito melhores e mais adequadas.

(1) A Emenda Constitucional n. 45/04 foi promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal no dia 8.12.2004, nos termos do § 3º do art. 60 da Constituição Federal, e publicada no dia 30.12.2004.

Pois bem, o caso concreto tem as seguintes características:

a) Em sua causa de pedir, a autora alegou que foi acometida de tendinite crônica no ombro e antebraço direito, cervicalgia, tenossinovite e LER no membro superior direito, sendo que a lesão por esforço repetitivo teria sido adquirida no exercício do trabalho prestado à empresa-ré, fato que por esta foi contestado.

b) Foi designada perícia no local de trabalho, tendo o Perito Engenheiro constatado que a autora trabalhava na sala de corte do frigorífico e, no exercício de suas funções, refilava filés de frango (retirava os ossinhos de filés), dentre outras tarefas. E concluiu que, apesar de a empresa desenvolver todas as ações possíveis, especialmente a prática de ginástica laboral e o rodízio de atividades a cada período de sessenta minutos, os procedimentos desenvolvidos pela autora eram, *indubitavelmente*, repetitivos. E explicou que os movimentos eram repetitivos pelas seguintes razões: 1ª) o tempo despendido do início ao término de cada ciclo operacional era diminuto; 2ª) menor ainda era o lapso de tempo decorrido entre dois procedimentos iguais realizados pela autora; 3ª) a existência de esteiras mecânicas no setor de corte obrigava a autora a desenvolver suas atividades em lapso igual ou menor ao tempo previamente determinado, *sob pena de comprometimento da execução das atividades posteriores*; 4ª) a adoção de ginástica laboral e a contratação de fisioterapeutas pela ré são sinais claros de que as atividades desenvolvidas pela autora eram de natureza repetitiva.

c) A autora já havia ajuizado outra demanda em face da empresa, postulando a indenização correspondente ao período de garantia de emprego preconizado no art. 118 da Lei n. 8.213/91, sendo que no laudo pericial elaborado o Perito Médico averiguou que, ao iniciar suas atividades na empresa, a autora foi submetida a exame médico e considerada

apta para o trabalho, mas num período de dois anos foi avaliada mais de vinte vezes pelo serviço médico da empresa em razão de suas queixas de dores referentes ao braço e ombro direito, razão pela qual concluiu que a doença da autora *tem nexos de causalidade* com seu labor. Com base no referido laudo pericial a ré foi condenada a pagar à autora a indenização postulada e interpôs recurso ordinário, mas a este foi negado provimento, tendo em vista que a autora ficou afastada do trabalho, recebendo benefício previdenciário, por quase um ano, e foi dispensada apenas dois dias após a alta médica do INSS. Além disso, a perícia médica comprovou que a autora praticava movimentos repetitivos, razão pela qual a doença de que é portadora (LER) *tem nexos causais com o trabalho*, conclusão que é reforçada pelo fato de a autora, quando admitida, ter sido considerada apta.

d) Ela tinha ajuizado, também, ação previdenciária em face do INSS, tendo o Perito Judicial, após a análise do histórico da autora e de ressonância magnética realizada em seu ombro direito — na qual se constatou *tendinopatia do supraespinhoso*, bem como *bursa subacromial/subdeltóidea* —, concluído que ela apresenta um quadro clínico compatível com tenossinovite de ombro e braço direito decorrente de LER/DORT, e que se encontra em estado de *incapacidade total* para qualquer atividade laboral. E posteriormente, nos autos daquele mesmo processo, foi concedida à autora *aposentadoria por invalidez*, em razão de sua incapacidade definitiva.

e) Todo este histórico parece indicar que não havia outra solução possível que não fosse a de, *primeiro, constatar que a autora encontrava-se incapacitada para o trabalho; segundo, que a doença de que é portadora — LER — decorre, inexoravelmente, do trabalho desempenhado na empresa-ré.*

f) Entrementes, designada perícia médica nos autos do Processo em curso, o Perito

Judicial, após breve relatório do procedimento e diligências realizados, passou à resposta dos quesitos apresentados pelas partes e concluiu, sem qualquer fundamentação baseada em exames realizados, que a autora é portadora de fibromialgia e encontrava-se apta para o trabalho. E afirmou, ainda, que a tendinopatia do supraespinhoso apresentada na ressonância magnética não estava relacionada ao trabalho, pois que a autora não trabalhava com os membros superiores elevados acima da cabeça.

g) Dada a inconsistência daquela conclusão, foi designada a realização de *nova perícia médica*, nos termos dos arts. 437 e 438 do CPC.

h) Qual não foi a surpresa deste juiz ao verificar que a Perita nomeada — embora tenha feito, em seu laudo, análise detalhada do histórico da autora e considerações sobre o local de trabalho — não encontrou nenhuma doença relacionada ao trabalho. Ela concluiu que a autora é portadora de síndrome de impacto em ombro direito residual, conforme ressonância magnética já referida, cervicobraquialgia e fibromialgia, afirmando que a somatória dos diagnósticos caracteriza um quadro de incapacidade parcial permanente, com restrições para atividades que causam sobrecarga osteoarticular — notadamente em coluna cervical e membro superior direito. Por fim, concluiu não haver nexo de causalidade entre as doenças verificadas e o trabalho realizado pela autora.

i) E por mais que a autora tenha impugnado o referido laudo e este juiz observado que a impugnação estava muito bem fundamentada, a Perita, por duas vezes, manteve a conclusão anterior, quanto à inexistência de nexo causal.

2.1. Considerações sobre o referido caso

Nem é preciso muito esforço para se constatar que a conclusão pericial, no caso concreto, está totalmente equivocada quanto ao nexo de causalidade.

Ora, o Perito Engenheiro já tinha evidenciado de forma satisfatória que os movimentos realizados no desempenho das tarefas eram, *indubitavelmente*, repetitivos.

Demais, se o trabalhador é admitido, faz exame admissional e é *considerado apto para o trabalho*, não havendo nos autos nenhuma prova, ou melhor, nenhum indício de que haja uma causa extralaborativa a desencadear as doenças posteriores, a presunção, quase absoluta, é a de que *o trabalho desempenhado agiu, no mínimo, como concausa no surgimento da doença*.

A esse propósito, algumas questões podem ser colocadas para a reflexão:

1ª) Por que presumir que a doença não decorre do trabalho, sem nenhuma justificativa médica convincente?

2ª) Por que não se pode presumir que a doença decorre do trabalho, mormente quando o trabalhador nenhuma doença apresentava antes de ser admitido?

3ª) Se o próprio legislador verificou que este tipo de situação é danosa para a sociedade e resolveu estabelecer o NTEP — Nexo Técnico Epidemiológico Previdenciário — por meio da Lei n. 11.430/2006, para que se possa presumir que a doença decorre do trabalho realizado, segundo estatísticas que demonstrem que determinada atividade econômica propicia, mais que outras, doenças, por que os peritos médicos insistem na comprovação cabal, irretorquível, da relação de causalidade entre a doença e o trabalho?

4ª) Por que não presumir o nexo causal, se até na esfera administrativa, para a concessão de benefícios previdenciários, agora se presume a relação de causalidade, invertendo-se o ônus da prova, nos moldes do art. 337 e §§ do Decreto n. 3.048/99?

5ª) Se o Perito não consegue mensurar os fatores extralaborais para o aparecimento da doença, qual o fundamento para a conclusão de que a doença não tem relação com o trabalho?

6^a) Por que presumir que a doença é degenerativa quando há evidências de que o trabalho contribuiu, em alguma medida, para o surgimento ou antecipação da doença?

Outrossim, de se observar que nas “lides” trabalhistas não se investiga incapacidade total para todo e qualquer trabalho, que ensejaria a concessão de aposentadoria por invalidez, mas simplesmente a *incapacidade para o exercício das atividades inerentes ao ofício ou profissão do trabalhador*, nos moldes do art. 950 do Código Civil.

De tal sorte que, se o trabalhador não pode mais se ativar no corte de aves, está totalmente incapacitado para o seu ofício. Principalmente se ele se encontrar aposentado por invalidez, não existindo nenhuma prova de que tenha havido fraude na concessão do benefício, mormente quando concedido mediante sentença judicial.

2.2. A busca da justiça do caso concreto

É em casos como este que o juiz sente pesar em seus ombros o peso da responsabilidade de seu cargo. Isso porque a sociedade espera do juiz não um mero aplicador do texto legal, não um conformista na análise da prova produzida, nem mesmo a pericial, necessária quando o caso concreto depender de conhecimento especial de técnico para a sua elucidação.

Em todos os casos, mas principalmente naqueles em que a solução apontada pela interpretação da lei — inclusive das regras sobre a prova — levam a uma situação de injustiça, deve o juiz buscar a *equidade*, ou seja, a justiça do caso concreto, na milenar definição de Aristóteles.

Em verdade, a equidade é superior à justiça, pois o equitativo é justo, “porém não o legalmente justo, e sim uma correção da justiça legal”. De modo que, “quando a lei estabelece uma lei geral e surge um caso que não é abarcado por essa regra, então é correto (visto que o legislador falhou e errou por excesso de simplicidade) corrigir a omissão, dizendo o que o próprio

legislador teria dito se estivesse presente, e que teria incluído na lei se tivesse previsto o caso em pauta”⁽²⁾.

Com efeito, o juiz não deve ser um mero aplicador de leis, tampouco conformar-se com interpretações dadas como irrecusáveis, ainda que seja a interpretação técnica de um perito judicial. Antes, deve basear-se na *lógica do razoável*, conforme ensinamento irrepreensível de Recaséns Siches, o grande filósofo que fez acertada crítica aos métodos de interpretação do direito, propondo em lugar deles que o intérprete busque, sempre, uma solução que seja razoável, adequada e promova a justiça do caso concreto, de modo que *a lógica do razoável é a versão contemporânea da equidade*.

Para o mencionado filósofo, o único método de interpretação é o de que o juiz, em todos os casos, “deve interpretar a lei precisamente do modo que leve à conclusão mais justa para resolver o problema que tenha sido apresentado à sua jurisdição”. É o método do *logos de lo razonable*, que supera a pluralidade de métodos de interpretação do direito (literal, subjetivo, subjetivo-objetivo, objetivo, consuetudinário, histórico, analógico, equidade etc.). Destarte, diante de qualquer caso, fácil ou difícil, o juiz deve proceder de acordo com a *razoabilidade*, observando a realidade e o sentido dos fatos, em conformidade com os valores nos quais se inspira a ordem jurídica positiva, ou com os valores complementares produzidos pelo próprio juiz, mas em harmonia com o referido sistema positivo, e, conjugando uns com os outros, vice-versa, “chegar à solução satisfatória”. E *satisfatória é a solução que leva em conta a ordem jurídica justa*, vale dizer, “lo que el orden jurídico considera como sentido de justicia”⁽³⁾.

Nessa busca da solução justa, pode e deve o juiz cercar-se das *máximas de experiência comum*, adquiridas pela observação do que ordinariamente acontece em determinadas situações, na

(2) ARISTÓTELES. *Ética a nicômaco*. Trad. de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2007. p. 125.

(3) SICHES, Luís Recaséns. *Tratado general de filosofía del derecho*. México: Porrúa, 1959. p. 660-661.

sua região, ou mesmo em específicas atividades empresariais, nos termos do art. 335 do CPC.

A título exemplificativo, podem ser apontadas as *situações especiais dos cortadores de cana-de-açúcar e dos trabalhadores em frigoríficos*.

Quanto aos primeiros, eles exercem um trabalho *excessivamente penoso*, com um esforço físico desmedido, incomensuravelmente maior do que o despendido pelos outros trabalhadores, além de repetirem os mesmos movimentos inúmeras vezes ao dia.

Há um estudo demonstrando que os cortadores de cana-de-açúcar têm uma intensa movimentação diária em seu trabalho, executando de 10.000 a 12.000 movimentos do membro superior por dia, numa jornada de oito horas ou mais, ao que se soma o fato de que precisam executar de vinte e cinco a trinta movimentos de levantar e abaixar o membro superior por minuto (cerca de 14.400 movimentos numa jornada de oito horas diárias). Associada à intensa movimentação dos membros superiores ainda há a transmissão mecânica do impacto da lâmina do podão no colmo da cana-de-açúcar ao braço do trabalhador.⁽⁴⁾

Essa intensa atividade física, de movimentação e de esforços repetitivos, leva a constantes afastamentos dos trabalhadores por motivo de doenças, especialmente a chamada LER (Lesão por Esforço Repetitivo). Além disso, *provoca um alto dispêndio energético* e, portanto, *fadiga*, havendo traços indicativos de envelhecimento precoce nos trabalhadores rurais que lidam com o corte da cana-de-açúcar, sendo que o envelhecimento, embora não seja doença ocupacional, provoca a redução da capacidade produtiva da pessoa.⁽⁵⁾

(4) GOMES, Jorge da Rocha; FISCHER, Frida Marina; BEDROKOW, Bernardo. Trabalho da criança e do adolescente no corte da cana-de-açúcar. *Revista Brasileira de Saúde Ocupacional*, São Paulo, v. 26, n. 97-98, p. 16-17, 2001.

(5) RUMIM, Cassiano Ricardo. *Trabalho rural e saúde: um estudo das condições de trabalho e sua relação com a saúde dos cortadores de cana-de-açúcar do município de Pacaembu* – SP. 2004. Dissertação de

Como se não bastasse, no ano de 2005 foram noticiadas pela imprensa várias mortes de cortadores de cana no Estado de São Paulo, *atribuídas ao excesso de trabalho*. Embora as investigações ainda estejam em curso, há indícios de que as mortes decorreram da fadiga provocada pelo excesso de atividade laborativa. Se há estudo comprovando que para a colheita de dez toneladas de cana-de-açúcar por dia o trabalhador desfere cerca de 10.000 mil golpes de podão, mostra-se bastante razoável a interpretação de que as mortes tenham alguma relação com o excesso de trabalho porque os cortadores que faleceram tinham cortado 12 ou mais toneladas de cana por dia, sendo que um cortador faleceu após cortar 25 toneladas de cana em um só dia.⁽⁶⁾

Essa realidade não pode ser ignorada pelo juiz, ao julgar casos em que cortadores de cana-de-açúcar aleguem ter adquirido doença ocupacional no desempenho de seu mister.

No que diz respeito aos *trabalhadores de frigoríficos*, desde 2004 tenho verificado, em duas cidades do interior do Estado de São Paulo — nas quais atuei como Juiz Titular de Vara —, que tais laboristas desenvolvem um serviço altamente repetitivo, em um ambiente de extrema concentração, “perigoso” — os trabalhadores laboram um ao lado do outro, junto às esteiras mecânicas (norias), munidos de afiadas facas de corte — e, em certa medida, deprimente, pois estão a fatiar um ex-ser vivo.

Outrossim, em inúmeros casos o Perito Engenheiro, após medições do tempo despendido em cada ciclo operacional, tem verificado que os trabalhadores da sala de cortes dos frigoríficos exercem mais de vinte mil movimentos diários no talhe de aves. Há relatos de exigência de corte de quatro ou cinco partes — coxas, asas e filés — por minuto.

Como se não bastasse, há incontáveis afastamentos dos trabalhadores das empresas do

Mestrado. Faculdade de Medicina, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, p. 89-90, 2004.

(6) SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. *A saúde do trabalhador como um direito humano: conteúdo essencial da dignidade humana*. São Paulo: LTr, 2008. p. 204.

setor, com queixas reiteradas de extrema dor nos tendões, nos antebraços e nos ombros, em razão da velocidade da produção. É possível verificar, inclusive, um altíssimo índice de faltas ao trabalho, com a alegação dos trabalhadores de que é insuportável o ritmo de serviço exigido pelas empresas, além do que sempre referem a recusa no recebimento de atestados médicos para justificar as ausências.

E, o que é pior, em muitas ocasiões o que se verifica é simplesmente o “descarte” dos funcionários que não conseguem mais alcançar a produção almejada pelas empresas, os quais são dispensados logo após a alta médica do INSS. Deixam, assim, as empresas de cumprir sua função social, sendo que poderiam readaptar o empregado para outra atividade que não exija os mesmos esforços repetitivos.

Em outros casos, nota-se um verdadeiro “jogo de empurra”, pois que o trabalhador recebe alta do INSS e volta à empresa, mas não consegue trabalhar; a empresa o orienta a voltar ao Instituto, por vezes sem a documentação necessária, e o trabalhador fica “de um lado para o outro”, sem receber salário ou benefício previdenciário.

Também essa realidade não pode ser ignorada pelo juiz, ao se deparar com casos em que trabalhadores de frigoríficos aleguem ter adquirido doença do trabalho, especialmente LER, no desempenho de sua atividade.

Enfim, se não houver prova alguma de causa extralaborativa a desencadear a referida doença — LER —, *a solução mais razoável ou equânime, na busca da justiça do caso concreto*, sem dúvida, é a de que a doença decorre, única e exclusivamente, do trabalho desempenhado, seja no corte de cana-de-açúcar, seja na sala de corte de frigoríficos, a título de mero exemplo.

3. A realização das perícias por engenheiro e médico do trabalho

Agora, se os peritos que atuam na Justiça do Trabalho estivessem melhor capacitados para a investigação dessa realidade, mais afeitos

ao funcionamento dessa Justiça especializada, à valoração dos fatos trabalhistas normalmente feita pelos juízes, não haveria tanto sofrimento para a prolação das sentenças e, certamente, muitas injustiças seriam evitadas.

Para isso se torna premente o investimento em *capacitação profissional* dos peritos que prestam seus zelosos trabalhos à nossa Justiça, bem como a adoção de quadros próprios de peritos, para que os juízes não fiquem a depender do oferecimento do serviço por engenheiros ou médicos que se disponham a atuar como auxiliar do juízo.

Enquanto a realidade não se transforma, penso que algumas medidas podem ser tomadas, para que haja efetiva tutela reparatória à saúde do trabalhador, quando de fato violada.

Sendo indispensável a realização de perícia para a constatação da doença e do nexo de causalidade com as funções exercidas — a menos que o empregador admita a doença ocupacional, situação que de tão rara pode ser considerada hipótese meramente acadêmica —, tenho ser recomendável a realização de *duas perícias*, com espeque no art. 431-B do CPC, acrescentado pela Lei n. 10.358/01:

a) A primeira por Engenheiro do Trabalho, a fim de se transcrever com a maior precisão possível as condições em que o serviço foi prestado na empresa, especialmente para verificar as condições ergonômicas em que o trabalho era executado e a observância das normas regulamentares (NRs).

b) A segunda por Médico, de preferência com Especialização em Medicina do Trabalho. *Sebastião Geraldo de Oliveira*⁽⁷⁾, uma das maiores autoridades sobre o tema, entende que a perícia nas ações indenizatórias de danos decorrentes de acidente do trabalho ou doença ocupacional deve ser realizada por médico que tenha concluído curso de

(7) OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional*. São Paulo: LTr, 2005. p. 238.

especialização em Medicina do Trabalho, com o devido registro dessa habilitação perante o Conselho Regional de Medicina.

Além disso, penso que o juiz precisa formular quesitos apropriados para o sucesso dessas perícias. Apresento como mera sugestão, a partir de proposta de *Sebastião Geraldo de Oliveira*⁽⁸⁾, os seguintes *quesitos do juízo*:

1º) *para o Engenheiro do Trabalho* — a) a empresa cumpria todas as normas de segurança e prevenção indicadas na legislação própria, bem como outras normas técnicas aplicáveis ao caso? Indicar quais NRs o(a) empregador(a) estava obrigado(a) a cumprir; b) o(a) autor(a) recebeu treinamento adequado para o exercício da função em que houve o acidente ou o acometimento de doença ocupacional?; c) o(a) autor(a) cumpria somente a jornada normal de trabalho ou trabalhava ordinariamente em horas extras?; d) o(a) autor(a) gozava regularmente os intervalos intrajornada e interjornadas, os repousos semanais, os feriados e os períodos de férias?; e) algum fator de caráter organizacional (inclusive exigência de produtividade excessiva ou tratamento excessivamente rigoroso) pode ter contribuído para o aparecimento da doença ou para a ocorrência do acidente?; f) no setor de trabalho do(a) autor(a) ocorreram casos semelhantes nos últimos cinco anos?;

2º) *para a perícia médica* — a) o(a) autor(a) foi acometido(a) por alguma doença ocupacional? Se sim, demonstrar o nexo de causalidade entre o trabalho e a doença apresentada; b) o exercício das atividades do(a) autor(a) atuou como concausa (mínima, média ou máxima) no aparecimento ou agravamento da doença ou na ocorrência do acidente do trabalho?; c) houve concausa mensurável (mínima, média ou máxima) relativa a fatores extralaborais?; d) quais as

alterações e/ou comprometimentos que a doença diagnosticada acarretou na saúde do(a) autor(a) e na sua capacidade de trabalho?; e) qual a redução da capacidade laboral (mínima, média ou máxima) do(a) autor(a)? f) há viabilidade do seu aproveitamento no mercado de trabalho, dentro da sua área de atuação profissional ou em funções correlatas?; g) há possibilidade efetiva de reversão do quadro para aptidão normal de trabalho?⁽⁹⁾

Assim, será possível uma boa solução das intrincadas questões envolvendo doenças ocupacionais e acidentes do trabalho por equiparação, derivados de concausas, estabelecendo-se, com precisão, o nexo causal entre o trabalho e a agressão à saúde do trabalhador.

Ainda no tocante à perícia, questão interessante é a atinente à *recusa do periciando*, ou relativa ao fato de reiteradamente não comparecer ao local indicado, no horário determinado, para a realização do exame médico.

Questiona-se sobre a possibilidade de aplicação dos arts. 231 e 232 do Código Civil — os quais tratam da recusa a exame médico necessário e da recusa à perícia médica ordenada pelo juiz, respectivamente — no processo do trabalho, em ações indenizatórias de danos decorrentes de acidente do trabalho ou doença ocupacional. Tenho que, na *reiteração* do comportamento de não comparecer por parte do trabalhador, verifica-se sua *deslealdade processual*, agindo de forma temerária, autorizando a presunção

(9) SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. *Acidente do trabalho: responsabilidade objetiva do empregador*. São Paulo: LTr, 2008. p. 99. Em verdade, os quesitos das letras “c” e “d”, apresentados para o Engenheiro do Trabalho, dificilmente poderão ser respondidos pelo perito, já que, para tanto, precisaria verificar toda a documentação relativa à jornada de trabalho, fato que pode ser melhor analisado pelo próprio juiz, quando da valoração da prova documental apresentada pelo empregador. E ao médico pode ser acrescentado o seguinte quesito: O(a) autor(a) recebeu benefício previdenciário por acidente do trabalho (B-91), ainda que por presunção (art. 337 e parágrafos do Decreto n. 3.048/99)?

(8) *Ibidem*, p. 240-241.

de que não é portador de doença ocupacional ou de que não teve redução da capacidade laborativa.⁽¹⁰⁾

3.1. A necessária compreensão da concausa e das doenças degenerativas

Como já se afirmou, torna-se extremamente necessário que os Tribunais trabalhistas, ainda que por meio das Escolas de Magistratura, desenvolvam cursos apropriados à formação dos peritos judiciais que atuam na verificação de doenças ocupacionais e de redução de capacidade laborativa — esta inclusive no acidente típico.

Tenho verificado que os peritos médicos que atuam na Justiça do Trabalho, salvo gratas exceções, não conhecem a fundo a dinâmica do processo do trabalho, a finalidade da Justiça especializada e, na área técnica que lhes é própria, desconhecem os reais contornos dos institutos *nexo de causalidade e concausa*. Desse modo, inclinam-se, boa parte das vezes, por considerar a doença adquirida pelo trabalhador como sendo degenerativa.

A confusão começa quando os peritos judiciais não admitem — ou ignoram — o real significado de *nexo causal*, sendo que à *concausa* nem dão a devida atenção. O que se exige para a averiguação de doença ocupacional é *apenas o nexo de causalidade* e não o *nexo etiológico*.

Quanto ao *nexo causal*,

[...] constitui a relação de causa e efeito entre o evento e o resultado. Tecnicamente falando não se podem utilizar como sinônimos “*nexo causal*” e “*nexo etiológico*”, como muitos acreditam. O primeiro é mais abrangente, pois inclui a *concausalidade* e os casos de agravamento. Já o segundo é o que origina ou desencadeia o dano laboral, sendo portanto mais restrito. Por outro lado, em direito *infortunistico*, para se estabelecer a *relação de causalidade*, não se exige a prova

da certeza, bastando o juízo de admissibilidade. Também há que se frisar que em *infortunistica* não se repara a lesão ou a doença, mas a incapacidade para o trabalho.⁽¹¹⁾

É necessário, portanto, ter bem nítida a *diferença entre nexo causal e nexo etiológico*, sendo que a *Etiologia* é a parte da Medicina que trata da causa das doenças. Ocorre que, para a caracterização da doença ocupacional, não há necessidade de que se descubra a verdadeira causa da doença, bastando que haja uma relação de causalidade — ainda que não seja única —, entre a doença e o trabalho. Por isso, a Lei n. 8.213/19 prevê *nexo causal* indireto e até mesmo por *ficção legal*, pela simples circunstância de o acidente ter ocorrido durante o curso da atividade laboral, citando-se, como exemplo, as situações previstas no art. 21, inciso II, da referida Lei.

Ainda a respeito do tema, *José de Oliveira* observa que no art. 21 da Lei n. 8.913/19, que trata dos casos de acidente por equiparação, há hipóteses de causalidade direta e concorrente (inciso I – *concausa*) e de causalidade indireta ou por equiparação (inciso II), havendo acidentes do trabalho “*impróprios*”. Aduz que o acidente tipo próprio é o resultante de causalidade direta, como, por exemplo, a amputação de um *quirodáctilo* na prensa; as doenças têm causalidade indireta, pois a causa e o efeito estão intimamente ligados ao trabalho; e que nos acidentes por equiparação a causalidade é indireta, por *ficção da lei*.⁽¹²⁾

Outrossim, de se registrar que, havendo dúvida sobre a existência ou não de *nexo causal* (ou *etiológico*) entre a atividade laborativa e a doença que acomete o trabalhador, *há farta*

(10) SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. *Acidente do trabalho: responsabilidade objetiva do empregador*. p. 215.

(11) MONTEIRO, Antonio Lopes; BERTAGNI, Roberto Fleury de Souza. *Acidentes do trabalho e doenças ocupacionais: conceito, processos de conhecimento e execução e suas questões polêmicas*. 3. ed. atual. de acordo com o Código Civil de 2002, as normas sobre precatórios e o novo FAP. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 14-15.

(12) OLIVEIRA, José de. *Acidentes do trabalho: teoria, prática, jurisprudência*. 3. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 24.

jurisprudência no sentido da presunção do nexo causal, na aplicação do princípio *in dubio pro misero*, como enfatizado por *Teresinha Lorena Pohlmann Saad*⁽¹³⁾. Ela cita jurisprudências nesse sentido publicadas na *Revista RT*, edições ns. 328/655, 328/656, 372/243, 348/484, 451/199 e outras.

A respeito da *concausa*, que também é equiparada ao acidente do trabalho típico, nos moldes do art. 21, inciso I, da Lei n. 8.913/91, de se ter bem nítida a *ideia de concausalidade*, pois que não é necessário que o acidente típico ou a doença ocupacional sejam a causa única da incapacidade laborativa. Ainda que haja uma causa extralaborativa, *se a causa laborativa contribuiu diretamente para a perda ou redução da capacidade de trabalho, ter-se-á que mensurar o grau dessa contribuição*, para efeito de imposição da obrigação de reparar o dano pelo empregador.

De acordo com *Tupinambá Miguel Castro do Nascimento*, a concausalidade

[...] nada mais é que a aceitação de que, na ocorrência acidentária, podem concorrer uma causa vinculada ao trabalho e outras tantas sem qualquer relação com a atividade laboral, denominadas de concausas. A concausalidade, portanto, é circunstância independente do acidente e que à causa deste se soma para dar o resultado danoso final. O fundamento lógico da concausalidade é que a causa traumática ou o fator patogênico sozinhos não geram idênticas consequências na totalidade de pessoas, isto porque cada uma tem maior ou menor poder de reação a tais causas agressivas, ou maior ou menor receptividade a seus aspectos negativos.⁽¹⁴⁾

Miguel Augusto Gonçalves de Sousa exemplifica com o caso de empregado que se revela portador de hérnia inguinal após a prática de

determinado esforço no exercício de seu trabalho na empresa. Esclarece que, embora os exames médicos posteriores possam revelar que a hérnia seria decorrente de predisposição mórbida da vítima, mesmo assim trata-se de evento indenizável (de acidente do trabalho), pois o trabalho contribuiu, ainda que em parcela mínima, para a manifestação da doença. Conclui que, em síntese, *a contribuição do infortúnio, ainda que mínima, para que a doença congênita se revele ou se agrave, conduzirá à responsabilidade do empregador*, o qual somente será isento se comprovar a inexistência de qualquer relação de causa e efeito entre o fato e a doença.⁽¹⁵⁾

Outrossim, como já se ressaltou alhures, uma vez demonstrado por perícia técnica que o trabalhador adquiriu doença do trabalho por causa das condições especiais em que seu mister era prestado, não pode o empregador alegar que, pelo pequeno período de prestação dos serviços, a doença não foi adquirida em sua empresa, mas em empregos anteriores, mormente quando o trabalhador tenha sempre desempenhado as funções para as quais foi contratado. Isso ocorre com bastante frequência no setor sucroalcooleiro, no qual os cortadores de cana-de-açúcar têm adquirido, cada vez mais, doenças ocupacionais em razão dos esforços repetitivos e da postura exigida para o referido corte (tenossinovites, lombalgias etc.). Até porque *bastaria que a empresa tivesse rigor no exame médico admissional para constatar que o trabalhador já era portador de alguma doença relacionada ao trabalho*. Se não o fez, ou se atestou a aptidão laborativa do trabalhador, não pode posteriormente alegar que a doença não foi adquirida em seu estabelecimento⁽¹⁶⁾. A presunção lógica após a admissão do trabalhador, em que ele foi considerado apto, se porventura

(13) SAAD, Teresinha Lorena Pohlmann. *Acidentes do trabalho: estudos doutrinários e pesquisas "de campo"*: jurisprudência. São Paulo: LTr, 1988. p. 133-134.

(14) NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. *Curso de direito infortunistico*. 3. ed. Porto Alegre: Antonio Sérgio Fabris, 1992. p. 45.

(15) SOUSA, Miguel Augusto Gonçalves de. *Acidentes do trabalho*. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964. p. 35-36.

(16) SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. *Acidente do trabalho: responsabilidade objetiva do empregador*. p. 102.

alguma doença, ainda que congênita, se revele posteriormente, é a de que o trabalho para isso tenha contribuído⁽¹⁷⁾.

Não há falar, em tais hipóteses, nem sequer em concausa para a doença ocupacional, porquanto a causa extralaborativa não está relacionada ao trabalho em si. Quando muito se pode admitir, por equidade, *uma atenuação da responsabilidade do empregador* quando efetivamente comprovado que o trabalho desempenhado na empresa demandada, por si só, não teria ocasionado a doença laboral.⁽¹⁸⁾

Por isso se deve compreender que as doenças excluídas por força do § 1º do art. 20 da Lei n. 8.913/91, *principalmente a doença degenerativa*, são aquelas em que não há qualquer contribuição da causa-trabalho, e geralmente se revelam quando a pessoa tem uma idade mais avançada, não sendo razoável que o trabalhador tenha uma doença degenerativa antes dos quarenta anos de idade, salvo em hipóteses excepcionais.

A doença degenerativa não se trata de doença ocupacional porque tem como causa o desgaste normal do corpo humano, *a não ser que a doença tenha um agravamento por condições especiais do trabalho*, ou até um agravamento pós-traumático, por exemplo, a hérnia de disco, as artroses e outras. Observa Tupinambá que a doença degenerativa não é doença ocupacional pela ausência de nexo de causa e efeito com o trabalho, tendo em vista que provém de uma causa natural, por simples fenomenologia involutiva, sendo o que normalmente ocorre com as doenças da coluna, tais como espondiloartrose, artrose, lombalgias em geral e outras doenças. Entretanto, ressalva o referido autor que, *se a doença degenerativa se encontrava em estágio inicial, ainda não incapacitante, e só aparece após uma “causa-trabalho”, a esta se soma como*

concausa preexistente, razão pela qual, pelo princípio da concausalidade, não há falar na exclusão ora analisada.⁽¹⁹⁾

Daí se verifica, portanto, quão necessária se faz a compreensão por parte dos senhores peritos médicos do *aspecto jurídico* que envolve a verificação das doenças ocupacionais, sendo que o Direito, assim como a Medicina, não se trata de uma ciência exata e por isso não se pode exigir certeza absoluta sobre a contribuição da causa laborativa para o aparecimento da doença ocupacional.

3.2. A concessão de tutela antecipada para o pagamento dos salários após alta médica do INSS

Como já mencionado anteriormente, uma situação muito angustiante pela qual têm passado vários trabalhadores é a de receberem alta médica do INSS, retornarem à empresa e não conseguirem trabalhar, sendo que em tais casos a empresa não lhes paga os salários, de modo que os trabalhadores ficam sem seu meio de subsistência.

Ocorre que esta situação é, indubitavelmente afrontosa à dignidade humana dos trabalhadores, de modo que há uma nítida violação do princípio ontológico insculpido no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal, um dos fundamentos do próprio Estado Democrático e Social brasileiro. Ora, *o trabalhador não pode se tornar objeto de contenda entre a empresa e o INSS*, pois estes, *a la Pilatos*, ficam lavando as mãos quando um funcionário recebe alta da Autarquia Previdenciária, por vezes, indevidamente, retorna ao trabalho, não consegue trabalhar e, por outro lado, não é submetido a exame médico sério, que procure diagnosticar eventual problema de saúde e sua origem.

Em suma, o INSS não ampara o trabalhador em situação de doença e a empresa não cumpre sua *função social*, deixando de pagar salários aos trabalhadores que têm alta médica e não

(17) SOUSA, Miguel Augusto Gonçalves de. *Acidentes do trabalho*. p. 37.

(18) SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. *Acidente do trabalho: responsabilidade objetiva do empregador*. p. 102-103.

(19) NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. *Curso de direito infortunístico*. p. 61.

conseguem trabalhar, ignorando os termos do art. 421 do Código Civil. Se o salário tem natureza alimentar e, até prova em contrário, a alta médica do INSS o considera apto ao trabalho, deve a empresa ser responsabilizada pelo pagamento dos salários do período posterior à alta médica, ainda que não haja prestação de serviço, até que seja novamente concedido o benefício previdenciário, cumprindo, assim, sua função social e respeitando o princípio maior da dignidade da pessoa humana.

Com estes fundamentos, ainda no ano de 2004, antes mesmo do alargamento das competências da Justiça do Trabalho pela Emenda Constitucional n. 45/04, deparando-me com um caso que gerava perplexidade — a trabalhadora mal conseguia andar dada a gravidade de seus problemas na coluna lombar — *deferí, de ofício, tutela antecipada* à trabalhadora, determinando que a empresa — um frigorífico — efetuasse o pagamento dos seus salários, a partir da data da alta médica, sob pena de execução para tanto e de imposição de multa diária em caso de descumprimento da obrigação, nos termos do art. 273, § 3º, c/c o art. 461, §§ 4º e 5º, ambos do CPC, diante da autorização do art. 769 da CLT.

E de lá até esta parte tenho concedido tutela antecipada em casos idênticos, pois que não é possível que o trabalhador fique à mercê da contenda entre a empresa e o INSS, sem ter recursos para sua própria sobrevivência e de sua família.

Penso que esta é uma medida necessária, até que se resolva de algum outro modo o impasse que tem sido gerado pela conduta inaceitável dos peritos do INSS, seguindo determinações superiores, e pela grave omissão das empresas quanto à matéria.

E esta medida pode ser adotada também quando houver pedido de reintegração ou de declaração de nulidade da dispensa porque o trabalhador se encontrava doente, principalmente quando se tratar de doença ocupacional adquirida no curso da relação de emprego. Até que a perícia seja realizada e se possa decidir o

conflito, o trabalhador precisa de um amparo e, neste caso, a empresa tem de cumprir sua função social, não podendo a Justiça especializada também se omitir nessa delicada questão. Por óbvio, a medida será tomada em casos extremos, nos quais o juiz se convença da verossimilhança da alegação e da prova inequívoca de dano irreparável ou de difícil reparação ao direito à sobrevivência.

4. Considerações finais

Em breve conclusão, penso que é chegada a hora de a Justiça do Trabalho preparar-se de modo mais adequado para uma prestação jurisdicional diferenciada no tocante à temática da doença ocupacional. O ideal é que houvesse Varas especializadas para as ações indenizatórias de acidente do trabalho, nas quais os juízes e servidores estivessem vocacionados ao conhecimento da matéria. E que houvesse um quadro próprio de peritos judiciais.

Enquanto essa especialização não ocorre, algumas medidas devem ser tomadas para que seja possível a realização da ordem jurídica justa, vale dizer, da justiça do caso concreto.

Uma grande contribuição para esse desiderato seria a adoção, por parte dos Tribunais trabalhistas, de cursos de capacitação técnica dos peritos que atuam na Justiça especializada, para que possam compreender melhor a temática que lhes é submetida, especialmente a averiguação do nexo de causalidade entre o trabalho e a doença adquirida, bem como do instituto da concausa. Outrossim, essa capacitação os levaria à percepção de que a incapacidade a se constatar para efeito de indenização de danos de ordem trabalhista não tem a mesma extensão que a necessária para o deferimento de benefício previdenciário, de acordo com art. 950 do Código Civil.

Até que isso se torne realidade, penso que os juízes do trabalho, sempre empenhados na busca da solução justa, devem procurar estabelecer diretrizes para os peritos de sua confiança, designando tanto perícia no local de trabalho

quanto perícia médica, formulando quesitos que procurem elucidar o caso específico e, se necessário, designando segunda perícia. E devem ter, ainda, uma postura pró-ativa, em nome do chamado *ativismo judicial*, analisando com extrema cautela as conclusões periciais — seja em resultado positivo, seja em resultado negativo —, para verificar se tais conclusões estão em conformidade com as especificidades do caso concreto, levando em consideração as máximas de experiência comum, interpretando o laudo sempre de modo a buscar a solução mais razoável, impedindo a injustiça.

Em suma, deve aplicar a *equidade*, conforme lhe autoriza o art. 852, § 1º, da CLT. E para essa solução justa, por vezes, será necessária a concessão de tutela antecipada, ainda que de ofício, para que o trabalhador possa receber salários durante o período de tramitação do processo em que se discute a aquisição de doença ocupacional no curso da relação de trabalho. Será preciso coragem — ou boa vontade — para tanto, mas não se pode perder de vista a afirmação de *Marinoni*, no sentido de que não há efetividade sem riscos, sendo que “o juiz que se omite é tão nocivo quanto o juiz que julga mal”⁽²⁰⁾.

5. Referências bibliográficas

ARISTÓTELES. *Ética a nicômaco*. Trad. de Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2007.

GOMES, Jorge da Rocha; FISCHER, Frida Marina; BEDRIKOW, Bernardo. Trabalho da criança e do adolescente no corte da cana-de-açúcar. *Revista Brasileira de Saúde Ocupacional*, São Paulo, v. 26, n. 97-98, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2000.

MONTEIRO, Antonio Lopes; BERTAGNI, Roberto Fleury de Souza. *Acidentes do trabalho e doenças ocupacionais: conceito, processos de conhecimento e execução e suas questões polêmicas*. 3. ed. atual. de acordo com o Código Civil de 2002, as normas sobre precatórios e o novo FAP. São Paulo: Saraiva, 2005.

NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. *Curso de direito infortunistico*. 3. ed. Porto Alegre: Fabris Sergio Fabris, 1992.

OLIVEIRA, José de. *Acidentes do trabalho: teoria, prática, jurisprudência*. 3. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1997.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional*. São Paulo: LTr, 2005.

RUMIM, Cassiano Ricardo. *Trabalho rural e saúde: um estudo das condições de trabalho e sua relação com a saúde dos cortadores de cana-de-açúcar do município de Pacaembu – SP*. 2004. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Medicina, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2004.

SAAD, Teresinha Lorena Pohlmann. *Acidentes do trabalho: estudos doutrinários e pesquisas “de campo”*: jurisprudência. São Paulo: LTr, 1988.

SICHES, Luís Recaséns. *Tratado general de filosofia del derecho*. México: Porruá, 1959.

SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. *A saúde do trabalhador como um direito humano: conteúdo essencial da dignidade humana*. São Paulo: LTr, 2008.

_____. *Acidente do trabalho: responsabilidade objetiva do empregador*. São Paulo: LTr, 2008.

SOUSA, Miguel Augusto Gonçalves de. *Acidentes do trabalho*. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964.

(20) MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 124.

Direito a desconexão do trabalhador: repercussões no atual contexto trabalhista

Christina D’Arc Damasceno Oliveira^(*)

Resumo:

- ▶ Este artigo tem por objeto a análise do direito a desconexão e sua incidência no âmbito das relações de trabalho. Procede-se à breve abordagem quanto ao respectivo conceito, tangenciando-se seus pontos de contato com os direitos fundamentais do trabalhador à preservação de sua higidez física e psíquica e ao lazer, assim também quanto à inserção de tal instituto no contexto contemporâneo dos liames laborais permeados pelas novas tecnologias. Com realce da fundamentalidade material da figura, aspecto do qual também emerge sua aplicabilidade imediata e eficácia contra o Estado (eficácia vertical) e os particulares (eficácia horizontal), procura-se demonstrar que o direito de desconexão integra o repertório jurídico afeto à tutela do trabalho decente, sendo passível inclusive de exigibilidade na esfera judicial.

Palavras-Chave:

- ▶ Direito a desconexão — novas tecnologias — direitos fundamentais — exigibilidade.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Direito a desconexão — conceito e inter-relação com as novas tecnologias
- ▶ 3. Direitos fundamentais do trabalhador à preservação de sua higidez física e psíquica, ao lazer e à desconexão: pontos de contato
- ▶ 4. Eficácia horizontal e vertical das normas fundamentais nas relações de labuta e cláusula de abertura de compreensão de direitos fundamentais
- ▶ 5. Mecanismos de exigibilidade judicial
- ▶ 6. Hermenêutica constitucional concretizadora dos direitos fundamentais
- ▶ 7. Enfoque jurisprudencial
- ▶ 8. Considerações finais
- ▶ 9. Referências bibliográfias

(*) Juíza do Trabalho na 14ª Região, Titular da Vara do Trabalho de Feijó/AC. Ex-Auditora Fiscal do Trabalho. Pós-Graduada em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela PUC Minas. Especialista em Direito Processual pela PUC Minas. Pós-Graduada em Teoria Crítica dos Direitos Humanos, pela Universidade Pablo de Olavide, Sevilha (Espanha)

1. Introdução

Destaca *Herrera Flores* que, “nas últimas décadas, tem-se passado da economia produtiva (na qual o trabalhador desejava o toque da sirene que anunciava o fim do horário de trabalho e o início dos momentos de lazer e criatividade), a uma *economia de atenção* (na qual as próprias faculdades cognitivas do trabalhador e da trabalhadora passam a integrar o discurso econômico). Já não há rupturas entre o tempo de trabalho e o tempo de lazer. Hoje em dia, o recurso mais escasso e, por conseguinte, mais perseguido pelos processos da globalização hegemônica é constituído pelas faculdades cognitivas do ser humano em todas as suas facetas vitais”. (tradução nossa).⁽¹⁾

Afigura-se o direito a desconexão como reflexo das alterações que têm sido ocasionadas no mundo do trabalho pelas novas tecnologias, que propiciam a disponibilidade incessante do empregado perante seu tomador de serviços, à distância do toque de uma tecla, com invasão do respectivo espaço no âmbito pessoal, e não raro com inconvenientes e prejuízos para a esfera da vida privada do trabalhador.

Tema dotado de característico vigor nas situações de teletrabalho subordinado⁽²⁾, o direito a desconexão tem cada dia ganhado mais relevo

em relação também aos trabalhadores em geral, independentemente da sistemática (presencial ou não) sob a qual preponderantemente exercem seus serviços.

A figura também passa a ser examinada quanto a relações de trabalho com natureza diversa, inclusive estatutária, em especial no que toca a assessores parlamentares, chefes de gabinete de exercentes de altos cargos, etc.

Ademais, cabe destacar recentes abordagens quanto à aplicabilidade do direito à desconexão mesmo a exercentes de cargos de gestão (gerentes e afins, art. 62, II, da CLT) e a trabalhadores que exercem atividade externa incompatível com a fixação de horário (art. 62, I, da CLT), conforme análises de lavra de *Mauro Schiavi* e de *Jorge Luiz Souto Maior*⁽³⁾.

trabalhistas), o teletrabalho tem conotação própria, sendo um *modo de organização das atividades* que tem por objeto a prestação de serviços ou realização de atos fora do espaço físico do tomador de serviços, a distância, no mais das vezes na própria casa do trabalhador (embora não de modo exclusivo), e que normalmente envolve tarefas com maior complexidade, bem como o uso de avançadas tecnologias de telecomunicações, informática e telemática, a exemplo do *blackberry*, *palm*, *pager*, *fax*, celular, bem como do computador ou *notebook* munidos de internet ou de rede. O teletrabalhador, portanto, pode desenvolver suas atividades não apenas em sua residência (teletrabalho em domicílio), mas em qualquer lugar em que esteja, não pertencente ao tomador de serviços, em que haja disponibilidade de recursos para utilização de tais instrumentos tecnológicos (teletrabalho nômade ou itinerante). Atente-se que a figura do teletrabalho pode se manifestar tanto em situações de contratação verdadeiramente autônoma (*freelancers*, p. ex.), como também no bojo de uma relação de emprego caracterizada pelos elementos descritos na CLT, hipótese em que o trabalhador desenvolve seu mister em favor de um tomador de serviços, com a existência concomitante dos requisitos de pessoalidade, subordinação, onerosidade e não eventualidade. No último caso, tem o teletrabalhador subordinado os mesmos direitos que assistem a um trabalhador subordinado que se ativa na sede da empresa, observada a índole da relação.

- (1) “En las últimas décadas hemos ido pasando de la economía productiva (en la que el trabajador deseaba el toque de la sirena que anunciaba el fin del horario laboral y el inicio de los momentos de ocio y creatividad) a una *economía de atención* (en la que las propias facultades cognitivas del trabajador y de la trabajadora pasan a formar parte del discurso económico). Ya no hay rupturas entre el tiempo de trabajo y el tiempo de ocio. Hoy en día el recurso más escaso e, por conseguinte, más perseguido por los procesos de la globalización hegemónica lo constituyen las facultades cognitivas del ser humano en todas sus facetas vitales.” FLORES, Joaquín Herrera. *La reinvencción de los derechos humanos*. Sevilla: Atrapasueños, 2008. p. 200-201.
- (2) Quando se fala em teletrabalho subordinado, logicamente aí não está inserido o teletrabalho autônomo (e. g., praticado por *freelancers*). Quanto ao teletrabalho subordinado, tem-se que, mais que o mero trabalho subordinado em domicílio (arts. 6º e 83 da CLT, comum na produção de calçados e de vestuário, está já há muito presente na dinâmica das relações

- (3) SCHIAVI, Mauro. *Proteção jurídica à dignidade da pessoa humana do trabalhador*. Disponível em: <http://www.lacier.com.br/artigos/protecao_juridica.doc> Acesso em: 12 dez. 2008. p. 20. MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Do direito à desconexão do trabalho*. Disponível em: <http://trt15.gov.br/escola_da_magistratura/Rev23Art17.pdf> Acesso em: 5 abr. 2009.

Neste estudo, o recorte do tema será voltado para as repercussões do direito a desconexão que envolvem o trabalhador subordinado, inclusive quando suas atividades são organizadas sob a sistemática de teletrabalho.

2. Direito a desconexão — conceito e inter-relação com as novas tecnologias

O direito a desconexão pode ser definido como aquele que assiste ao trabalhador de não permanecer sujeito à ingerência, solicitações ou contatos emanados do respectivo empregador pessoa física ou do empreendimento empresarial para o qual o obreiro trabalha, em seu período destinado ao descanso diário (intervalos intra e interjornada), semanal (descanso semanal remunerado) ou anual (férias), e ainda em situações similares (licenças), em especial diante da existência das novas tecnologias (*blackberry*, *palm*, *pager*, *fax*, celular, e ainda computador ou *notebook* munidos de *internet* ou de rede).

Dito de outro modo, configura-se o direito a desconexão como o direito do trabalhador (teletrabalhador ou não) de permanecer desligado ou “desconectado” do polo patronal e da exigência de serviços em seus períodos de repouso, notadamente em virtude da possibilidade de interferências do tomador de serviços nesses lapsos de tempo diante da existência das novas tecnologias.

3. Direitos fundamentais do trabalhador à preservação de sua higidez física e psíquica, ao lazer e à desconexão: pontos de contato

Quanto ao surgimento de “novos” direitos em decorrência dos avanços tecnológicos, pertinente a ponderação de *Ingo Wolfgang Sarlet*:

(...) na esfera do direito constitucional interno, esta evolução se processa habitualmente não tanto por meio da positivação destes “novos” direitos fundamentais no texto das Constituições, mas principalmente por meio de uma transmutação hermenêutica e da criação jurisprudencial, no sentido do reconhecimento

de novos conteúdos e funções de alguns direitos já tradicionais. Com efeito, basta aqui uma referência ao crescimento do controle do indivíduo por meio dos recursos da informática, tais como redes e bancos de dados pessoais, novas técnicas de investigação na esfera do processo penal, avanços científicos (atente-se para a recente controvérsia em torno da fabricação de clones humanos ou mesmo dos assim designados “direitos reprodutivos”), bem como as ameaças da poluição ambiental.⁽⁴⁾

Relaciona-se o direito a desconexão com os direitos fundamentais relativos às normas de saúde, higiene e segurança do trabalho descritas na Constituição Federal quanto à limitação da jornada, ao direito a descanso, a férias, e à redução de riscos de doenças e acidentes de trabalho (art. 7º, incisos XIII, XV, XVII e XXII, da CF), que demonstram a preocupação com a incolumidade física e psíquica, bem assim com a restauração da energia do trabalhador.

Precisas as ponderações de *Alice Monteiro de Barros* no sentido de que, no momento em que se opera a admissão do trabalhador, este leva consigo uma série de bens jurídicos (vida, saúde, capacidade de trabalho, etc.), os quais deverão ser objeto de proteção pelo tomador de serviços, por intermédio da adoção de medidas de higiene e segurança destinadas à prevenção de doenças profissionais e acidentes no trabalho.⁽⁵⁾

Nesse aspecto, o direito à saúde do trabalhador detém importância inegável, haja vista ser palmar que “o trabalho que constrói riquezas e impulsiona o progresso, não pode destruir o homem, ou apressar sua morte”.⁽⁶⁾

Oblitera, ou mesmo prejudica, o revigoração físico e mental a manutenção de

(4) SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 61.

(5) BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2007. p. 1036.

(6) OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção jurídica à saúde do trabalhador*. 4. ed. ampl. e atual. São Paulo: LTr, 2002. p. 102.

constantes contatos por parte do tomador de serviços, no exercício de poder diretivo, nos períodos de descanso do trabalhador. Além disso, ainda que os contatos não cheguem a se efetivar concretamente, também produz efeitos deletérios similares a exigibilidade de que o trabalhador esteja ininterruptamente para tanto disponível, passível de ser localizado e acionado por meio das modernas tecnologias existentes, nos períodos que deveriam ser destinados ao seu repouso e recuperação da jornada (seja no que tange ao intervalo intrajornada, interjornada, descanso semanal, férias, ou até mesmo em períodos de licença).

Outrossim, igualmente se vincula o direito a desconexão com a tutela do obreiro em face da automação, na forma da lei (art. 7º, inciso XXVII, da CF). Nesse caso, a análise não ocorre sob o tradicional viés da preservação em si do posto de emprego, no sentido de evitar-se a sua substituição pela automação, mas centra-se na necessidade de preservação de adequadas e saudáveis condições de exercício do trabalho em um emprego que está em curso, valorizando-se a tutela da higidez física e psíquica do obreiro e evitando-se o aviltamento correlato oriundo do uso exagerado das novas tecnologias a fim de exercer poder de direção patronal, de modo ininterrupto, em face do trabalhador.

Não bastasse, a par dos direitos fundamentais trabalhistas específicos ou propriamente trabalhistas acima especificados, o direito a desconexão também está relacionado a direitos fundamentais trabalhistas não específicos, a exemplo do direito social fundamental ao lazer (art. 6º, *caput*, da CF), e dos direitos à intimidade e à vida privada (art. 5º, incisos V e X, da Lei Maior).

Relembre-se que há direitos fundamentais que incidem nas relações de trabalho, que não são tipicamente trabalhistas. Dirigem-se a qualquer cidadão e, portanto, também ao trabalhador, que não se despe de sua condição de pessoa plena ao integrar o contrato de labuta, motivo pelo qual, além dos direitos propriamente trabalhistas ou específicos (aqueles que só podem ser exercidos

por ele enquanto tal, arts. 7º a 11 da CF), são-lhe direcionados direitos outros, ditos trabalhistas não específicos.

De efeito, o ingresso do trabalhador no âmbito laboral, no qual goza de direitos fundamentais trabalhistas típicos, não lhe suprime sua condição de dignidade e, por exemplo, direitos albergados no art. 5º da CF, como o de objeção de consciência (inciso VIII), liberdade de exercício de ofício ou profissão (inciso XIII), liberdade de expressão (inciso IV) e direitos de personalidade (direito à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem, incisos V, X e XII), sendo integrantes do patamar normativo nas relações de labor tanto os direitos propriamente trabalhistas como os direitos trabalhistas não específicos, todos a figurarem como aspectos limitativos do poder do tomador de serviços.

Jorge Luiz Souto Maior enfoca o direito a desconexão, sob o viés do “não trabalho”, tanto como temática que atine à preservação do ser humano, como medida que propicia inclusão social:

Neste sentido, aliás, o tema pertinente ao não trabalho pode ser visto como uma ação concreta, ainda que tímida, de inclusão social. Afinal, (...) limitar a quantidade de trabalho é um direito, igualmente, de todos aqueles que não conseguem atingir, em uma parcela ínfima, o mercado de trabalho. (...)

Em suma, o tema aqui sugerido pretende pôr em discussão — para buscar uma resposta jurídica que lhe seja adequada — o grande paradoxo do mundo do trabalho moderno, que nos desafia, diariamente, e que assim se enuncia: enquanto uma grande parcela da população não tem acesso ao trabalho e isto põe em risco a sua sobrevivência, uma outra parcela, não menos considerável, está se matando de tanto trabalhar ou alienando-se no trabalho!⁽⁷⁾

(7) MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Do direito à desconexão do trabalho*. Disponível em: <http://trt15.gov.br/escola_da_magistratura/Rev23Art17.pdf> Acesso em: 5 abr. 2009. p. 20-21.

Além disso, o direito à desconexão correlaciona-se com o direito social ao lazer previsto no art. 6º da Constituição Federal, embora os dois institutos não se confundam.

Relembre-se que, como bem destaca *Otávio Calvet Amaral*, citado por *Mauro Schiavi*, o direito ao lazer consiste no “direito do ser humano de se desenvolver existencialmente, alcançando o máximo das suas aptidões, tanto nas relações que mantém com o indivíduo e com o Estado, quanto pelo gozo de seu tempo livre como bem entender”.⁽⁸⁾

Nos dias de hoje, passa a consistir em uma reivindicação o direito do trabalhador de desvincular-se/desligar-se do polo patronal no período que não corresponde ao correlato expediente, pretensão passível inclusive de ser deduzida em juízo, sempre observado o caso concreto.

Salomão Resedá alerta, na conjuntura contemporânea, para a disponibilidade excessiva do empregado de exercer sua atividade em qualquer lugar, já que “sempre que estiver utilizando-se da informática poderá estar ‘lincado’ com a empresa”. Complementa o jurista que se deve “chamar atenção para a adequação dos institutos tradicionais que buscam assegurar a garantia ao repouso no âmbito das novas tecnologias”, já que “(...) se a subordinação e fiscalização do empregador ultrapassaram os horizontes da empresa e atingiram o âmbito privado do empregado, nada mais justo do que este possuir o direito de se desvincular virtualmente da empresa”.⁽⁹⁾

Diz o autor também que o direito a desconexão se revela “como uma forma de garantia do cumprimento do preceito constitucional a partir dos novos paradigmas trazidos pela tecnologia. Em razão do limite imaginário que

distinguia o tempo utilizado para lazer e para o cumprimento de atividades profissionais encontrar-se mitigado no teletrabalho, é necessário que o empregado seja acobertado por um direito que lhe garanta a revitalização desta divisão e o respeito do seu período de descanso”.⁽¹⁰⁾

Dada a disseminação das modernas tecnologias em toda a sociedade, não são infrequentes situações de acionamento pelo tomador de serviços, com abuso de direito, de forma reiterada e persistente, nos correlatos períodos de descanso, não apenas de teletrabalhadores, mas de trabalhadores em geral, independentemente da modalidade de prestação de seus serviços (preponderantemente presencial ou não).

4. Eficácia horizontal e vertical das normas fundamentais nas relações de labuta e cláusula de abertura de compreensão de direitos fundamentais

Dada a inserção da pessoa humana no centro gravitacional do ordenamento, e estando os direitos fundamentais na base que confere sustentação ao sistema jurídico, não podem ser eles obliterados, seja na relação do cidadão com o Estado, seja no setor privado.

É certo que a concepção de direitos humanos surgiu, originariamente, com o fito de mediar a relação entre Estado e pessoas (relação vertical), tendo aquele a obrigação não só de respeitá-los, mas também de protegê-los, garanti-los e promovê-los, a corroborar a respectiva eficácia vertical, premissa que igualmente se aplica no que tange aos direitos fundamentais.

Ocorre que, além da eficácia vertical, os direitos fundamentais também apresentam eficácia horizontal, como tal entendida a que irradia seus efeitos no liame entre atores privados, entre pessoa-pessoa, sendo exigíveis nas vinculações entre os particulares e os poderes privados, em especial nas relações entre trabalhadores e tomadores de serviço.

(10) *Idem*.

(8) SCHIAVI, Mauro. *Proteção jurídica à dignidade da pessoa humana do trabalhador*. Disponível em: <http://www.lacier.com.br/artigos/protecao_juridica.doc> Acesso em: 12 dez. 2008. p. 20.

(9) RESEDÁ, Salomão. O direito à desconexão — uma realidade no teletrabalho. In: *Revista LTr*, São Paulo, n. 71-07, p. 826, jul. 2007.

Como anotam *Rodrigo Fortunato Goulart e Roland Hasson*, no Brasil, a despeito de não existir alusão expressa da Constituição em tal sentido⁽¹¹⁾, a eficácia horizontal e imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas é assente tanto em âmbito doutrinário, como jurisprudencial⁽¹²⁾.

Frisam ainda que o papel da horizontalização dos direitos fundamentais é mais pujante nas relações trabalhistas, seara abundante em ofensas de diversas modalidades a direitos básicos, considerando o correlato caráter social e o desequilíbrio de forças entre os integrantes da relação de labuta, com destacada vulnerabilidade daquele que despende sua força de trabalho em favor de outrem.

Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino ilustram a temática da seguinte forma:

Assim, na celebração de um negócio privado — contrato de trabalho entre empresa privada e empregado, por exemplo — os sujeitos atuam sob o princípio da autonomia da vontade, no ajuste das respectivas cláusulas. Entretanto, não poderão afastar os direitos fundamentais incidentes sobre o negócio, por exemplo, estabelecendo cláusula em que o obreiro renuncie ao exercício do seu direito fundamental à liberdade de greve (CF, art. 9º). Caso haja esse ajuste contratual, o contrato de trabalho será válido, mas a cláusula obstativa do direito de greve não terá nenhuma validade frente ao ordenamento jurídico.

Quanto a esse tema — sujeição de relações entre particulares aos direitos fundamentais — é oportuno registrar a posição adotada

pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE n. 201.819/RJ, Rel^a Min^a Ellen Gracie, rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, 11.10.2005. (...)

Em outras ocasiões, o STF reconheceu, também, a aplicação direta de direitos fundamentais a relações entre particulares. No RE n. 158.215-RS (Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 7.6.1996), a Segunda Turma determinou a reintegração de um membro expulso de cooperativa sem o atendimento da garantia do contraditório e da ampla defesa no âmbito do devido processo legal.⁽¹³⁾

Rodrigo Fortunato Goulart e Roland Hasson, citando *Daniel Sarmiento*, corroboram a importância da eficácia horizontal e destacam que a moldura axiológica da Constituição Federal não chancelou a separação absoluta entre o público e o privado, pelo que estreme de dúvidas a eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas, à exceção de direitos que, pela sua própria natureza, apenas podem irradiar efeitos contra o Estado (a exemplo dos direitos do preso).⁽¹⁴⁾

De rigor, preceitua o art. 5º, § 1º, da Constituição Federal, a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, do que decorre a imposição aos órgãos estatais e aos particulares do dever de maximizar a eficácia de tais direitos nas relações de labor, sejam eles específicos ou não específicos, sendo certo que, mesmo direitos fundamentais eventualmente dotados de baixa densidade normativa, por estarem sujeitos à concreção de atuação pelo legislador ordinário (proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei, art. 7º, inciso XX, *e. g.*), não deixam de produzir efeitos.⁽¹⁵⁾

(11) O art. 18 da Constituição Portuguesa (1976) prescreve nitidamente que “os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam entidades públicas e privadas”. GOULART, Rodrigo Fortunato; HASSON, Roland. A eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações de trabalho. In: *Revista Trabalhista Direito e Processo*, São Paulo, v. 7, n. 25, p. 139, jan./mar.2008.

(12) Por exemplo, STJ. HC n. 12.547/DF. 4ª Turma. DJU de 12.2.2001.

(13) PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Constitucional descomplicado*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2008. p. 97-98.

(14) GOULART, Rodrigo Fortunato; HASSON, Roland. *Op. cit.*, p. 140.

(15) Afirma Ingo Wolfgang Sarlet: “(...) somos levados a crer que a melhor exegese da norma contida no art. 5º, § 1º, de nossa Constituição, é a que parte

É que, nesse casos, possuem, no mínimo, eficácia derogatória dos atos normativos precedentes que divergem de tais direitos fundamentais, além de possuírem eficácia ampla para recepcionar o arcabouço normativo infra-constitucional com eles conforme.

Cabe destacar que a disposição contida no art. 5º, § 1º, da CF, alcança não apenas aqueles direitos elencados no art. 5º, em virtude de sua circunscrição topográfica, mas todos aqueles cuja fundamentalidade ressaia da respectiva natureza, por seu conteúdo (substância) e importância, além da correlação direta com a dignidade da pessoa humana, ainda que elencados em outros dispositivos constitucionais, ou mesmo infra-constitucionais, assim como repercutem nas outras situações que servem como parâmetro constitucional, a exemplo do que sucede com o direito a desconexão.

Exemplos adicionais da direta aplicação dos direitos humanos na esfera das relações individuais de trabalho, afluem dos julgamentos proferidos pelo TST no RR n. 381.531/1997 e no ERR n. 439.041/1988, em que foi assegurada, respectivamente, a reintegração de empregados dispensados com base em motivação discriminatória em virtude de cor e de enfermidade (empregado soropositivo ou portador de HIV/AIDS).

Outrossim, veja-se que o art. 5º, § 2º, da Constituição da República revela cláusula aberta de compreensão dos direitos fundamentais e sua concepção material, ao fixar que

da premissa de que se cuida de norma de natureza principiológica, que, por esta razão, pode ser considerada como uma espécie de mandado de otimização (maximização), isto é, que estabelece para os órgãos estatais a tarefa de reconhecerem, à luz do caso concreto, a maior eficácia possível a todas as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, entendimento sustentado, entre outros, por Gomes Canotilho e entre nós adotado por Flávia Piovesan.” SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. In: *Revista Diálogo Jurídico*, a. I, v. I, n. 1, Salvador, abr. 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br/pdf/REVISTA-DIALOGO-JURIDICO-01-2001-INGO-SARLET.pdf>> Acesso em: 20 jan. 2008. p. 29-30.

“os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Assim, ao rol de direitos inseridos no *catálogo de direitos* fundamentais do Título II da CF (direitos esses tanto material e formalmente *constitucionais* como material e formalmente *fundamentais*), é viável adicionar direitos fundamentais advindos de outras searas, sejam enumerados em outras partes do texto da própria Constituição Federal (direitos material e formalmente *constitucionais*, embora apenas materialmente *fundamentais*, e não formalmente *fundamentais*, por estarem fora do catálogo⁽¹⁶⁾), sejam constantes em outras fontes.

Veja-se que nenhum rol de direitos pode açambarcar o conteúdo dos direitos fundamentais, em virtude de que a dinâmica da realidade social acarreta a necessidade de inclusão de novos direitos, para fazer frente a novas demandas e problemas.

Os direitos fundamentais são, por conseguinte, uma categoria jurídica aberta, do que resulta que o elenco constitucional não é *numerus clausus* (exaustivo), o que se interliga com a circunstância de que, conforme afirma Cristina M. M. Queiroz, assim como não há um elenco taxativo de possibilidades de tutela, igualmente não há um rol hermético dos perigos para a pessoa humana e dos direitos ou dimensões de tutela que lhes concerne.⁽¹⁷⁾

Atente-se, no entanto, conforme bem destaca Jairo Schäfer, que:

(...) a cláusula constitucional que permite a abertura a novos direitos fundamentais deve ser interpretada como tendo função maximizadora da estrutura protetiva fundamental. A busca de direitos não expressamente elencados no Catálogo dos Direitos

(16) Por exemplo, direito ao meio ambiente de trabalho sadio e equilibrado, art. 200, inciso VIII, e 225, caput, da CF.

(17) QUEIROZ, Cristina M. M. *Direitos fundamentais (Teoria geral)*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p. 49.

Fundamentais (sejam eles novos ou não, escritos ou não) deve ser criteriosa, objetivando-se alcançar um padrão mínimo de reconhecimento, para que esta cláusula não se transforme em inimiga dos direitos fundamentais. O elemento essencial à prova da fundamentalidade desses direitos deve residir, em última instância, no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.⁽¹⁸⁾

Tal premissa no âmbito dos direitos trabalhistas é robustecida pelo art. 114, § 2º, da CF e pela dicção da parte final do *caput* do art. 7º da Constituição Federal, o qual giza que “são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, *além de outros que visem à melhoria de sua condição social*”, inclusive sem delimitação acerca da origem de tais direitos.

Nesse sentido, frisa *Hermano Queiroz Júnior*:

Com efeito, resta manifesto que hão de ser reconhecidos como direitos fundamentais sociais dos trabalhadores, não somente aqueles elencados no rol meramente exemplificativo do art. 7º da Constituição, senão também todos os outros que, mesmo que não estabelecidos no Texto constitucional, inclusive aqueles conferidos em sede de legislação infraconstitucional, consoante defendemos, dotados do atributo da fundamentalidade em sentido material, possam ser reconduzidos à dignidade da pessoa humana do trabalhador.⁽¹⁹⁾

O citado posicionamento é reforçado pela disposição contida no art. 4º, inciso II, da CF, no sentido de que o Brasil se rege em suas relações internacionais, dentre outros, pelo princípio da “prevalência dos direitos humanos”.

Como parâmetro destinado à verificação da *fundamentalidade material* de um direito não

constante no Título II da CF, no sentido de atribuir-lhe o mesmo regime jurídico especial dos direitos fundamentais inseridos no catálogo (notadamente aplicabilidade imediata, art. 5º, § 1º, da CF; e intangibilidade, art. 60, § 4º, da CF); pode ser utilizada a verificação, de forma cumulativa, do conteúdo e importância de referido direito⁽²⁰⁾, além de sua correlação direta com a dignidade da pessoa humana⁽²¹⁾, a exemplo do que detêm as categorias normativas expressas no catálogo.

Daí por que, com base na textura aberta material da CF, conforme se extrai dos correspondentes arts. 5º, § 2º, e 7º, *caput*, parte final, e realizando a análise conjugada dos arts. 5º, incisos V e X; 6º; e 7º, incisos XIII, XV, XVII, XXII e XXVII, da CF, é possível ratificar a fundamentalidade material do direito a desconexão, sua eficácia em relação ao Estado e aos particulares e a respectiva aplicabilidade imediata, motivo pelo qual, em sendo vulnerado, abre-se a vereda da justiciabilidade para fins de tutela correspondente.

5. Mecanismos de exigibilidade judicial

Na hipótese de violação persistente e reiterada do direito à desconexão pelo tomador de serviços, será viável a apresentação judicial de ação munida de pedidos de indenização por danos morais e de tutela inibitória voltada para que o empregador se abstenha de praticar a conduta em detrimento do empregado, sob pena de multa diária e outras sanções de natureza processual.

Esse é o norte teleológico da proposição de *Calvet*, embora no que toque à incidência do direito social ao lazer sobre o prisma das relações de trabalho, indicando a possibilidade de ajuizamento de ação pelo trabalhador, com pedido inibitório, na hipótese de inobservância de tal premissa pelo tomador de serviços, assim também de indenização por lesão extrapatrimonial:

(18) SCHÄFER, Jairo. *Classificação dos direitos fundamentais: do sistema geracional ao sistema unitário: uma proposta de compreensão*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 38.

(19) QUEIROZ JÚNIOR, Hermano. *Os direitos fundamentais dos trabalhadores na Constituição de 1988*. São Paulo: LTr, 2006. p. 86.

(20) SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 89 e 103.

(21) QUEIROZ JÚNIOR, Hermano. *Op. cit.*, p. 104.

O lazer é direito social de todos os trabalhadores, subordinados ou não, possuindo dois aspectos: econômico e humano. A todos os trabalhadores reconhece-se a necessidade de uma limitação da duração do trabalho e o direito ao gozo do lazer, o que implica uma alteração na interpretação de institutos previstos na ordem infraconstitucional e na conduta do tomador do serviço, reconhecendo-se a posição jurídica subjetiva ao trabalhador de obtenção de tutela judicial com eventual reparação por dano imaterial sempre que lesionado esse valor, tanto na relação de emprego quanto nas demais relações privadas de trabalho, estas na medida de hipossuficiência do trabalhador. (...)

A eficácia negativa determina que nem o Estado nem o empregador podem lesionar o direito ao lazer, respeitando esse valor tido por fundamental em nosso ordenamento jurídico, eis que reconhecida a eficácia horizontal imediata desse direito.

Já na eficácia positiva, assume o empregado uma posição jurídica subjetiva de postular a tutela jurisdicional sempre que o empregador adotar conduta que ameace ou que lesione seu direito ao lazer, pretendendo no primeiro caso uma tutela inibitória com fixação de multa para que o empregador não adote a referida conduta. Caso operada a lesão, pode o empregado postular a reparação pelo dano causado pelo empregador, sendo certo que no caso tratam-se de valores imateriais que gerarão uma indenização com caráter de compensação, através da já conhecida doutrina do dano moral, arbitrado pelo órgão judicial.⁽²²⁾

O pagamento de indenização por dano moral nas hipóteses reportadas acima, no entanto, não afasta a incidência, *e. g.*, quando se trata de hipótese de teletrabalho ocorrente no bojo de

uma relação de emprego, de consectários trabalhistas específicos, a exemplo do pagamento de horas extras com o respectivo adicional quando houver efetivo controle da jornada de trabalho do teletrabalhador (aspecto que pode ou não estar presente no teletrabalho prestado por empregado) e sejam ultrapassados os parâmetros legais.

No caso do teletrabalho subordinado, veja-se que é viável que esse controle da jornada se dê por meio telemático em decorrência de conexão permanente com a empresa, ou diante da instalação de programa de informática hábil a realizar o monitoramento de toques no teclado, pausas e duração efetiva da atividade, panorama em que não existe disponibilidade de escolha pelo trabalhador dos horários em que exercerá sua labuta.⁽²³⁾

Além disso, nessas situações de teletrabalho com controle da jornada, se houver necessidade de labor em finais de semana ou no período noturno em virtude da demanda das atividades para atender a prazos de entrega estabelecidos pelo polo patronal, fará jus o teletrabalhador à quitação de repouso semanal em dobro (se não houver compensação) e de adicional noturno.⁽²⁴⁾

Não bastasse, nas situações em que é exigido pelo tomador de serviços que, mesmo não estando efetivamente a desempenhar suas atividades, permaneça o trabalhador (seja ele um teletrabalhador ou não) passível de ser contatado por meio de instrumentos de telemática, informática ou telecomunicações, existem precedentes jurisprudenciais no sentido de pagamento de adicional por tempo de sobreaviso (art. 244, § 2º, da CLT), mediante a utilização analógica do teor da Súmula n. 229 do TST⁽²⁵⁾, em que pese a questão não seja pacífica.

(23) BARROS, Alice Monteiro de. *Op. cit.*, p. 325.

(24) *Idem*.

(25) TST. Súmula n. 229. SOBREAVISO. ELETRICITÁRIOS (nova redação) – Res. n. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. Por aplicação analógica do art. 244, § 2º, da CLT, as horas de sobreaviso dos eletricitários são remuneradas à base de 1/3 sobre a totalidade das parcelas de natureza salarial. Histórico: Redação original – Res. n. 14/1985, DJ 19.9.1985 e 24, 25 e

(22) CALVET, Otávio Amaral. *O direito ao lazer nas relações de trabalho*. Disponível em: <http://www.calvo.pro.br/artigos/otavio_calvet/otavio_calvet_direito_ao_lazer.pdf> Acesso em: 1º fev. 2009. p. 2.

Note-se: não se trata nesse caso do efetivo desempenho das atividades, mas da necessidade de disponibilidade do trabalhador para potencial contato para realização do serviço, a critério do empregador, sendo que, apesar de não ser exigida a permanência do obreiro em casa, restringe-se o seu deslocamento somente a localidades em que tais tecnologias funcionem, o que acarreta, em termos práticos, monitoramento. Também não se trata de regime de plantão, que tem conotação diversa.

A corrente que defende a possibilidade do pagamento do adicional em razão do sobreaviso, a qual se concebe como mais adequada, tem esteio na circunstância de que não há integral disponibilidade ao trabalhador (teletrabalhador ou não) de sua liberdade para utilizar o tempo de descanso, existindo limitação ao deslocamento para qualquer local que lhe aprouver, ao que se acresce que a expectativa pelo potencial chamado, com término do lazer, impede a tranquilidade do estado de ânimo para fruição do período destinado ao repouso.

Importante considerar que a necessidade de disponibilidade tecnológica ou virtual aí permanece, com mitigação da liberdade de ir e vir, sendo os novos tempos diferentes daqueles em que se fixou que o trabalhador, para fins de percepção de adicional de sobreaviso, deveria permanecer em casa aguardando ordens. Tecnologias como o celular e o *pager* à época do advento da CLT não existiam, sendo àquele momento inconcebíveis mecanismos dessa natureza que hoje tornam possível o monitoramento à distância do empregado pelo tomador de serviços.

6. Hermenêutica constitucional concretizadora dos direitos fundamentais

Quanto ao reconhecimento da existência do direito a desconexão, incide hermenêutica

26.9.1985; N. 229 – Sobreaviso – Eletricitários. Por aplicação analógica do art. 244, § 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho, as horas de sobreaviso dos eletricitários são remuneradas à razão de 1/3 do salário normal.

constitucional concretizadora dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, importantes os vetores da Unidade da Constituição⁽²⁶⁾, da Concordância prática⁽²⁷⁾ e da Força normativa da Constituição⁽²⁸⁾, formulados por *Konrad Hesse*, a serem manuseados para compreensão constitucional, sem desconsiderar o papel destacado quanto à questão desempenhado pela máxima da proporcionalidade (em suas três parciais, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito)⁽²⁹⁾.

(26) Conforme Rodrigo Meyer Bornholdt, “ao princípio da unidade da Constituição repugna a ideia de que quaisquer de seus dispositivos possa ser tomado como letra morta. Não há uma hierarquia na Constituição: tanto seus princípios como suas regras situam-se num mesmo patamar hierárquico, desfrutando de igual eficácia”. BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. *Métodos para resolução do conflito entre direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 177.

(27) Quanto ao vetor da concordância prática, Rodrigo Meyer Bornholdt pontua que, “por sua vez, tendo em vista a inexistência de hierarquia, o princípio da concordância prática busca encontrar uma solução compromissória entre dispositivos constitucionais que, em face de uma concreta situação, encontram-se contrapostos. (...) A distinção, feita por *Ulli Rühl*, entre esse princípio e o da proporcionalidade é bastante plausível. Enquanto a concordância prática, considerada estritamente, servirá para otimização em abstrato dos direitos (ou dos bens jurídicos em jogo), permitindo sua inserção no caso concreto, o princípio da proporcionalidade representará a efetiva ponderação no caso concreto, com as necessárias compressões de direitos”. *Ibidem*, p. 178-179.

(28) Consoante Flávia Moreira Guimarães Pessoa, o princípio da Força Normativa da Constituição “pugna que se dê preferência à solução dos problemas jurídico-constitucionais que conduzam à máxima efetividade da norma constitucional. De acordo com o princípio da máxima efetividade, o intérprete constitucional deve ter compromisso com a efetividade da constituição de forma que, entre interpretações possíveis, deverá preferir aquela que permita a atuação da vontade constitucional, evitando-se ao máximo soluções que se ‘refugiem no argumento da não autoaplicabilidade da norma ou na ocorrência de omissão do legislador’ (BARROSO; BARCELOS, 2006. p. 364)”. PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. A globalização e concretização dos direitos trabalhistas fundamentais. In: *Revista Jurídica da AMATRA da 17ª Região*, Vitória, v. 5, n. 9, p. 21, 2008.

(29) Quanto à propriedade do uso da expressão “máxima”, em lugar de “princípio”, explica Gabriela Neves

Quanto à hermenêutica concretizadora dos direitos fundamentais, Flávia Piovesan aponta a necessidade também de manuseio das interpretações teleológica (no sentido de maximizar, e não reduzir os direitos humanos); efetiva (no sentido da efetividade ótima dos direitos); dinâmica e evolutiva (voltada para vivificar o instrumento e não fossilizá-lo); bem como para a máxima da proporcionalidade em sua tríplice dimensão (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito).

Necessário destacar que a seara dos direitos fundamentais no trabalho é solidificada no denominado bloco de constitucionalidade, do qual fazem parte: a) direitos fundamentais constantes no próprio corpo da Constituição (sejam eles trabalhistas específicos ou trabalhistas não específicos), constantes no catálogo, Título II da CF; b) direitos fundamentais constantes no próprio corpo da Constituição (sejam eles trabalhistas específicos ou trabalhistas não específicos), embora dispersos pelo texto da norma constitucional, portanto, fora do catálogo (e.g., arts. 200, inciso VIII, e 225, *caput*, da CF); c) direitos fundamentais plasmados em convenções e tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados pelo Brasil nos termos do procedimento mais rigoroso descrito no art. 5º, § 3º, da CF (aprovados por 3/5 dos votos dos respectivos membros, em dois turnos, em cada Casa do Congresso Nacional), portanto, equivalentes às emendas constitucionais; d) direitos materialmente fundamentais, situados em tratados ou convenções internacionais sobre direitos humanos ratificados pelo Brasil

Delgado que aquela corresponde, de modo preciso, à identificação das características da proporcionalidade, já que princípio é algo passível de sofrer ponderação, o que não acarretará, em qualquer hipótese, a perda de sua validade. Complementando-se tal assertiva é possível afirmar que a máxima, por outro lado, incide ou não incide. De efeito, quando se trata de proporcionalidade, esta aplica-se à hipótese ou não, motivo pelo qual o resultado obtido será resultado de uma análise pautada pelos critérios correspondentes. Não há meia proporcionalidade. DELGADO, Gabriela Neves. *Direito fundamental ao trabalho digno*. São Paulo: LTr, 2006. p. 66-67.

por meio de procedimento menos rigoroso que aquele estabelecido no art. 5º, § 3º, da CF, ou seja, somente com base nos arts. 49, inciso I, e 84, inciso VIII, da CF, com *status* de norma constitucional, que advém de seu conteúdo, importância e correlação com a dignidade da pessoa humana, dada a cláusula de abertura constante no art. 5º, § 2º, da CF; e e) direitos materialmente fundamentais, situados no plano infraconstitucional, que têm referida qualidade em virtude de seu conteúdo, importância e correlação com a dignidade da pessoa humana, com base na cláusula de abertura constante no art. 5º, § 2º, da CF (arts. 9º e 468 da CLT).

Veja-se que a tais direitos, dotados de fundamentalidade, é destinado o tratamento previsto no art. 5º, § 1º, da CF, que reza que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, do que ressaí a respectiva imperatividade.

No particular, dada a existência de direitos fundamentais que, apesar de tal regra, resultam por ter sua eficácia limitada, destacada a importância da jurisdição constitucional, seja no controle difuso (qualquer juiz ou Tribunal) seja no controle concentrado (STF), no sentido de dar azo a hermenêutica que preserve a dignidade do trabalhador e normas a ele correlatas e a inclusão social pelo trabalho.

7. Enfoque jurisprudencial

Embora não se tenham referido diretamente ao direito a desconexão, tampouco utilizado tal nomenclatura, cabe difundir, dada a respectiva pertinência e relevância para o tema, os fundamentos objeto de recente julgado do Tribunal Superior do Trabalho, conforme notícia divulgada no respectivo *site* em 12.5.2009.

Na hipótese, reconheceu-se que a interferência em relação ao período de descanso do empregado, com a necessidade de sua disponibilidade ininterrupta, por meio de tecnologias a distância, ocasiona como repercussão o pagamento de adicional de sobreaviso:

Encarregado de vendas ganha sobreaviso por uso do celular

Um encarregado de vendas da SPAIPA S.A. Indústria Brasileira de Bebidas, de Londrina (PR), conseguiu na Justiça do Trabalho o direito a receber adicional de sobreaviso por ser acionado, por celular, para atender chamados fora de seu horário de expediente. A condenação foi mantida pela Quinta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, que rejeitou recurso de revista da empresa. Embora a jurisprudência do TST seja no sentido de rejeitar o adicional nessas circunstâncias, o relator, ministro Emmanoel Pereira, considerou que, no caso julgado, ficou claro que a empresa obrigava o encarregado a permanecer com o celular ligado no período noturno e nos fins de semana, no aguardo de chamados para soluções de problemas no âmbito da empresa.

Na inicial da reclamação trabalhista, o encarregado informou que “era compelido a usar o celular, permanecendo à disposição do empregador nos horários que não estava efetivamente trabalhando”. O pedido do adicional de sobreaviso foi rejeitado pela 5ª Vara do Trabalho de Londrina (PR): o juiz considerou não haver prova de que o trabalhador fosse obrigado a permanecer em casa, à disposição do empregador, aguardando chamada de retorno ao serviço.

Este entendimento, porém, foi reformado pelo Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. “De fato, o uso do BIP acarreta cerceamento da liberdade do empregado para usufruir, como quiser, das horas destinadas ao repouso”, afirmou o TRT. “A expectativa que se cria com a possibilidade de um chamado influi, sem dúvida, pois, embora seja viável o deslocamento do trabalhador, não se exclui a obrigatoriedade de permanecer acessível e disponível para o trabalho. O repouso, portanto, não é completo”.

O Regional baseou-se nos relatos de testemunhas, reproduzidos no acórdão, que demonstraram o uso do BIP em horários noturnos. Um dos depoentes afirmou que o encarregado era constantemente contatado para resolver problemas que ocorriam durante as rotas de entrega e distribuição, como erros na emissão de notas fiscais,

devolução de mercadorias, concessão de descontos a clientes, etc. Esses contatos ocorriam inclusive no período noturno, já que havia serviços de entrega e distribuição à noite.

Em seu voto, o ministro Emmanoel Pereira considerou que o quadro revelado pelo TRT/PR era diverso daquele previsto na Orientação Jurisprudencial n. 49 da SDI-1. A OJ n. 49 diz que o uso de BIP, por si só, não caracteriza o regime de sobreaviso, “uma vez que o empregado não permanece em sua residência aguardando, a qualquer momento, convocação para o serviço”. O ministro Emmanoel, porém, ressaltou que, se há o uso associado à limitação de ir e vir do trabalhador, a situação ganha outros contornos. “É essa peculiaridade que está descrita pelo Regional, que afirma que o trabalhador tinha a liberdade de ir e vir limitada ‘no que concerne à distância e dificuldade de acesso dos eventuais locais que pretenda visitar ou frequentar, ou, simplesmente, estar’. Como se observa, o caso dos autos é diverso da proposição constante da OJ n. 49”, concluiu. (RR n. 37791/2002-900-09-00.8).⁽³⁰⁾

Na mesma direção, ementa de julgado do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região (São Paulo):

JORNALISTA PROFISSIONAL. TEMPO À DISPOSIÇÃO DO EMPREGADOR. DIREITO À REMUNERAÇÃO. O contrato de trabalho é oneroso, sinalagmático e comutativo, não sendo possível que se comine ao empregado a obrigação de permanecer em condição de ser prontamente acionado fora do horário contratual de trabalho, com todas as repercussões em sua vida pessoal e familiar que tal disponibilidade lhe acarreta, e não seja remunerado por essa apropriação de sua intimidade, descanso

(30) BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Encarregado de vendas ganha sobreaviso por uso do celular*. Notícia veiculada na internet. Disponível em: <http://www.ext02.tst.jus.br/pls/no01/NO_NOTICIASNOVO.Exibe_Noticia?p_cod_noticia=9211&p_cod_area_noticia=ASCS&p_txt_pesquisa=encarregado%20de%20vendas> Acesso em: 13 maio 2009.

e lazer, que se materializa em claro tempo de alienação em prol dos interesses econômicos do empreendedor.

Tanto o regime de prontidão como o de sobreaviso (respectivamente, §§ 3º e 2º, do art. 244, da CLT) são expressões legais exemplificativas da teoria da alienação, desvinculando claramente a ideia da jornada como tempo de trabalho direto, efetivo, e harmonizando-se perfeitamente com a feição onerosa do contrato de trabalho vez que não se admite tempo à disposição, de qualquer espécie, sem a respectiva paga. *In casu*, não tendo a reclamada contestado explicitamente o fato do uso do BIP e do telefone residencial como meios de convocação do jornalista, e restando incontroverso que o reclamante cumpria plantão à distância, em sua residência, aguardando convocação da redação, no período das 22h às 05h, sendo efetivamente chamado pela empresa fora do expediente normal de trabalho, faz jus ao plus salarial de um terço pelo tempo posto à disposição do empregador, com aplicação direta do art. 4º da CLT, e bem assim, do art. 244, § 2º da CLT, este último por analogia autorizada pelo art. 8º da CLT e pela jurisprudência sumulada do TST (Súmula n. 229).⁽³¹⁾

Em sentido contrário, existe corrente que defende o descabimento do pagamento por sobreaviso, apoiando-se na literalidade da Orientação Jurisprudencial n. 49 da SBDI-1 do TST:

OJ n. 49 da SBDI-1 do TST. HORAS EXTRAS. USO DO BIP. NÃO CARACTERIZADO O “SOBREAVISO” – DJ 20.4.2005. O uso do aparelho BIP pelo empregado, *por si só*, não caracteriza o regime de sobreaviso, uma vez que o empregado não permanece em sua residência aguardando, a qualquer momento, convocação para o serviço.

De todo modo, vale atentar que, mesmo no bojo de tal verbete, aparece a ressalva de que o simples uso do instrumento ali citado, *por si só*,

não acarreta o regime de sobreaviso, sendo que, *a contrario sensu*, sendo evidenciados outros elementos, a exemplo da demonstração no caso concreto do contingenciamento da liberdade, deduz-se a possibilidade de incidência da mencionada compensação pecuniária adicional na hipótese.

Como se vê, a alteração da dinâmica da sociedade produz o reconhecimento de novos direitos, ou manifestações de direitos outros sob renovada roupagem, o que amplia o bloco de constitucionalidade nas relações de trabalho, que é majorado substancialmente pela incorporação de novas fontes, como tal entendido o paradigma de confronto a ser utilizado seja para a aferição de constitucionalidade, seja para o assecuramento da dignidade da pessoa humana, tanto no que diz respeito à criação como à interpretação e à execução das normas, sempre no sentido de acrescer outros direitos fundamentais decorrentes da dinâmica social àqueles direitos já outrora reconhecidos e declarados, sem prejuízo logicamente da alteração qualitativa quanto ao significado, alcance e sentido que são atribuídos aos direitos no decorrer da história.

Para tanto, indispensável a postura concretizadora dos direitos fundamentais, seja em sede de controle concentrado (STF) seja em seara de controle difuso (qualquer juiz ou Tribunal), inclusive a fim de que eventual argumento de óbices à regulamentação (nas hipóteses de direitos sujeitos à concreção legislativa) ou à concretização (nas hipóteses de direitos que detenham caráter prestacional preponderante), não exsurjam como caminho para a frustração dos direitos fundamentais integrantes do bloco de constitucionalidade, no sentido de dar azo à hermenêutica que preserve a dignidade do trabalhador e normas a ele correlatas e a inclusão social pelo trabalho.

8. Considerações finais

O direito a desconexão surge sob o invólucro dos novos tempos. A disseminação das tecnologias torna possível seja o trabalhador subordinado

(31) TRT 2ª Região. 4ª Turma. RO n. 01333. 1998.040.02.00.7. Relator Ricardo Artur Costa e Trigueiros. Cláudio Maurício Alfredo x Rádio Eldorado Ltda. Origem: 40ª VT de São Paulo. J. em 30.8.2005. DJ de 13.9.2005.

(teletrabalhador ou não) contatado instantaneamente mesmo em seus períodos de repouso, ocasionando-lhe embaraço na fruição plena do direito fundamental ao descanso (indispensável à recuperação de suas potencialidades física e psíquica), interferindo também na fruição do direito fundamental social ao lazer, circunstâncias que, se reiteradamente renovadas, geram pretensão passível de ser apresentada judicialmente no sentido de exigir-se que o tomador de serviços se abstenha de protagonizar atos dessa natureza, com a cominação de multa para a hipótese de descumprimento e, se for o caso, indenização por dano de natureza extrapatrimonial. Referidas medidas não afastam, contudo, a incidência do pagamento de consectários trabalhistas típicos (horas extras, sobreaviso ou prontidão) que também forem devidos, a depender do caso concreto.

A sedimentação da figura do direito à desconexão, objetivando fortalecer a tutela dos direitos fundamentais nas relações de trabalho, demanda hermenêutica constitucional concretizadora que assegure sua aplicação imediata e realce o viés de fundamentalidade material desse direito, imprimindo a correlata observância nas relações privadas e com o Estado, assim também sua cognição inclusive, em sendo necessário, com seus contornos e consectários, em esfera judicial.

Afinal, como nota *Oscar Ermida Uriarte*, o reconhecimento da normatividade jurídica dos direitos humanos (aqui analisados sob a ótica de direitos positivados na Constituição de dado Estado, sendo, pois, direitos fundamentais), sua aplicação ao direito, sua interpretação extensiva e não restritiva, só tem sentido, só torna-se realidade, se o Judiciário o aplica⁽³²⁾ na realidade da vida, o que, ora se acresce, tem substrato e potência na atuação dos demais atuantes na

(32) URIARTE, Oscar Ermida. A aplicação judicial das normas constitucionais e internacionais sobre direitos humanos trabalhistas. In: *Fórum internacional sobre direitos humanos e direitos sociais*. São Paulo: LTr, 2004. p. 280-293.

sfera jurídica, poderes públicos, sociedade civil e destinatários das normas trabalhistas.

9. Referências bibliográfias

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2007.

BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. *Métodos para resolução do conflito entre direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Encarregado de vendas ganha sobreaviso por uso do celular*. Notícia veiculada na internet. Disponível em: <http://www.ext02.tst.jus.br/pls/no01/NO_NOTICIASNOVO.Exibe_Noticia? p_cod_noticia=9211&p_cod_area_noticia=ASCS&p_txt_pesquisa=encarregado%20de%20vendas> Acesso em: 13 maio 2009.

CALVET, Otávio Amaral. *O direito ao lazer nas relações de trabalho*. Disponível em: <http://www.calvo.pro.br/artigos/otavio_calvet/otavio_calvet_direito_ao_lazer.pdf> Acesso em: 1º fev. 2009.

DELGADO, Gabriela Neves. *Direito fundamental ao trabalho digno*. São Paulo: LTr, 2006.

FLORES, Joaquín Herrera. *La reinvencción de los derechos humanos*. Sevilla: Atrapasueños, 2008.

GOULART, Rodrigo Fortunato; HASSON, Roland. A eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações de trabalho. *Revista Trabalhista Direito e Processo*, São Paulo, v. 7, n. 25, jan./mar. 2008.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Do direito à desconexão do trabalho*. Disponível em: <http://trt15.gov.br/escola_da_magistratura/Rev23Art17.pdf> Acesso em: 5 abr. 2009.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção jurídica à saúde do trabalhador*. 4. ed. ampl. e atual. São Paulo: LTR, 2002.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Constitucional descomplicado*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. A globalização e concretização dos direitos trabalhistas fundamentais. *Revista Jurídica da AMATRA da 17ª Região*, Vitória, v. 5, n. 9, 2008.

QUEIROZ, Cristina M. M. *Direitos fundamentais (Teoria geral)*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

QUEIROZ JÚNIOR, Hermano. *Os direitos fundamentais dos trabalhadores na Constituição de 1988*. São Paulo: LTr, 2006.

RESEDÁ, Salomão. O direito à desconexão — uma realidade no teletrabalho. *Revista LTr*, São Paulo, n. 71-07, p. 820-829, jul. 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*,

Salvador, a. I, v. 1, n. 1, abr. 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br/pdf/REVISTA-DIALOGO-JURIDICO-01-2001-INGO-SARLET.pdf>> Acesso em: 20 jan. 2008.

SCHÄFER, Jairo. *Classificação dos direitos fundamentais: do sistema geracional ao sistema unitário: uma proposta de compreensão*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SCHIAVI, Mauro. *Proteção jurídica à dignidade da pessoa humana do trabalhador*. Disponível em: <http://www.lacier.com.br/artigos/protecao_juridica.doc>.

O *valor* trabalho como dimensionador da personalidade⁽¹⁾

Francisco Meton Marques de Lima^(*) e Francisco Péricles Rodrigues Marques de Lima^(**)

Resumo:

- Uma sociedade organizada apoia-se sobre três suportes: a oração, o trabalho e a educação. Neste artigo, defende-se o Trabalho como *valor*, responsável pela disciplina social e geração de riquezas e de tributos. A Constituição de 1988 reforça o *trabalhismo* e acrescenta muitas garantias às de antanho; porém, logo em seguida à sua promulgação, se esfacela a União Soviética e realiza-se o Consenso de Washington, cujos acontecimentos culminam por ditar uma nova ordem econômica mundial: a Globalização neoliberal, embalada na flexibilização e na retórica dos direitos humanos. Essa nova ordem caracteriza-se pelo desprezo ao valor do trabalho, abrindo ensanchas à corrida materialista em busca do ganho fácil, da riqueza imediata, em detrimento da virtude, da perseverança e da temperança. Urge, portanto, se desperte para a necessidade de resgatar o *valor* do trabalho como instrumento de realização espiritual, elemento essencial da personalidade.

Palavras-Chave:

- Trabalho — valor — riqueza — neotrabalhismo — mudança social — ideologia — justiça — justiça social ou da Constituição de 1988 — impacto das Emendas Constitucionais ns. 21/1999 e 42/2004.

Índice dos Temas:

- 1. As injustiças não combatidas geram a violência
► 2. O trabalho como valor econômico
► 3. O trabalhismo
► 4. A crise
► 5. O neotrabalhismo
► 6. Considerações finais
► 7. Referências bibliográficas

(*) Professor associado da UFPI. Desembargador do TRT 22ª Região, Mestre em Direito e Desenvolvimento (UFC), Doutor em Direito Constitucional (UFMG). Membro-fundador da Academia Cearense de Direito do Trabalho. Membro da Academia Piauiense de Letras Jurídicas.

(**) Bacharel em Direito pela UFC.

(1) Este artigo repercute em grande parte o material que compõe a obra *Repensando a doutrina trabalhista*, de autoria de Francisco Meton Marques de Lima, Francisco Gérson Marques de Lima, Sandra Helena Lima Moreira e prefaciada pelo Ministro Lélío Bentes Monteiro. Trata-se de uma semente do que poderá vir a ser uma grande ideia.

1. As injustiças não combatidas geram a violência

Todo mundo tem a cara do trabalho que faz. Alguns já encarnam a aparência da profissão que apenas pretendem seguir. Outros seguem a profissão que não haviam sonhado, mas ficam com a cara torcida do início até a conformação definitiva. Daí o valor do trabalho, tão forte que molda até as personalidades. Na outra vertente, a personalidade das pessoas conduz para a escolha profissional.

O trabalho constitui a maior preocupação de todos os países do mundo; a falta de trabalho, o maior problema de todos os países. O maior desejo de todos os cidadãos é de conseguir um trabalho digno e bem remunerado; e o maior pavor de todos é de perder o emprego. A política de emprego e de salário emplaca e desbanca governos, conforme bem ou mal sucedida. O trabalho ocupa grande lastro do Código Civil, da legislação empresarial, da estrutura agrária, do direito econômico, do direito tributário, do direito administrativo. Portanto, trabalho é coisa muito séria. E, como tal, deve ocupar o centro das preocupações cidadãs.

Personalidade origina-se da máscara *persona*, com a qual os atores gregos e romanos se apresentavam nos anfiteatros, composta de um metal que lhes potencializava e definia o timbre da voz. O vocábulo evoluiu para designar o próprio personagem teatral; avançando mais tarde para definir a pessoa humana. Logo, a personalidade designa o aspecto exterior de cada ente humano em suas relações jurídicas e sociais, como sujeito de direitos e obrigações. É, portanto, uma categoria ôntica, que atua com as aparências do ser, com o homem fenomênico. Define o homem como ele se apresenta em sociedade, não penetrando no interior psicológico nem na dimensão ontológica.

Nessa perspectiva, a “pessoa” ainda guarda o sentido de máscara ou disfarce, visto que o “personagem” de cada um em sociedade não guarda fidelidade ao “personagem” interior do indivíduo. Em consequência, a *persona* atual,

como já terá dito alguém, poderá ser interpretada como a máscara com que cada indivíduo se apresenta e atua no palco do grande teatro da vida.

E dentro dessa atuação no palco da vida, seu papel principal é desempenhado no trabalho. O trabalho está intimamente ligado à personalidade do indivíduo. Ora o trabalho molda a personalidade, ora é moldado por ela. Cada trabalho carrega as cores da personalidade que o concebeu e o executou. Cada pessoa se identifica com uma espécie de trabalho, lícito ou não. Uma dada sociedade tem a cara do trabalho de cada pessoa, das gerações passadas e presentes.

Com isto, demonstra-se a importância do trabalho na moldagem da personalidade. Engels, embasado em densa argumentação fisiológica, sustenta que primeiro veio o trabalho, depois dele a palavra articulada, porque a necessidade é que cria o órgão, e a necessidade de falar proporcionou o desenvolvimento da fala e daí para o desenvolvimento do cérebro. Portanto, o órgão propulsor do cérebro foi a mão:

A comparação com os animais mostra-nos que essa explicação da origem da linguagem a partir do trabalho e pelo trabalho é a única acertada.

(...)

E o que voltamos a encontrar como sinal distintivo entre a manada de macacos e a sociedade humana? Outra vez, o trabalho⁽²⁾.

No entanto, o valor do trabalho vem sendo menosprezado. Ainda se insiste em tratá-lo como algo componente apenas da lucratividade e não como o elemento intrínseco da personalidade humana. Confunde-se, em outro viés, o ganhar a vida mediante o emprego de artifícios, “espertezas”, golpes e amenidades corporais com o trabalho.

Por outro ângulo, a tutela do trabalho se desintegra e a sociedade parece apática a esse

(2) ENGELS. *Sobre o papel do trabalho na transformação do macaco em homem*. Escrito em 1876 e publicado pela primeira vez em 1896. *Apud* Ricardo Antunes (Org.) de *A Dialética do Trabalho*, de Marx e Engels. São Paulo: Expressão Popular, 2004.

problema. Tal postura desestimula o interesse pelo trabalho e favorece a violência. Será que não se percebe que o germe de toda a luta fratricida social está nas relações de trabalho? Que a relação de trabalho sempre foi a fonte das injustiças sociais? Que, em consequência, este é o germe da violência social que campeia no Brasil atual? Que foi a escravidão, a servidão, a relação liberal dos anos oitocentos, a relação de trabalho rural nas fazendas do Brasil que germinaram as guerras, as revoluções no mundo e o cangaço no Brasil?

A indiferença é uma qualidade abominável. Registra Dante Alighieri que o Céu repudia o ignavo e o inferno não o aceita, por ser um oportunista, que vive do suor e do sangue alheios⁽³⁾. E a sociedade brasileira cai indiferente à violência que o desprezo pelo valor do trabalho vem causando.

Sim senhor! O Brasil vive uma guerra civil, entre o cidadão e o delinquente. Ressuscitou o cangaço. Um cangaço urbano, muito mais cruel, sem religião e sem coração, sem humanidade e sem piedade. É uma guerrilha apoiada no tráfico de drogas, na exploração sexual, no contrabando, no roubo de cargas e tudo o mais de mau. Esse submundo arrebanha um exército de desempregados, subempregados, crianças, adolescentes e idosos a seu serviço. A falta de expectativas pelos caminhos lícitos leva muitas criaturas à triste alternativa. Como diz Dom Hélder Câmara, a violência prospera quando as injustiças não são combatidas.

A propósito, é sintomática a transcrição abaixo, de uma suposta entrevista que o traficante Marcola terá prestado a um jornalista da Rede Globo e que circulou nos maiores jornais e revistas do País:

Estamos todos no inferno. Não há solução; pois não conhecemos nem o problema.

— Você é do PCC?

— Mais que isso, eu sou um sinal de novos tempos. Eu era pobre e invisível... Vocês

nunca me olharam durante décadas... E antigamente era mole resolver o problema da miséria... O diagnóstico era óbvio: migração rural, desnível de renda, poucas favelas, ralas periferias... A solução é que nunca vinha... Que fizemos? Nada. O governo federal alguma vez colocou verba para nós? E nós só aparecíamos nos desabamentos do morro e nas músicas românticas sobre “a beleza dos morros ao amanhecer”, essas coisas... Agora, estamos ricos com a multinacional do pó. E vocês estão morrendo de medo... Nós somos o início tardio de vossa consciência social... Viu? Sou culto... Leio Dante na prisão...

— Mas... A solução seria...

— Solução? Não há mais solução, cara... A própria ideia de solução já é um erro. Já olhou o tamanho das 560 favelas do Rio? Já andou de helicóptero por cima da periferia de São Paulo? Solução como? Só viria com muitos bilhões de dólares gastos organizadamente, com um governante de alto nível, uma imensa vontade política, crescimento econômico, educação, urbanização geral; e tudo teria de ser sob a batuta quase que de uma “tirania esclarecida”, que pulasse por cima da paralisia burocrática secular, que passasse por cima do Legislativo cúmplice (ou você acha que os 287 sanguessugas vão agir? Se bobear, vão roubar até o PCC...) e do Judiciário, que impede punições. Teria de haver uma reforma radical do processo penal do país, teria de haver comunicação e inteligência entre polícias municipais, estaduais e federais (nós fazemos até *conference calls* entre presídios...). E tudo isso custaria bilhões de dólares e implicaria numa mudança psicossocial profunda na estrutura política do país. Ou seja: é impossível. Não há solução.

— Você não tem medo de morrer?

— Vocês é que têm medo de morrer, eu não. Aliás, aqui na cadeia vocês não podem entrar e me matar... Mas eu posso mandar matar

(3) ALIGHIERI, Dante. *A divina Comédia*. Canto III.

você lá fora... Nós somos homens-bomba. Na favela tem cem mil homens-bomba... Estamos no centro do insolúvel mesmo... Vocês no bem e eu no mal e, no meio, a fronteira da morte, a única fronteira. Já somos uma outra espécie, já somos outros bichos, diferentes de vocês. A morte para vocês é um drama cristão numa cama, no ataque do coração... A morte para nós é o presunto diário, desovado n'uma vala... Vocês intelectuais não falavam numa luta de classes, em "seja marginal, seja herói"? Pois é: chegamos, somos nós! Há, há... Vocês nunca esperavam esses guerreiros do pó, né?

(...)

— Mas... não haveria solução?

— Vocês só poderão chegar a algum sucesso se desistirem de defender a "normalidade". Não há mais normalidade alguma. Vocês precisam fazer uma autocritica da própria incompetência. Mas vou ser franco... Na boa... Na moral... Estamos todos no centro do insolúvel. Só que nós vivemos dele e vocês... Não têm saída. Só a merda. E nós já trabalhamos dentro dela. Olha aqui, mano, não há solução. Sabe por quê? Porque vocês não entendem nem a extensão do problema. Como escreveu o divino Dante: "Lasciate o gna speranza voi Che entrate!" Percam todas as esperanças. Estamos no inferno.⁽⁴⁾

Certo que seria a visão de um já degenerado social, mas que fornece um norte para planejamento de políticas públicas continuadas, de curto, médio e longo prazos, para resolver o problema social noticiado. E não é segredo. Todo o cinturão de pobreza das cidades e a miséria do interior são compostos de operários, de filhos de operários, enfim, de sociedades operárias. E, sem dúvida, qualquer política nesse sentido tem de passar pela promoção do valor "trabalho" como instrumento redentor do indivíduo e das comunidades.

(4) Disponível em: <<http://www.ternuma.com.br/marcola.htm>>. Trata-se de uma suposta entrevista do traficante Marcola, que poderá não ter acontecido, mas apenas imaginada pelo jornalista Arnaldo Jabor.

De tanto ver prosperar a injustiça de toda ordem, perdemos o senso crítico do que é certo e do que é errado. Até desconfiamos, mas de tanto o Estado apoiar e em virtude de tamanha passividade social, passamos a achar "normais" muitos absurdos. Mas não era para menos. Durante 400 anos foi "normal" a escravidão no Brasil; sucederam 40 anos de servidão sob a oligarquia rural e foi considerado "normal"; ainda hoje é "normal" se possuir grandes glebas de terra para nada produzir, enquanto levas de trabalhadores perambulam sem terra.

Dentre tantas anormalidades, será justo o sistema de despedida imotivada do trabalhador? Onde fica a consideração do valor da pessoa humana? Onde fica o espírito de solidariedade social? Onde fica a função social da empresa? De tão "normal" essa situação, os constitucionalistas teóricos dos direitos humanos nem tocam nessa ferida, é como se ela não existisse. Ora, é a injustiça para com os trabalhadores que caracteriza a mais extensa e ostensiva agressão aos direitos humanos dos nacionais. Será "normal" que o Estado tenha que arcar com a preparação de toda a mão de obra para fornecer às empresas? Será normal o poder público financiar, subsidiar, dar incentivos fiscais a determinados setores empresariais, com dinheiro haurido nas reservas trabalhistas, como veremos abaixo, e não exigir a manutenção dos empregos?

Por outro lado, será normal o Governo "tomar" todas as economias que seriam destinadas à instalação inicial das empresas, com tanta burocracia? Serão normais tamanha carga tributária e tantas espécies fiscais? Por isso *Celso Bastos* dizia que a Federação não cabe no orçamento nacional. É grande demais, com quase seis mil unidades federadas, das quais, no entanto, menos de mil são autossustentáveis.

Certo é que há uma criminalidade divorciada da condição social do delinquente. Porém, essa se enquadra na reserva criminal de toda sociedade normal. Mas o que está acontecendo no Brasil beira à degeneração social. O cidadão vive atrás das grades para se proteger dos delinquentes.

Não pode ser tolerado. Algo tem que ser feito. Leio uma coluna⁽⁵⁾ segundo a qual Recife registra 90,5 homicídios por 100 mil habitantes; Belo Horizonte, 56,6; Rio de Janeiro, 44,8; Curitiba, 44,7, e assim por diante. O Iraque é aqui!

É verdade também que a sociedade brasileira padece de grave chaga moral. Floresce uma moralidade social calcada em valores inferiores. É dada muita ênfase à mediocridade da “BBBização” da sociedade, à música sem letra, mas só apelação, a movimentos obscenos intitulando-se de cultural, a certos esteriótipos degenerados.

Tudo, por falta de uma formação moral calcada no bom exemplo, na ocupação, na fé, na família e, sobretudo, no *trabalho*. O *krátos* governante (poder político), por sua vez, diz Mário Ferreira dos Santos, determina, é determinado e determinante do *krátos* social, ou seja, o povo tende a incorporar a conduta predominante dos governos e a eleger semelhantes.⁽⁶⁾

Há, assim, uma escala de valores predominantemente religiosa, quando a classe sacerdotal e dos homens virtuosos dominam o *krátos*; há uma escala predominantemente ética, quando está nas mãos da aristocracia; uma escala predominantemente utilitária, quando o *krátos* cabe aos homens de negócios, e uma escala utilitária viciosa, quando aquele cai nas mãos dos céсарes, no momento histórico em que a massa dos servidores é utilizada como base para o domínio dos aventureiros que ensanguentaram sempre as páginas da História.

De fato, os valores da sociedade brasileira escorrem nos úmidos tubos de esgotos de uma moral derrotada em todos os níveis sociais, cada classe puxando para o seu mais negativo. A classe média tradicional foi destruída, subindo e ocupando seu lugar outra classe sem

um lastro aristocrático. Ao lado dos sem nada, tomam as principais posições de mando público e privado outros “sem” (sem-pudor, sem-vergonha, sem-escrúpulo).

O exemplo do governo como um todo não tem sido dos mais felizes, tendo alimentado a imprensa com os fenômenos do mensalão, do dólar na cueca, das malas de dinheiro, da operação sanguessuga, do luz para todos, dos cartões corporativos, da relação espúria do BNDES com centrais sindicais que apoiam o Governo, das relações promíscuas do governo com empresas, dos atos secretos do Senado, disso e daquilo.⁽⁷⁾ Heranças antigas, mas, agora, feitas às escâncaras. E impunes, apesar de um alvoroço inicial! Nesse despencar de valores, exemplo vindo de cima, do ganho fácil de grandes quantias que não retornaram aos cofres públicos, onde fica o valor do trabalho? Qual o estímulo que as pessoas simples recebem para acreditarem no trabalho?

Religião, educação e trabalho são os três principais instrumentos de construção e difusão de

- (5) FREITAS FILHO, Roberto Gonçalves. Os desafios da segurança pública. In: *Revista Direito Hoje*, Ano 1, n. 1, p. 12, 2008. Aqui, o autor transcreve dados obtidos do Jornal *O Povo*, de Fortaleza, do dia 1º.2.2008.
- (6) SANTOS, Mário Ferreira dos. *Filosofia concreta dos valores*. Enciclopédia de ciências filosóficas e sociais. São Paulo: Logos, 1960. p. 45.

- (7) Para registro à posteridade, convém explicar alguns desses fatos: Mensalão foi o nome dado ao fenômeno pelo qual o Governo teria destinado aos deputados uma contrapartida em dinheiro em troca da aprovação da Emenda Constitucional n. 41/03, que reformou a Previdência Social; dólar da cueca foi um caso em que a polícia flagrou um sujeito portando em torno de um milhão entre Reais e Dólares, parte dos quais escondidos na cueca, e que seriam destinados de São Paulo para um deputado do PT no Ceará; operação sanguessuga foi o nome dado ao esquema de compras de ambulâncias superfaturadas, mediante tráfico de influência para inclusão das verbas respectivas no orçamento da União; cartões corporativos são cartões de crédito que o Governo Federal distribuiu para determinados agentes e assessores, tendo sido constatado um gasto abusivo sem prestação de contas; o caso BNDES se deu mediante a liberação de milhões de reais por meio da influência de líderes sindicais, dentre os quais o Deputado Paulinho da Força, o qual foi processado na Câmara dos Deputados por quebra de decoro parlamentar, mas absolvido na Sessão do dia 4.12.08; nos jornais televisados do dia 25.3.09, foi noticiada a prisão de 10 diretores da empresa Camargo Correa, acusada de superfaturamento em obras de uma refinaria da Petrobrás; o Senado Federal foi exposto com atos secretos, ou seja, centenas de atos sem publicação, para esconder a ilegalidade dos ditos atos, dentre outras.

valores sociais positivos, consequentemente, de controle social. Mediante vários instrumentos, mas principalmente dos três citados, se processa a imersão de valores positivos (lealdade, honestidade, disciplina, humildade, etc.) na sociedade. Por outro lado, a falta dos três ou a má condução deles, abre espaço para a germinação de valores negativos (preguiça, desonestidade, indisciplina, orgulho etc.). A educação e o trabalho, para produzirem efeitos, necessitam de enérgica atuação do Estado e da sociedade.

No entanto, no Brasil atual, a educação e o trabalho, exatamente os dois instrumentos laicos essenciais na formação dos valores positivos, encontram-se muito maltratados. E pior, sem perspectivas de melhoria. O discurso democrático embalou a massificação do ensino. É escola pública e particular para todo lado, curso disso e daquilo. Isso, em princípio, é muito positivo. No entanto, a massificação não se fez acompanhar de professores bem formados, de aparelhamento e instalações adequadas. As escolas públicas, principalmente no interior, parecem chiqueiros, para dentro das quais as crianças são tangidas, sem a mínima preocupação com as condições de aprendizagem. O único móvel para estimular a frequência é a merenda escolar. A escola privada não tem compromisso sincero com a educação, mas só com o lucro. Não valoriza o que seria seu principal instrumento de qualidade, o professor.

O trabalhador é a “Geny” da economia. A bonança não chega aos salários, apenas emprega mais gente. Mas a queda das bolsas é vingada diretamente nos salários e nos postos de trabalho. A solução mais fácil e imediata da restauração da debacle econômico-financeira é adotada sobre os trabalhadores. Estes são os que primeiro pagam a conta das orgias capitalistas.

Indignai-vos! À luta, cidadãos!

Certo que na antiguidade o trabalho não tinha a proteção da lei; havia, porém, a autoridade religiosa ou a autoridade divina dos reis para conter os impulsos violentos dos trabalhadores; havia a autoridade das classes sociais

aristocráticas, respeitadas pela massa popular; a falta de liberdade e de igualdade redundava numa unidade social, ideológica e religiosa. Por isso, os textos normativos careciam de menos interpretação, tornando mais fácil o controle social. A disseminação do medo e do terror ajudava no controle social: medo do inferno, da maldição, dos calabouços etc.

Mas num regime de liberdades, de pluralismo religioso, ideológico, social, sexual, político, patrocinado por um Estado laico, esse controle não será feito senão através de regulação jurídica eficaz, mediante um aparato que garanta *repartição de bens e direitos* resultantes do trabalho. Pois ninguém mais se resigna a um trabalho penoso, angustiante, sob opressão e maus tratos, nem se oferece ao holocausto do trabalho sem participação nos seus resultados.

A sociedade precisa despertar de sua profunda depressão, sair da inapetência, romper com a indiferença para o problema social trabalhista, o que só se atinge mediante a injeção de ânimo, de um sacolejo, de uma ideologia, enfim.

2. O trabalho como valor econômico

O trabalho é mais importante do que possa imaginar a vã educação que recebemos. O valor social do trabalho é indiscutível. Seu valor intrínseco, espiritual, também é inquestionável. O valor econômico, porém, precisa ser lembrado. Com efeito, o trabalho compõe a base da economia, a fonte dos tributos, a razão de ser do Estado. *O trabalhador carrega o Estado nas costas*. Só a título exemplificativo, vejamos alguns dados:

1. Qual a maior indústria do Brasil, que emprega desde o mais graduado arquiteto ao mais rústico amassador de barro? A construção civil. Financiada pelo Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS). Dinheiro do trabalhador — Lei n. 8.036/90;
2. Por onde o Governo iniciou o PAC (Plano de Aceleração do Crescimento)? Pelo FGTS. O Governo contingenciou cinco bilhões de reais para tal objetivo;

3. Qual o banco que financia o desenvolvimento nacional? O BNDES (Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social), alimentado pelo PIS/PASEP. Verba dos trabalhadores, cf. art. 239 da CF;

4. Qual o maior investidor na bolsa de valores? Os fundos de pensão. Dinheiro dos trabalhadores;

5. Qual o lastro da Previdência Social? O trabalho. A Previdência Social subtrai 31% da folha de salário dos trabalhadores — Lei n. 8.212/91;

6. Um dos tributos mais significativos no volume da arrecadação federal é o Imposto de Renda, calcado fundamentalmente no trabalho;

7. O ISS (Imposto sobre Serviço) constitui um dos principais tributos municipais, calcado basicamente no trabalho;

8. O próprio seguro-desemprego é custeado pelo Fundo de Amparo ao Trabalhador, cuja verba vai da contribuição sindical.

Sem esses instrumentos, qual seria o nível de civilização do país? Por isso, *o trabalho merece o preço que paga*. O trabalhador, como se demonstrou em alguns números, carrega o país nas costas. No entanto, em qualquer sinal de crise ele é o escolhido em primeiro lugar para o sacrifício. A primeira solução das empresas é nas costas dos trabalhadores. As mesmas empresas que usufruem dos investidores na bolsa (os fundos de pensão), dos financiamentos do BNDES, dos financiamentos patrocinados pelo FGTS, dos incentivos fiscais etc.

3. O trabalhismo

Desde que se apagou a vela sacramental que imantava o Poder, no final da Idade Média, o homem perdeu o referencial bíblico de obediência. Restou a interferência do Estado Laico nas relações privadas para manter a ordem social.

Destarte, toda ordem social estrutura-se, espelha-se e ao mesmo tempo reflete as relações econômicas e de trabalho. Essa ordem é determinante do Estado e do governo. Portanto, o trabalho é uma questão de Estado. O trabalho

é determinante do Estado, do Governo e do Regime político. O trabalho constituiu o eixo da transformação institucional ocorrida no Estado Liberal, em sua mutação para Estado Social.

Com efeito, conscientizaram-se os líderes mundiais, no curso da 1ª Guerra Mundial, que a regulamentação dos direitos sociais seria condição para uma paz mundial. Sem direitos sociais, concluíram, a guerra seria uma constante, porque a semente beligerante estaria alojada no seio de cada e de todas as nações. O ressentimento latente dos excluídos e dos injustiçados sociais latejaria e a qualquer hora poderia supurar. Por isso, findaram a Guerra com o Tratado de Versalles, no qual se instituiu a Organização Internacional do Trabalho (OIT).

O *trabalhismo*, podemos assim denominar, o movimento ideológico que substanciou o surgimento do Direito do Trabalho, como instrumento de intervenção do Estado na vontade dos contratantes, a fim de assegurar um patamar mínimo de direitos aos titulares da força de trabalho. Esse movimento foi gestado no meado do Séc. XIX, valendo citar como marco teórico inicial o Manifesto Comunista, redigido por Marx e Engels em 1848, passando pela Encíclica *Rerum Novarum*, da Igreja Católica, em 1891, e a Revolução Mexicana, de 1914.

A Constitucionalização do Direito do Trabalho efetivou-se primeiro na Constituição do México de 1917, depois na Alemanha, em 1919, invadindo a partir daí os Ordenamentos Jurídicos ocidentais. Em 1917 eclode vitoriosa a Revolução Russa, instalando-se no Leste Europeu um sistema econômico comunista, eliminando a propriedade privada dos meios de produção. Esse fato precipitou em todos os países ocidentais a tomada de posição em favor dos trabalhadores, como fator neutralizante da proposta comunista. Instituiu-se a política do Estado Interventor — *New Deal Stats*, como escreve Bonavides⁽⁸⁾:

(8) BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1972. p. 205.

O Estado Social representa efetivamente uma transformação superestrutural por que passou o antigo Estado liberal. (...) À medida, porém, que o Estado tende a desprender-se do controle burguês de classe, e este se enfraquece, passa ele a ser, consoante as aspirações de Lorenz Von Stein, o Estado de todas as classes, o Estado fator de conciliação, o Estado mitigador de conflitos sociais e pacificador necessário entre capital e trabalho. Nesse momento, em que se busca superar a contradição entre a igualdade política e a desigualdade social, ocorre, sob distintos regimes políticos, importante transformação, ainda que de caráter superestrutural. Nasce aí a noção contemporânea de Estado Social.

Foi teorizado o Direito do Trabalho, que durou de 1919 a 1989, se é que se possa demarcar com exatidão, entre a Constituição Weimar e a queda do Muro de Berlim. Durou 70 anos. Aqui, foram fincados os princípios do Direito Individual e Coletivo do Trabalho, legalizaram-se os sindicatos, assegurou-se o direito de greve e de negociação coletiva. Mas uma grande parcela desse direito publicizou-se, ou socializou-se, contra a possibilidade de disposição pelas partes.

No Brasil, não foi diferente. Depois de 400 anos de escravidão (1500 a 1888), 41 anos de servidão, sob a oligarquia rural (1889 a 1930), eclodiu a Revolução de 1930, que foi o ponto culminante de duas décadas de revoltas sociais e sedições militares, como greves gerais, cangaços, Revolta dos 18 do Forte, Coluna Prestes, movimentos anarquistas etc.

A Revolução de 1930 se fez forrada na promessa de reformas sociais. Portanto, foi uma Revolução socialista, um socialismo de direita (se é que se possa dizer isso), embalada no ideal Positivista de Augusto Comte, introjetado na elite pensante de então e na Caserna, principalmente por Benjamim Constant. Em consequência, surgiu a legislação do trabalho. Os sinais mais evidentes da intervenção estatal nas relações de trabalho estão registrados nas palavras do ministro Alexandre Marcondes

Filho, na exposição de motivos que faz ao Presidente Vargas da Consolidação das Leis do Trabalho:

12. É o diploma do idealismo excepcional do Brasil orientado pela clarividência genial de V. Exa., reajustando o imenso e fundamental processo de sua dinâmica econômica, nas suas relações com o trabalho, aos padrões mais altos de dignidade e de humanidade da justiça social. É incontestavelmente a síntese das instituições políticas estabelecidas por V. Exa. desde o início de seu governo.

(...)

28. Em relação aos contratos de trabalho, cumpre esclarecer que a precedência das “normas” de tutela sobre os “contratos” acentuou que a ordem institucional ou estatutária prevalece sobre a concepção contratualista.

29. A análise do conteúdo da nossa legislação social provava exuberantemente a primazia do caráter institucional sobre o efeito do contrato, restrito este à objetivação do ajuste, à determinação do salário, à estipulação da natureza dos serviços e isso mesmo dentro de *standards* e sob condições preestabelecidas na lei.

30. Ressaltar essa expressão peculiar certamente constituiria uma conformação com a realidade e com a filosofia do novo Direito justificando-se assim a ênfase inicial atribuída à enumeração das normas de proteção ao trabalho, para somente em seguida ser referido o contrato individual.

31. Nem há como contestar semelhante método, desde que o Direito Social é, por definição, um complexo de normas e de instituições voltadas à proteção do trabalho dependente na atividade privada.

As duas forças antagônicas, de um lado o comunismo da União das Repúblicas Soviéticas Socialistas, liderada pela Rússia, e de outro lado os países capitalistas, liderados pelos Estados Unidos da América, uma puxando para o comunismo e outra para o liberalismo, produziram

um meio termo: a proteção social dos trabalhadores do sistema capitalista.

Mas com a *débâcle* do regime russo, simbolizada com a queda do Muro de Berlim em 1989, e a desintegração das Repúblicas Soviéticas Socialistas, a sombra do comunismo desapareceu, arrastando consigo também a necessidade de os capitalistas manterem políticas de proteção dos trabalhadores. A partir daí, iniciou-se a demolição do templo sagrado das garantias trabalhistas, sob o signo da globalização neoliberal, dentro da qual vem a flexibilização e, nesta, a terceirização. A globalização, diz Galbraith, foi uma invenção dos norte-americanos como instrumento mediante o qual eles iriam dominar os demais povos.

Destarte, esse Direito do Trabalho fora concebido para o modelo capitalista de então, o modelo fabril, do galpão, do operário monofuncional, modelo de produção fordista-taylorista, de organização vertical, quando é sabido que o capitalismo industrial evoluiu para o capitalismo financeiro e este para o tecnológico, não justificando mais o modelo trabalhista do capitalismo industrial. O Toyotismo desponta como novo modelo de relação de produção.

Em mais de 200 anos de independência, o Brasil não saía do extrativismo rural, era um gigante atolado, o símbolo do atraso das repúblicas sul-americanas. A opção social do Estado, ao contrário do que se imaginava, alavancou o desenvolvimento econômico, conforme registra o ministro Luciano de Castilho, na Conferência de abertura da 1ª Jornada da ANAMATRA, em 23.11.2007:

É de ser feito outro registro de *Márcio Pochmann*, ao dizer que a partir de 1930 o Brasil foi capaz de recompor seu projeto de desenvolvimento, interrompendo o antigo modelo econômico agrário-exportador e transformando, no correr de cinco décadas na oitava economia industrial do mundo, sendo a economia que, em tal período histórico, foi a que mais cresceu no planeta. Pois bem, esse desenvolvimento foi feito

com investimentos públicos, que favoreceram os empresários e com leis trabalhistas, que melhoraram a situação dos trabalhadores, até aumentando o mercado consumidor interno.

Mas que leis trabalhistas eram aplicadas?

As que foram sendo elaboradas a partir de 1930 e consolidadas em 1943. Leis que, no conjunto, eram bem mais protetoras que as de hoje.

4. A crise

Quem não vive o seu tempo só colhe as desvantagens dele, diz Voltaire.

Crise, segundo Gramsci (1891-1937), se identifica quando o velho não morre e o novo não consegue eclodir. Digamos que a crise é a nostalgia contendo a revolução e esta arrastando aquela, estabelecendo uma nova versão do Barroco, de contradições insuperáveis.

De fato, constata-se uma tensão insuportável entre o Direito do Trabalho até aqui relatado e os fatos sociais e econômicos. Verifica-se também o sufoco de uma Constituição concebida sob uma ordem mundial que ruíu um ano após sua promulgação. É como se o Constituinte de 1988 já pressentisse o que viria e preparou a Constituição como um contraforte aos agentes deletérios do templo trabalhista.

Com efeito, a Constituição de 1988 avançou no rol dos direitos trabalhistas em relação à legislação que já existia. O art. 7º constitucionaliza os direitos básicos já então consolidados e os amplia: equipara em direitos o trabalhador rural ao urbano, reconhece as negociações coletivas, reduz a jornada de trabalho de 48 para 40 horas semanais, amplia o aviso prévio, institui o acréscimo na remuneração das férias, amplia a licença-maternidade; o art. 10 dos ADCT majora a indenização pela despedida sem justa causa e confere estabilidade à gestante e ao membro da CIPA; nos arts. 8º a 11 trata dos direitos coletivos: amplia o direito de greve, libera a organização e a administração sindical, dentre outras providências.

Contudo, enquanto sonhávamos com o progresso social programado na Constituição recém-promulgada, novo paradigma se alevantava na direção oposta. Assim, a Constituição de 1988 já nasceu para atuar contra fatores reais de poder adversos, estabelecendo-se uma tensão enorme entre o Texto e os fatos, a exigir do intérprete que extraia desse Texto as normas que, de início, não comporiam o seu programa normativo.

Um novo modelo econômico é idealizado no Consenso de Washington, de 1989, que se denominou neoliberalismo. A primeira consequência trabalhista consistiu na flexibilização das normas de proteção do trabalhador; a segunda, assenta no fenômeno da terceirização da mão de obra, fazendo pipocar uma miríade de empresas fornecedoras de mão de obra e prestadoras de serviço.

Nesse processo, os antigos operários são estimulados a se tornarem autônomos, rescindindo seus contratos de trabalho para instalar-se por conta própria e fornecer serviços à mesma empresa da qual eram empregados. Ou seja, o trabalho que eles prestavam como empregados, com direito a jornada tabelada, hora extra, FGTS, Previdência Social, férias, 13º salário etc., passaram a prestar como (pseudo)autônomos, sem limite de jornada, com todos os encargos da autonomia, mediante baixa remuneração. Esse contingente de operários ejetados do setor formal da economia vai compor o setor da informalidade, composto por camelôs, biscateiros, passeadores de cachorro, prestidigitadores dos sinais de trânsito, limpadores de vidro de carro, pastores de carro, pedintes etc., aos quais André Gorz denominou “não classe de não operários”.

A propósito, Pastore noticia que já são 72% das empresas nos Estados Unidos que não têm empregados, boa parte delas é formada pelos próprios sócios profissionais que prestam serviços a outras empresas. “No Brasil, são 69%”.⁽⁹⁾

(9) PASTORE, José. *Trabalhar custa caro*. São Paulo: LTr, 2007.

Sem contar que esse dado é anterior à vigência da Lei do Bem, Lei n. 11.197/05, cujo art. 129 franqueia a contratação sem vínculo de emprego de pessoas físicas organizadas sob a forma de pessoa jurídica para prestação de serviços de natureza intelectual, científica, artística, ou cultural.

Ou seja, operou-se aí a precarização do trabalho. Mas, se esse neo (pseudo)empresário sofreu um decesso social, o pior sobrou para os que com ele trabalham, a *categoria dos Sem*: sem carteira assinada, sem seguro social, sem férias, sem nada. Só minguado salário.

Sem mercado de trabalho, com ofertas mais de ocupações do que de emprego, *sem uma ideologia política de proteção, mas apenas de sobrevivência*; e diante de uma crise social crescente, em que a demanda assistencial cresce em ordem geométrica e as fontes de custeio em ordem aritmética, as relações de trabalho voltam à barbárie.

Nesse meio encontra-se o Direito do Trabalho, como uma presa cercada por predadores em campo livre, tentando resistir com sua estrutura, suas características, seus princípios e sistema legal. Tudo, porém, concebido sob o modelo do capitalismo industrial.

A lei e a estrutura do Direito do Trabalho são *modernistas* e a demanda *pós-modernista*. É este o diagnóstico. E a solução passa por ele. Para grandes males, remédios heroicos. Infere-se daí que a solução trabalhista tem que se pós-modernizar também.

Bem, mas as desigualdades sociais, além de não terem desaparecido, se acentuaram. E onde persistir a moléstia deve permanecer o remédio. Assim, toda a revolução pós-modernista apenas acentuou os desníveis sociais. A democracia e a liberdade de imprensa apenas descortinaram a injustiça social, não a corrigiram, mostraram as entranhas de uma sociedade enferma. Logo, o motivo da criação do Direito do Trabalho continua acentuado, a exigir, em vez da eliminação dos direitos trabalhistas, o seu revigoramento.

A marginalidade trabalhista se alevanta, apelidada de informalidade, na qual o trabalhador encontra seu meio de subsistência. Esse setor não emprega, mas proporciona ocupação para um grande contingente. De positivo tem o ponto em que, por exemplo, uma banca de vender churros ou espetinhos ocupa toda uma família.

Esse trabalho encontra-se órfão da proteção estatal, regendo-se por um direito criado na rua. Por sua vez, vêm sendo objeto de regulamentações autônomas os modelos de trabalho pulverizados sob múltiplas modalidades, sem uma coerência, de modo que o que seria emprego tenta-se dizer que não é. Com isso, cresce o contingente de excluídos do sistema oficial de direitos, ou com seus direitos fraudados sob o beneplácito do Poder Público.

Por outro lado, o Estado passou a empregar muito, fazendo surgir uma categoria de servidor público celetista, regida pelo Direito do Trabalho e incursões do Direito Público, formando um terceiro gênero: direito do trabalho público.

E essa nova realidade trabalhista encontra-se à deriva, sem um suporte teórico que o oriente e o justifique. Os administrativistas ignoram o Direito do Trabalho e os trabalhistas omitem-se da vertente administrativa.

Consequentemente, a jurisprudência não encontra um leito por onde seguir, resultando nas mais disparatadas decisões, a justificarem os recursos especiais para e no Tribunal Superior do Trabalho, abarrotando essa Corte de Justiça, que, também, tem sua parcela de erro, ao jurisprudenciar conservadoramente, ao julgar por um direito matéria que é (porque passou a ser) de outro direito. A Suprema Corte do Brasil, ao seu turno, em vez de pacificar, também desassossega cada vez que se manifesta em Direito do Trabalho, a exemplo da Súmula Vinculante n. 4, que extinguiu a base de incidência do adicional de insalubridade sem haver colocado outra⁽¹⁰⁾ e quando, contra expressa

dicção constitucional, afasta a competência da Justiça do Trabalho para julgar as ações trabalhistas contra os Estados e Municípios, deixando os servidores públicos a descoberto da prestação jurisdicional e acobertando as reiteradas contratações sem concurso público.

O Superior Tribunal de Justiça, no exercício da sua competência de julgar os conflitos de competência entre órgãos jurisdicionais subordinados a tribunais diferentes, segue a mesma linha desintegradora da vontade constitucional, quando decide os conflitos de competência, a exemplo da Súmula n. 363, que declara, em afronta ao texto expresso do inciso I do art. 114 da Constituição, a competência da Justiça Comum para processar e julgar ações envolvendo a relação de trabalho dos profissionais liberais, como se o trabalho destes tivesse natureza empresarial ou integrasse a rede da relação de consumo. Isto decorre da mais absoluta desinformação sobre o significado de trabalho pessoal do qual as pessoas tiram seu sustento e o da família. Ora, o art. 1º da Constituição da Organização Internacional do Trabalho, que é o órgão orientador do trabalho no mundo, dita que nenhum trabalho humano, do qual a pessoa tire sua subsistência, poderá ser equiparado a mercadoria. Destarte, conspurcar a tutela trabalhista dos profissionais liberais e jogar-lhes no precipício da relação comercial ou civil equivale a negar o valor social do trabalho, diminuir as possibilidades de reparação dos danos trabalhistas que ele irá sofrer. É negar o princípio da máxima eficácia das normas constitucionais. Por isso, espera-se que os ventos do Neotrabalhismo levem ao Tribunal da Cidadania as devidas fundamentações para a Corte venha a refletir melhor e restabelecer o espírito da constituição, pois o lógico é que, trabalho é com a Justiça do Trabalho.

Ainda bem que, nesse horizonte tenebroso, um novo direito se descortina, alevanta-se uma

(10) ADIs ns. 492 (Rel. Min. Carlos Velloso), 3.395 (Rel. Min. Cezar Peluso) e 3.684 (Rel. Min. Cezar Peluso). Súmula Vinculante n. 4: "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".

categoria de direitos velhos que hibernavam, os direitos humanos dos trabalhadores, como tais entendidos os direitos de personalidade e que tutelam a dignidade perante, durante e em decorrência da relação de trabalho. São os direitos que amparam o trabalhador pela sua simples condição de ser humano. Aí incluída a tutela da integridade física e moral do trabalhador. Esses direitos se põem como um dique de proteção contra as ondas revoltas da desregulamentação, ou como contraponto de compensação pelos direitos trabalhistas solapados.

O espírito federalista e republicano se aguçava nesse clima de liberdades e desejo de participação, fato notado nas ações dos governos locais e nas condutas coletivas, fenômeno que se contrapõe ao unitarismo que o centralismo de Brasília tenta impor ao Brasil através das Cortes Superiores. Verifica-se uma ruptura, uma rebeldia regional, ou dúvida na legitimidade do Poder Central.

De fato, as Cortes Superiores não deviam descer do seu pedestal para vir se ter com as questões de fato regionais e localizadas (brigas de rua), devendo resguardar-se para as matérias atinentes à estrita legalidade ou constitucionalidade das decisões e que transbordem dos estreitos limites intersubjetivos.

O Direito regula a Economia. O fenômeno globalização já aconteceu, não adianta chorar o leite derramado. Corramos atrás do prejuízo, apliquemos-lhe o Direito, o qual tem a ética por essência. A economia globalizada carece de ética e de humanismo, como é sua lei. Cabe ao Direito, como é seu papel, civilizar essa província. É o que se propõe a seguir.

5. O neotrabalhismo

Neotrabalhismo, portanto, é o nome que se dá ao movimento de caráter ideológico, mas não fundamentalista, que ora se instiga em defesa do valor do Trabalho, segundo uma fórmula pela qual alcance todas as modalidades de trabalho pessoal mediante dependência econômica do prestador do serviço, não necessariamente subordinado. Esse movimento

deve ser vigoroso, pegado nas asas de uma ideologia, pois, como diz o cantor Cazuza, tudo precisa de uma ideologia para viver.

E o que justifica o novo trabalhismo?

O art. 7º da Consolidação das Leis do Trabalho demarca bem essa província, excluindo de seu manto os domésticos, os rurais e os servidores públicos, tendo por isso merecido a crítica de *Joaquim Pimenta*⁽¹¹⁾, segundo o qual Getúlio não teve coragem de enfrentar o seguimento mais poderoso dos patrões, que eram os fazendeiros, tendo enfrentado somente o patrão urbano, de pouca expressão política, atraindo para seu lado o operariado urbano, que era politicamente forte:

Art. 7º Os preceitos constantes da presente Consolidação, salvo quando for, em cada caso, expressamente determinado em contrário, não se aplicam:

- a) aos empregados domésticos, assim considerados, de um modo geral, os que prestam serviços de natureza não econômica à pessoa ou à família, no âmbito residencial desta;
- b) aos trabalhadores rurais, assim considerados aqueles que, exercendo funções diretamente ligadas à agricultura e à pecuária, não sejam empregados em atividades que, pelos métodos de execução dos respectivos serviços ou pela finalidade de suas operações, se classifiquem como industriais ou comerciais;
- c) aos funcionários públicos da União, dos Estados e dos Municípios e aos respectivos extranumerários em serviço nas próprias repartições;
- d) aos servidores das autarquias paraestatais, desde que sujeitos a regime próprio de proteção ao trabalho que lhes assegure situação análoga à dos funcionários públicos.

No entanto, esses limites que a CLT originária impunha à sua atuação foram removidos, por lei sem as adaptações devidas: grande parte dos servidores públicos foi admitida para o regime celetista, gerando um direito do trabalho público; muitos órgãos autárquicos, como as

(11) PIMENTA, Joaquim. *Sociologia jurídica do trabalho*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito, 1944.

autarquias profissionais e os do Sistema S, que não podem pretender igualdade ao setor privado, por trabalharem com competências públicas; o trabalhador rural foi equiparado ao urbano (art. 7º, *caput*, CF), sem as adaptações das descrições dos diferentes ambientes de trabalho, gerando uma quase inviabilidade da empresa do campo; e boa parte da CLT foi estendida ao empregado doméstico, sem sequer um lastro na lei. E muito mais... A nova teoria do Direito do Trabalho terá em mira dois focos: primeiro o resgate do trabalho como um VALOR, base de uma sociedade justa, ordeira e solidária; segundo, a harmonização em sistema de todo o direito do trabalho ora fragmentado e contraditório na lei e na jurisprudência.

6. Considerações finais

Por tudo isso, é urgente que se defenda, mediante uma doutrina séria, ideológica e firme, políticas públicas e ação de convencimento social no sentido de construir um pacto justo, pela harmonia e pela paz, mediante:

- a) garantia de emprego e proteção no emprego;
- b) redução da jornada de trabalho, geral e setorial, diferenciadamente;
- c) criação de uma categoria de contribuição social diferenciada, para incluir o trabalhador que está na informalidade;
- d) uma campanha pela prevalência do emprego, em vez das autonomias aparentes e precarizantes do trabalho;
- e) flexibilização dos conceitos dos elementos tradicionais que caracterizam o contrato de trabalho: pessoalidade, não eventualidade, subordinação e remuneração;
- f) estender aos parassubordinados o manto protetor do Direito do Trabalho, como instrumento de inclusão social;
- g) corresponsabilização do tomador do serviço terceirizado pelas obrigações trabalhistas do prestador do serviço e do fornecedor de mão de obra, bem como dos beneficiários dos lucros, como os franqueadores e similares;

h) proteção do meio ambiente de trabalho como parte do meio ambiente geral;

i) criação de programas de apoio às famílias das vítimas das demissões imotivadas e da violência; por enquanto, só a Lei Maria da Penha traz algo;

j) melhoramento das condições do trabalho rural em relação ao direito anterior a 1988, pois nada foi feito;

k) reforma agrária séria, com vistas primeiro à acomodação dos reais trabalhadores rurais sem-terra, e não servindo de trampolim político a oportunistas nem de enriquecimento de proprietários mediante supervalorização de terras improdutivas;

l) regulamentação das demissões coletivas.

Por fim, é forçoso admitir que o trabalhismo tradicional está exausto e o novo direito do trabalho vaga à deriva, clamando por um porto onde possa jogar sua âncora. É tempo de construirmos a ponte da amizade entre o sobrado e o mocambo, mediante um pacto social verdadeiro, e não aquele em que um entra com a faca e o outro com o pescoço. Que não falte operário do lado do sobrado e só a banda do mocambo seja feita.

São estas apenas as provocações sobre uma gigantesca tarefa a ser desenvolvida, em prol da valorização do trabalho e do trabalhador como pontos de partida de uma verdadeira teoria dos direitos humanos.

Parodiando o protagonista de o CANAÃ, de Guimarães Rosa, *o Direito do Trabalho prometido, que eu ia mostrar e que, também, tão ansioso busco, não o vejo ainda. Contudo, não desanimemos, lancemos as bases de um neotrabalhismo que venha a frutificar no sangue das gerações remidas.*

À luta, cidadãos!

7. Referências bibliográficas

ALIGHIERI, Dante. *A divina comédia*. Trad: Xavier Pinheiro e Estudos introdutórios de Otto Maria Carpeaux. Rio de Janeiro: Ediouro, s. d.

- ALSINA, Jorge Bustamante. *Derecho ambiental, fundamentación y normativa*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995.
- ANTUNES, M. *Ideologia*. Verbete da *Enciclopédia luso-brasileira de filosofia (LOGOS)*. 1. ed. Lisboa/São Paulo: Editora Verbo, 1989, reimpressão, 1997.
- BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1972.
- BURATTO, Luciano Grüdtner. *Jornal Folha de São Paulo*, Classificados, Empregos, p. E 15, de 1º de julho de 2001, subscrito pelo *freelance*.
- COSTA, Orlando Teixeira da. *Rigidez e flexibilidade do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1990.
- FERRAZ, Fernando Basto. *Empregados domésticos*. São Paulo: LTr, 2003.
- FREITAS FILHO, Roberto Gonçalves. Os desafios da segurança pública. *Revista Direito Hoje*, Ano 1, n. 2, 2008.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.
- JUCÁ NETO, Pedro. *Renovação do direito do trabalho: abordagem alternativa à flexibilização*. São Paulo: LTr, 2000.
- LASSALLE, Ferdinand. *A essência da constituição*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1985.
- MAIOR, Jorge Luiz Souto. Em defesa da ampliação da competência da Justiça do Trabalho. *Revista LTr*, v. 70, n. 1, jan. 2006, p. 13/22.
- MANCUSO, Rodolfo. Ação civil pública trabalhista: análise de alguns pontos controvertidos. *Revista do Processo*, São Paulo, RT, ano 24, n. 93, p. 151-178, jan./mar. 1999.
- MARQUES DE LIMA, Francisco Gérson. *Igualdade nas relações de trabalho*. São Paulo: Malheiros, 1997.
- MARQUES DE LIMA, Francisco Meton. *O resgate dos valores na interpretação constitucional: por uma hermenêutica reabilitadora do homem como “ser moralmente melhor”*. Fortaleza: ABC Editora, 2001.
- _____. *As mais novas implicações da velha justa causa*. Cuiabá: Oásis Editora, 2001.
- MELO, Raimundo Simão. Responsabilidade objetiva e inversão do ônus da prova nos acidentes de trabalho. *Revista LTr*, vol. 70, n. 1, jan. 2006.
- MUKAI, Toshio. *Direito ambiental sistematizado*. 4 ed. Rio de Janeiro e São Paulo: Forense Universitária, 2004.
- OLIVEIRA, Eurenice. *Toyotismo no Brasil*. Desencantamento da fábrica, envolvimento e resistência. São Paulo: Expressão Popular, 2006.
- ORGANISTA, José Henrique Carvalho. *O debate sobre a centralidade do trabalho*. São Paulo: Expressão Popular, 2006.
- PADILHA, Norma Sueli. *Do meio ambiente do trabalho equilibrado*. São Paulo: LTr, 2002.
- PARO, Walter Roberto. Trabalho forçado e a Justiça do Trabalho. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região*, v. 36, n. 70, jan./jun. 2003.
- PASTORE, José. *Trabalhar custa caro*. São Paulo: LTr, 2007.
- _____. O Trabalhismo de Obama. *Revista do Direito Trabalhista*, n. 1, 2009. Consulex.
- PEREIRA, Otaviano. *O que é teoria*. 9. ed. São Paulo: Brasiliense, 1994.
- PIMENTA, Joaquim. *Sociologia jurídica do trabalho*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito, 1944.
- SANTOS, Mário Ferreira dos. *Filosofia concreta dos valores*. Enciclopédia de ciências filosóficas e sociais. São Paulo: Logos, 1960.
- SPOLIDORO, Luiz Cláudio Amerise. A aflição emocional e o dano moral. *Revista do Direito Trabalhista*, ano 13, n. 8, p. 3/9, 2007.
- LTr Editora. São Paulo: Teses apresentadas no 17º Congresso Brasileiro de Direito Coletivo e Individual do Trabalho, promovido pela LTr, em São Paulo, de 26 a 27.11.02. Autores: Flávia Savedra Serpa: *Desemprego: dano moral coletivo*; Gabriel Lopes Coutinho Filho: *Do dano moral coletivo em plano de demissão voluntária*; Wagner da Mota Mendonça: *Desemprego e dano moral coletivo*; José Augusto Silva de Macedo: *Desemprego: causa para dano moral coletivo*; Antonia Maria Mila Peixoto: *Dano moral coletivo-desemprego*; Osório César Campaner: *Dano moral na dispensa coletiva*; Evandro Moreira: *Dano moral coletivo em matéria trabalhista*. Todos no *Jornal do Congresso*.
- <<http://www.ternuma.com.br/marcola.htm>>.

Devido processo substantivo

S. Tavares Pereira^(*)

Resumo:

- ▶ Indutivamente, investigam-se origem, fundamentos e ideias da doutrina constitucional do Devido Processo Substantivo, que difunde noção do devido processo quase desconhecida no Brasil. Essa doutrina surgiu na Inglaterra, mas foi sistematizada e consolidou-se nos Estados Unidos da América, onde foi absorvida pela Suprema Corte e inspirou decisões avançadas e controvertidas dos últimos 150 anos, como as referentes a aborto, práticas homossexuais voluntárias, uso de contraceptivos e suicídio assistido. Essa doutrina (i) afirma a existência de limitações implícitas ao poder e, assim, quebra a barreira textual-constitucional, chegando à ideia de direitos implícitos; (ii) teoriza a questão da identificação dos direitos fundamentais não enumerados; (iii) afirma que o princípio do Devido Processo é fonte de limitações substantivas e também de novos direitos materiais; (iv) defende a mobilidade constitucional; (v) preconiza a independência e força do Poder Judiciário como mecanismo de contrabalanço ao princípio da maioria e, portanto, indispensável à ideia democrática; (vi) parte do exame de razoabilidade — o mais simples — e explicita inumeráveis e mais perfeitos padrões de escrutínio da lei e dos atos governamentais.

Palavras-Chave:

- ▶ Devido processo legal — devido processo substantivo — doutrina do devido processo substantivo.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Noções históricas básicas e indispensáveis
- ▶ 3. *Substantive due process*
- ▶ 4. Padrões de escrutínio
- ▶ 5. Vias de ampliação do controle de constitucionalidade
- ▶ 6. *Economic substantive due process*
- ▶ 7. *A substantive due process* e as liberdades e os direitos civis
- ▶ 8. Críticas à doutrina do devido processo substantivo
- ▶ 9. Considerações finais
- ▶ 10. Referências bibliográficas

(*) Mestre em Ciência Jurídica pela Univali – Itajaí/SC.
Juiz do Trabalho aposentado do TRT12. Advogado.
E-mail: stavarespereira@univali.br.

1. Introdução

Na América Latina, a ideia de um alcance substantivo do princípio do Devido Processo suscita, na melhor hipótese, estranheza. Vigora nesses países, excetuada a Argentina, uma noção eminentemente procedimental do princípio, como ensina *Arturo Hoyos*⁽¹⁾. No entanto, a ideia está assentada na jurisprudência norte-americana e, nos últimos 150 anos, tem feito do Devido Processo o fundamento de polêmicas decisões da Suprema Corte⁽²⁾. Observe-se, ainda, que tal visão não apenas se fixou. Ela tornou-se preponderante a ponto de *Peter J. Rubin* afirmar que “(...) o próprio direito a um procedimento justo é um direito substancial”⁽³⁾.

Ora, o constituinte originário brasileiro de 1988, ao incluir o inciso LIV, no art. 5º, da vigente Constituição, afirmou textualmente que se cuidava “ (...) de explicitar na Constituição o princípio do devido processo legal, oriundo da Cláusula anglo-saxônica ‘*due process of law*’”⁽⁴⁾. Isso exige que o estudioso do dispositivo necessariamente se desloque ao solo do nascimento e da sedimentação do princípio, para captar-lhe o alcance, conforme procedimento recomendado por Paulo Bonavides para um eficaz exercício de hermenêutica constitucional.⁽⁵⁾

Entender como e por que o Devido Processo também se ocupa de aspectos materiais, e não puramente procedimentais, não é tarefa simples,

como informa *Cândido Rangel Dinamarco*⁽⁶⁾. Por outro lado, captar o imenso alcance das consequências dessa afirmação é tarefa mais ingente ainda. Para ter sucesso na empreitada, é indispensável, desde logo, dar o passo recomendado por *Laurence H. Tribe* e abandonar o tentador e habitual caminho semântico: as dificuldades com “ (...) a ginástica textual argumentativamente necessária para encontrar a proteção dos direitos *substantivos* na disposição cujas palavras parecem mais preocupadas com processo — diz ele — tornaram-se insuperáveis.”⁽⁷⁾

Este artigo propõe-se a lançar algumas luzes sobre tão contagiante questão e visa a provocar o leitor a pensar sobre a força do Devido Processo, substantivamente tomado, quando sentir que, embora estando num Estado Constitucional de Direito, violações de direito pareçam não ter um caminho de reparação contemplado na lei ou no próprio texto constitucional. Há 150 anos os norte-americanos têm feito do Devido Processo o instrumento, sempre presente, para garantir interesses substantivos fundamentais quando assomam dúvidas a respeito da existência ou não de guarida constitucional para eles.

Duas ilusões devem ser desde logo espancadas: a) que neste pequeno artigo seja possível transmitir uma visão ampla, abrangente e completa da complexa doutrina constitucional do Devido Processo Substantivo e b) que a migração das ideias, dos conceitos e das aplicações da cláusula *Due Process*, do sistema do *Common Law* para o Direito brasileiro, vinculado ao *Civil Law*, seja tarefa simples ou imediata; há, no entanto, um campo fértil a ser trabalhado e um dever a ser cumprido, pois não se pode esquecer, como tem ocorrido até agora, que ali no inciso LIV, do art. 5º, da Constituição

(1) HOYOS, Arturo. *El debido proceso*. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1998. p. 22.

(2) TRIBE, Laurence H. *American constitutional law*. 3. ed. New York: Foundation Press, 2000. p. 1334-1335.

(3) RUBIN, Peter J. Square pegs and round holes: substantive due process, procedural due process, and the bill of rights. In: *Columbia Law Review*. New York, v. 103, n. 833, p. 833-892, maio 2003. p. 848.

(4) Emenda Aditiva n. ES24488-4, do deputado Vivaldo Barbosa. In: CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O Devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 418.

(5) BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 427.

(6) DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. v. 1, p. 247-248. Para o processualista, trata-se de ideia “amorfa e enigmática”.

(7) TRIBE, Laurence H. *American constitutional law*, p. 1317.

em vigor, foi introduzida, pela vez primeira, em nossa constituição formal, a cláusula milenar.

2. Noções históricas básicas e indispensáveis

Se, para alcançar o sentido substantivo do Devido Processo, se impõe o abandono do “agulhão semântico” — expressão de *Ronald Dworkin*⁽⁸⁾ —, inicie-se então pela observância da recomendação de Paulo Bonavides, muito própria para a empreitada. Afinal, como ratifica *Paulo Márcio Cruz*⁽⁹⁾, “o Direito Constitucional é fruto de uma evolução histórica, cujas etapas principais foram desenvolvidas em muitos e diferentes países”.

Inglaterra: Em 1215, o rei João Sem-Terra (da linhagem invasora normanda que reinava na Inglaterra desde 1066), pressionado pelos barões ingleses, assinou a Magna Carta. Esse documento, escrito em latim, representou a primeira imposição histórica da supremacia de uma lei à vontade de um monarca, o que lhe deu o *status* mundialmente reconhecido de antecedente direto das modernas constituições⁽¹⁰⁾. Nasceu ali o conceito de “governar sob as leis” e não meramente “governar pelas leis”⁽¹¹⁾, tantas e variadas vezes ainda esquecido no Brasil. Pelo documento, impuseram-se preceitos compulsórios que nem mesmo o soberano podia violar⁽¹²⁾.

No art. 39, pouco depois alterado para 29, formalizou-se a cláusula conhecida *traquigraficamente* pela expressão latina *per legem*

terrae, traduzida para o inglês como *by the law of the land*, e que tinha a seguinte redação:

“39 – Nenhum homem livre será detido ou aprisionado, ou privado de seus direitos ou bens, ou declarado fora da lei, ou exilado, ou despojado, de algum modo, de sua condição; nem procederemos com força contra ele, ou mandaremos outros fazê-lo, a não ser mediante o legítimo julgamento de seus iguais (e/) ou de acordo com a lei da terra (sem grifo no original).”⁽¹³⁾

O primeiro e mais importante ponto a fixar, desse nascedouro, é que a cláusula veio à luz como um *instrumento de contenção do poder*, natureza com a qual se perpetuou e ganhou espaço no universo constitucional dos séculos seguintes.

Atente-se, ainda, para as duas expressões — mediante o julgamento de seus iguais (e/ou) de acordo com a lei da terra. Muitos autores utilizam o conectivo *ou* e não *e*, pois, na versão latina, utilizou-se a palavra *vel*, que permite as duas traduções. Mas a análise contextual-histórica evidencia preocupações de dois gêneros, sem dúvida: procedimentais e materiais. Por lei da terra deve-se entender, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, “(...) o direito assente e sedimentado nos precedentes judiciais, os quais exprimam a *common law*”⁽¹⁴⁾. Os soberanos franceses dominadores comprometeram-se, a partir da Magna Carta, a só atuar

- (8) DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 55.
- (9) CRUZ, Paulo Márcio. *Fundamentos do direito constitucional*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2003. p. 35.
- (10) PEREIRA, S. Tavares. *Devido processo substantivo (Substantive due process)*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007. p. 36-37, inspirado em BONATO, Gilson. *Devido processo legal e garantias processuais*. São Paulo: Lumen Juris, 2003. p. 9.
- (11) JOHNSON, D. Barnabas. *Due process of law*. Disponível em: <http://www.jurlandia.am/due_process.htm> Acesso em: 25 out. 2005.
- (12) SCHWARTZ, Bernard *apud* BONATO, Gilson. *Devido processo legal e garantias processuais*, p. 9.

- (13) “Utiliza-se o texto traduzido da versão inglesa de G. R. C. Davis, com pequenas alterações de Sir Ivor Jennings, in JENNINGS, Sir Ivor. *Magna carta and its influence in the world today*. London: British Information Services, 1965. 44-7. Os tradutores informam ter atuado com base no exame comparativo das versões inglesas de MCKECHNIE, in POUND, Roscoe. *The development of constitutional guarantees of liberty*. Yale: Yale University Press, 1957 e de BAGLEY, J. J.; ROWLEY, P. B. *A documentary history of England (1066-1540)*. Harmondsworth, Middlesex: Penguin Books Ltd, 1966. A versão aqui utilizada é referida, também, por STRONG, Frank R. *Substantive due process of law*. Durham: Carolina Academic Press, 1986. p. 5, nota 8.” PEREIRA, S. Tavares. *Devido processo substantivo*, p. 36, nota 55.
- (14) MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 106.

contra o baronato inglês dominado mediante “o julgamento de seus iguais” e aplicando a “lei do país”, na expressão de *Edward S. Corwin*⁽¹⁵⁾. Doravante, até mesmo a adjudicação da justiça pelas cortes reais far-se-ia sem aplicação do Direito do país de origem dos soberanos invasores.

Em 1354, no reinado de Eduardo III e numa lei conhecida como *Statute of Westminster of the Liberties of London*, as expressões originais foram substituídas pela expressão única *By Due Process Of Law*⁽¹⁶⁾. Carlos Roberto de Siqueira Castro adverte para o fato de que, embora essa expressão não tenha constado na Magna Carta, no “(...) período da primeira infância do nosso instituto, as expressões *law of the land*, *due course of law* e *due process of law*, que acabou se consagrando, eram tratadas indistintamente pela mentalidade jurídica então vigente.”⁽¹⁷⁾ Por isso, “a expressão *Law of the Land* é tida (...) unanimemente, como a predecessora direta e equivalente, em sentido e alcance, de *Due Process of Law*”⁽¹⁸⁾. Para *John V. Orth*, a jurisprudência assentou que as frases significam identicamente a mesma coisa.⁽¹⁹⁾ Como ensinava *Thomas McIntire Cooley*,⁽²⁰⁾ em 1880, perguntar “o que é o *Law of the Land*?” é outra forma de perguntar “o que é o *Due Process of Law*”? Do que decorre, já, certa compreensão da possibilidade de o Devido Processo também ocupar-se da substância dos atos governamentais.

(15) CORWIN, Edward S. *A Constituição norte-americana e seu significado atual*. Prefácio, tradução e notas de Leda Boechat Rodrigues. Rio de Janeiro: Zahar, 1959. p. 263.

(16) PEREIRA, S. Tavares. *Devido processo substantivo*, p. 39-40.

(17) CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova constituição do Brasil*, p. 10.

(18) PEREIRA, S. Tavares. *Devido processo substantivo*, p. 41.

(19) ORTH, John V. *Due process of law: a brief history*. Lawrence: University of Kansas Press, 2003. p. 8.

(20) COOLEY, Thomas McIntyre. *Princípios gerais de direito constitucional*. Tradução de Alcides Cruz. 2. ed. Reprodução fac-similar parcial da edição de 1909. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. p. 201.

América: As cartas das colônias norte-americanas, no século XVII, continham as expressões originais⁽²¹⁾. No período dos Estados independentes, entre 1776 e 1788, o mesmo aconteceu. A própria Declaração da Virgínia traz, na seção 8, as expressões “(...) *pelo Direito da terra ou pelo julgamento de seus iguais*”⁽²²⁾ e não *Due Process of Law*.

A Constituição norte-americana, de 1787, nasceu sem declaração de direitos e, portanto, não continha a cláusula, sob qualquer dicção. Somente em 1791 foi ratificado o conjunto das dez primeiras emendas constitucionais que constituem tal declaração, chamada de *Bill Of Rights*. Na 5ª emenda, os constituintes incluíram a cláusula com a expressão de Eduardo III — *Due Process of Law* — e voltada à contenção do governo central, ou seja, podia ser oposta às ações da União mas não às ações dos governos estaduais, conforme assentou a própria Suprema Corte na decisão do caso *Barron v. Baltimore*⁽²³⁾, de 1833⁽²⁴⁾.

Somente em 1868, após quase um século de desmandos dos governos estaduais, aos quais estava entregue a tarefa de legislar processual e materialmente, foram formuladas e ratificadas as chamadas “emendas da reconstrução” — que sucederam à guerra civil —, entre as quais, na 14ª emenda, introduziu-se, novamente, na Constituição norte-americana, a cláusula *due process of law*, agora voltada à contenção das ações dos governos estaduais. Finalmente, o cidadão norte-americano, de qualquer Estado federado, podia invocar a cláusula *Due Process* para se proteger dos atos arbitrários de todos os níveis de governo. Há, portanto, duas cláusulas *Due Process* levemente diferentes

(21) MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, p. 107.

(22) Disponível em: <http://www.archives.gov/national-archives-experience/charters/virginia_declaration_of_rights.html> Acesso em: 15 fev. 2006.

(23) *Barron v. Baltimore*, 7 Pet. 243 (1833).

(24) Sobre o *Bill of Rights*, a 5ª Emenda e a cláusula *Due Process of Law* para a União, veja-se PEREIRA, S. Tavares. *Devido processo substantivo*, p. 57-64.

na Constituição dos EUA, uma na 5ª Emenda, aplicável ao governo federal, e a segunda na 14ª Emenda, aplicável aos Estados.⁽²⁵⁾

Desde 1868 a cláusula ganhou força, procedimental e materialmente, transformando-se no principal baluarte de defesa do indivíduo frente às ações governamentais. A Suprema Corte norte-americana desenvolveu ao máximo as aplicações da cláusula, dando ensejo a duas doutrinas marcantes, denominadas *Procedural Due Process* e *Substantive Due Process*.⁽²⁶⁾ Desta última ocupa-se, ainda que rapidamente, o presente artigo.

Brasil: Em 1988, a cláusula do Devido Processo ganhou formalidade na Constituição da República Federativa do Brasil, com *status* de direito fundamental, ao abrigo de investidas

futuras de qualquer legislador, mesmo o constituinte derivado. E, pela exposição de motivos do Deputado Vivaldo Barbosa, sua origem é indubitosa: trata-se da mesma cláusula, quase milenar, do direito anglo-saxônico.

3. *Substantive due process*

Esta expressão — *Substantive due process* — denomina uma poderosa e polêmica teoria fundamental constitucional vigente nos Estados Unidos da América.⁽²⁷⁾ Alguns autores a denominam de doutrina e outros de filosofia. Adota-se aqui, porque prevalente, a nomenclatura de doutrina. Nela se baseiam decisões históricas da Suprema Corte, como, entre muitas outras, as atinentes aos direitos de controlar a concepção⁽²⁸⁾, de abortar⁽²⁹⁾ e de adultos voluntariamente se envolverem homossexualmente⁽³⁰⁾. A primeira decisão da Suprema Corte que utilizou diretamente a expressão data de 1948, embora a doutrina, em si, já viesse sendo utilizada com força desde a segunda metade do século XIX.

(25) A Suprema Corte as interpreta como idênticas em sentido e a Doutrina do Devido Processo Substantivo aplica-se às duas. Em verdade, elas se complementam, porque na 5ª Emenda existe a Cláusula *Takings* — inexistente na 14ª — e nesta última existe a cláusula *Equal Protection* — inexistente na 5ª. Nas questões de discriminação racial, por exemplo, resolvidas no Distrito de Colúmbia e onde se aplica a 5ª Emenda, a Corte recorre diretamente ao Devido Processo, por entender que a *igual proteção* é apenas um dos primeiros desdobramentos do princípio e que, pelas circunstâncias vigentes por ocasião da ratificação da 14ª emenda, o constituinte entendeu pertinente explicitar para os Estados. O inverso ocorre nas questões atinentes à desapropriação e que demandam a justa compensação. Recorre-se diretamente ao Devido Processo da 14ª Emenda, porque a cláusula *Takings*, explicitada com a 5ª emenda, também é vista como decorrência obrigatória do princípio e, em 1791, as preocupações com a proteção da propriedade eram as que prevaleciam.

(26) Note-se que já há uma história da *Substantive Due Process* nas jurisprudências americanas federal e estadual bem anteriores à adoção da 14ª Emenda em 1868. E a fonte das ideias é inglesa, como adverte Laurence H. Tribe: “Tem-se argumentado que, mesmo em 1791 (quando a Cláusula do Devido Processo da Quinta Emenda foi ratificada), o devido processo era largamente entendido como tendo conteúdo substantivo.” TRIBE, Laurence H. *American constitutional law*, p. 1333. Essa ideia está muito bem fundamentada em STRONG, Frank R. *Substantive due process of law*, p. 3 e ss., num capítulo denominado pelo autor de *Seedtime in the Mother Country* e extensamente examinado em PEREIRA, S. Tavares. *Devido processo substantivo*, p. 76-87.

(27) Ver, nesse sentido, GARNER, Bryan A. *Black's law dictionary*. 7. ed. Saint Paul, Minn: WestGroup, 1999; BARRON, Jerome A.; DIENES, C. Thomas. *Constitutional law in a nutshell*. St. Paul: West Group, 1999; CONKLE, Daniel O. Three theories of substantive due process. In: *Legal studies research paper series*. Bloomington: Indiana University School of Law, Research paper n. 53, jun. 2006. Disponível em: <<http://www.srn.comabstract=911628>> Acesso em: 3 nov. 2006; TRIBE, Laurence H. *American constitutional law*; NOWAK, John E.; ROTUNDA, Ronald D. *Constitutional law*. 17. ed. Saint Paul: West Group, 2004 e HALL, Kermit L. (Ed.) *The Oxford guide to United States Supreme Court decisions*. Oxford: Oxford University Press, 1999. p. 352, que se transcreve como representativo de todos: *substantive due process* “refers in the Fifth and the Fourteenth Amendments to the doctrine that requires the justices to examine whether the right being denied or the obligation being created is reasonable rather than whether it has been imposed in a procedurally appropriate way. The doctrine gives the justices broad powers to adapt constitutional law to changing social circumstances.” (sem grifo no original)

(28) *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965).

(29) *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

(30) *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. (2003).

A Doutrina do Devido Processo Substantivo afirma, em primeiríssimo lugar, que a cláusula do devido processo não apenas impõe a observância de procedimentos retos — garante direitos procedimentais básicos —, mas também exige que o poder se contenha diante de direitos subjetivos básicos substantivos, como os direitos de liberdade de expressão e de religião, por exemplo.

O indivíduo tem o poder de possuir ou fazer certas coisas, mesmo que o desejo do Estado seja em sentido contrário. E isso exprime a ideia de substantividade.

Sobre a distinção de direito material e processual, vale a antiga lição do saudoso *Délio Maranhão*, inspirada em *Calamandrei* e *Carnelutti*, juristas do *Civil Law*, mas que aqui são esclarecedoras: as normas de direito substancial são, para o juiz, “temas de indagação *in judicando*; as de direito processual, regras de conduta *in procedendo*.”⁽³¹⁾ Assim, os direitos procedimentais, garantidos pelo Devido Processo, ocupam-se de “como” o Estado pode juridicamente ir contra a vida, a liberdade ou a propriedade da pessoa. Mas apenas se o Direito, anteriormente, também lhe concedeu o poder para isso, o que remete o aplicador ao âmbito da substância da norma a aplicar. O que a Doutrina do Devido Processo Substantivo enfatiza é, primeiro, que o rigor *in procedendo* não pode substituir, jamais, as exigências das indagações sobre a norma *in judicando*⁽³²⁾. E, chegando ao pondo nevrálgico da doutrina, ela assevera que há substâncias que podem estar na lei (*statute*, obra do legislador infra-constitucional), mas que não se coadunam com o Direito (*Law*). E, portanto, não podem orientar o juiz *in judicando*. Atenção: veja-se que a referência é o *Law* (Direito) e não apenas o texto formal constitucional.

(31) MARANHÃO, Délio. *Direito do trabalho*. 13. ed. Rio de Janeiro: FGV, 1985. p. 373.

(32) Há coisas que o governo não pode fazer, mesmo seguindo os procedimentos próprios. ORTH, John V. *Due process of law: a brief history*, p. 8.

Embora essa ideia pareça trivial, para não dizer simplista, diante de todo o rico e portentoso esquema de controle de constitucionalidade vigente no Brasil e do detalhadíssimo texto da Constituição, não é bem assim, como se verá. A título de exemplo, realce-se, por ora, que, a partir dela: foram quebrados os limites textuais constitucionais (há direitos substantivos a proteger que estão além das previsões expressas da Constituição); negou-se a possibilidade de se afirmar que “tal direito” não existe porque não está contemplado na Constituição formal⁽³³⁾ (ideias de limites implícitos ao poder e de direitos implícitos); negou-se a natureza meramente programática dos princípios, dando-lhes efetiva normatividade (movimento que o *Civil Law*, ao embalo do pós-positivismo e da Nova Hermenêutica, só vai fazer, a muito custo, na segunda metade do século XX)⁽³⁴⁾; fez-se um ajuste

(33) Esses traços têm sido amplamente reconhecidos pelos neoconstitucionalistas. Como realça Habermas, o primado técnico-jurídico da constituição diante da lei integra a sistemática dos princípios do Estado de Direito, embora ela signifique apenas uma antecipação relativa do conteúdo das normas constitucionais. HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. 1, p. 166.

(34) “A necessidade de dar aos princípios o tratamento de Direito foi demonstrada por Dworkin, segundo Bonavides, deixando de lado as velhas concepções positivistas e reconhecendo ‘(...) a possibilidade de que tanto uma constelação de princípios quanto uma regra positivamente estabelecida podem impor obrigação legal.’ Neste momento especial para o advento do pós-positivismo, continua o constitucionalista cearense, é preciso entender o desenvolvimento doutrinário a respeito dos princípios, ‘(...) desde a tibia inicial de Betti e Esser em reconhecer-lhes a normatividade até as posições mais recentes e definidas do constitucionalismo contemporâneo e seus precursores, que erigiram os princípios a categorias de normas, numa reflexão profunda e aperfeiçoadora.’ Esse movimento se deu pela mão do jurista alemão Alexy e de publicistas espanhóis e italianos, ‘(...) receptivos aos progressos da Nova Hermenêutica e às tendências axiológicas de compreensão do fenômeno constitucional, cada vez mais atado à consideração dos valores e à fundamentação do ordenamento jurídico.’ Os princípios, portanto, cuja normatividade já não se discute, foram erigidos à condição de paradigmas dos ordenamentos jurídicos.”

fundamental do esquema tripartite-funcional montesquieuano/lockeano do poder, com o abandono da prevalência do Princípio da Supremacia Parlamentar — vigente na Inglaterra e, de forma geral, no continente europeu — em prol de uma efetiva aplicação do Princípio da Supremacia Judicial, pelo qual se repudiou peremptoriamente a figura do “juiz boca da lei” em favor de um juiz ativista, coconstrutor do ordenamento jurídico; a ideia reducionista, difundida no Brasil, de equiparação entre as ideias do Devido Processo Substantivo e de razoabilidade foi, permita-se a expressão, “melhorada”, e o teste de base racional (a verificação pura e simples da razoabilidade) veio a ser considerado o “teste frouxo” de exame de constitucionalidade, incapaz de, só por ele, garantir uma efetiva proteção dos direitos fundamentais.⁽³⁵⁾ Esses, como se disse, são apenas alguns exemplos das muitas implicações do reconhecimento de um alcance substantivo do Devido Processo, implicações essas que, com lógica e estrutura muito próprias, denominam-se *Substantive Due Process*.

4. Padrões de escrutínio

A cláusula do Devido Processo da 14ª emenda (1868) determina que “nem deve qualquer Estado privar qualquer pessoa da vida, liberdade ou propriedade, sem o devido processo legal (...)”. A palavra legal é muito criticada nessa tradução, pois ela reduz o alcance do termo *Law* dos anglo-saxões. Vários tradutores utilizam outras expressões como *trâmites legais*⁽³⁶⁾ ou *julgamento justo*⁽³⁷⁾.

PEREIRA, Sebastião Tavares ; ROESLER, Claudia Rosane. Princípios, Constituição e Racionalidade Discursiva. In: *II Mostra de Pesquisa, Extensão e Cultura do CEJURPS*, 2006, Itajaí. Produção Científica CEJURPS/2006. Itajaí-SC: Editora UNIVALI, 2006. p. 225-235.

(35) DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana*. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 653-654.

(36) HART, H. L. A. *O conceito de direito*. Trad. de A. Ribeiro Mendes. 2 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994. p. 17 e nota do tradutor informando a opção feita ao traduzir a obra. Parece evidente que ele vislumbrou muito especificamente

O sentido claro e mais evidente desse comando constitucional extrai-se diretamente do seu texto. O estado tem de valer-se de procedimentos suficientemente retos e justos para legalmente — isto é, com respeito ao *ius* — tomar a vida, a liberdade ou as posses de uma pessoa. Tais direitos são ditos procedimentais ou processuais.

Entretanto, sob a *Substantive due process*, a Suprema Corte desenvolveu uma interpretação mais ampla da cláusula, como já visto, para garantir a proteção de direitos subjetivos substantivos básicos, assim como o próprio direito subjetivo ao processo.

Para impor um ônus à vida, à liberdade ou à propriedade, segundo a Doutrina, é necessária uma *justificação governamental apropriada*. A nova baliza, adotada pela Suprema Corte, fez a cláusula do Devido Processo tornar-se uma cláusula da *devida substância*⁽³⁸⁾ também, e, portanto, ela exige que o Estado justifique adequadamente qualquer movimento da direção daqueles bens fundamentais.

Atente-se para o que está dito: a) a razoabilidade da norma ou do ato governamental é insuficiente para legitimar imposição de ônus aos bens da vida e da liberdade, por exemplo, protegidos pelo Devido Processo; b) o Estado deve justificar sua ação (norma ou ato), o que significa que o ônus da prova lhe é transferido acerca da necessidade, da oportunidade e da adequação dos meios utilizados para o alcance dos objetivos colimados; c) a justificação feita pelo Estado deve ser “apropriada”, um juízo complexo que cresce em exigência segundo o direito envolvido e o grau do impacto provocado pela ação estatal ao direito em questão.

o lado procedimental da cláusula centenária, como exatamente conviria para um livro escrito pelo último grande positivista.

(37) NEWMAN, Edwin S. *Liberdades e direitos civis*. Trad. de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Forense, 1967. p. 60-62.

(38) Conforme a ampla discussão da Corte no caso *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

À ideia do exame de razoabilidade agregam-se, assim, exigências novas, muito mais rigorosas, para construir o que os norte-americanos denominam de *padrões de escrutínio*⁽³⁹⁾ de todos os atos infraconstitucionais, legislativos, executivos e até judiciais. As próprias sentenças não escapam ao exame, como ficou evidente na decisão da Suprema Corte do caso *State Farm Mutual Automobile Insurance v. Campbell*, 538, U. S., decidido em 7 de abril de 2003. Tratava-se de uma indenização punitiva que a Corte julgou excessiva, em confronto com a indenização compensatória imposta. A Corte estabeleceu que indenizações punitivas que excedam em mais de dez vezes a indenização compensatória são suspeitas e, portanto, ferem direito subjetivo substantivo protegido pelo Devido Processo, no caso a propriedade (patrimônio). A desconstituição de sentença, porque o procedimento conduziu a um resultado “incompatível” com o *Law*, não é uma ideia nova nem revolucionária.⁽⁴⁰⁾

(39) Sobre a matéria, aliás complexa, veja-se PEREIRA, S. Tavares. *Devido processo substantivo*, p. 197-223. E também: GARNER, Bryan A. *Black's law dictionary*, p. 820, 1269 e 1435; HALL, Kermit L. (Ed.) *The Oxford guide to United States Supreme Court decisions*, p. 357; DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana*, p. 653-663. Destacam-se os padrões de escrutínio mínimo (*rational basis test* ou teste da razoabilidade), de escrutínio elevado, de escrutínio estrito (o mais severo), o do ônus indevido, etc.

(40) Veja-se TRIBE, Laurence H. *American constitutional law*, p. 1337, nota 31; também REHNQUIST, William H. *The Supreme Court*. New York: Vintage Books, 2002. p. 89-90, que comentando o caso *Gelpcke v. Dubuque*, de 1860, após alegar que a Corte teve de lançar mão de razões formais para desconstituir a decisão das cortes inferiores — (a Doutrina do Devido Processo Substantivo, ainda em gestação, passava por um momento crítico, na época, após a desastrosa decisão do caso *Scott v. Sandford* (Dred Scott Case), 60 U.S. 393 (1857)) — o ex-presidente da Suprema Corte informa que a Corte “(...) really had no better reason for doing it than that it thought the decisions were unfair to bondholders who had invested their money in reliance on the validity of the bonds.” E, para mais detalhes, ver, ainda, PEREIRA, S. Tavares. *Devido processo substantivo*, p. 93-94, sobre a imposição da parte substantiva a despeito do rigor procedimental.

A disposição de gerar padrões de escrutínio diferenciados, para o exame de leis/atos, segundo a matéria e os direitos envolvidos, foi extremamente significativa porque, por essa via, o poder de revisão judicial se expandiu muito, na esteira do que preconizava a Doutrina do Devido Processo Substantivo.

5. Vias de ampliação do controle de constitucionalidade

Do que ficou dito, verificam-se dois mecanismos básicos dessa ampliação. Conforme a pregação doutrinária, as Cortes Federais e a Suprema Corte ganharam plena discricionariedade para decidir quais direitos fundamentais e até onde estão ao abrigo do Devido Processo, mesmo não estando enumerados no texto constitucional. Na realidade, a 9ª emenda, que lembra o § 2º do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988⁽⁴¹⁾, exprime bem essa ideia: “A enumeração de certos direitos na Constituição não será interpretada de modo a negar-se ou restringir-se outros retidos pelo povo.”⁽⁴²⁾ Essa emenda foi inspirada pelo temor existente, na época, de que se aplicasse o princípio consagrado de interpretação estrita (não ampliadora) das enumerações. Mas ela também deixou evidenciada a abertura plena da declaração de direitos. A Doutrina do Devido Processo Substantivo, por outro lado, rompendo uma doutrina interpretativista textual que vigorou nas primeiras décadas de vida dos Estados Unidos da América (textualismo marshalliano), deu às Cortes, com exclusividade, o poder de “identificar” e positivar tais “outros direitos retidos pelo povo” para ampliar o universo dos direitos fundamentais expressos no *Bill of Rights*.

(41) “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.” BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br/ccivil_03/constituicao/nova-constitui.htm> Acesso em: 6 jan. 2005.

(42) CORWIN, Edward S. *A Constituição norte-americana e seu significado atual*, p. 229.

Às primeiras indagações — quais direitos merecem a guarida constitucional e até onde — a Corte respondeu de duas maneiras: a) Lembre-se que a declaração de direitos, o *Bill of Rights*, constituído pelas dez primeiras emendas, restringia apenas a ação do governo federal. O próprio texto constitucional continha certas restrições aos Estados-membros (Art. I, § 10 e no art. VI), mas todas se mostraram inadequadas para um efetivo controle da produção legislativa estadual.⁽⁴³⁾ Era necessário estender, então, a todos os Estados federados, a própria declaração de direitos (*Bill of Rights*). Isso foi feito por uma doutrina chamada “da incorporação seletiva”⁽⁴⁴⁾, mediante a qual a Suprema Corte, pela via do Devido Processo da 14ª Emenda, selecionou a maioria das proteções substantivas do *Bill of Rights* e as tornou obrigatórias para todos os Estados-membros; e b) utilizando três metodologias de identificação de novos direitos fundamentais, não enumerados na Constituição — alguns autores as denominam teorias dos direitos fundamentais —, a Corte pode dar o *status* e a proteção constitucionais a quaisquer direitos substantivos que considere sejam tão básicos, naturais e fundamentais a ponto de merecer tal proteção. As metodologias denominam-se: 1. da tradição histórica; 2. do julgamento racional; e 3. dos valores nacionais emergentes⁽⁴⁵⁾. Em todas elas, a Corte vincula o novo direito a uma das

três palavras básicas do Devido Processo: vida, liberdade e propriedade. Ou seja, todas as diferentes teorias estribam-se, de alguma forma, na Doutrina do Devido Processo Substantivo. Nas últimas e mais contundentes decisões da Corte, a fonte tem sido a palavra liberdade (direito de privacidade, aborto, prática voluntária de atos homossexuais).

Respondidas aquelas indagações, as Cortes utilizam, então, a revisão judicial para promover a congruência de toda a legislação dos Estados-membros com tais direitos substantivos, num fenômeno que Daniel O. Conkle denomina de nacionalização.

6. *Economic substantive due process*

Esta expressão é utilizada para denominar uma vertente, um viés ou uma fase da Doutrina do Devido Processo Substantivo, que vigorou entre o final do século XIX e até o final da década de 1930. A Doutrina, nesse período, passou a ser conhecida pelo nome da mais famosa e controvertida decisão expedida na época — Doutrina do Devido Processo Substantivo de estilo *Lochner*⁽⁴⁶⁾ —, mas no *Black's Law Dictionary* ela é chamada de Doutrina do Devido Processo Substantivo Econômico porque preponderava, naquelas décadas, a defesa dos interesses ligados à propriedade e aos contratos, estes vistos como expressão da liberdade (liberdade de contratar). *Lochnerizar* (*to lochnerize*) disseminou-se entre os juristas norte-americanos como um verbo para exprimir o modo de ação da Corte naquele período.

Lembre-se que se trata das décadas em que o mundo viu: a) as Constituições ganharem contornos sociais (*welfare state*), abandonando-se o modelo liberal do Estado moderno; e b) estruturar-se a Ciência do Direito em termos formais-estruturalistas kelsenianos, avessa à preocupação com a substância do Direito.

Como não poderia deixar de ser, a Suprema Corte cedeu na aplicação da doutrina com aquelas preocupações econômico-sociais. É o

(43) PEREIRA, S. Tavares. *Devido processo substantivo*, p. 131-138.

(44) Sobre as doutrinas da “incorporação total” e da “incorporação seletiva”, que acabou prevalecendo, veja-se: PEREIRA, S. Tavares. *Devido processo substantivo*, p. 170-174; BARRON, Jerome A.; DIENES, C. Thomas. *Constitutional law in a nutshell*, p. 169-170; *Gitlow v. New York*, 268 U.S. 652 (1925); DAVIES, Thomas Y. *Adamson v. California*. In: *The Oxford guide to United States Supreme Court decisions*. Oxford: Oxford University Press, 1999. p. 5.

(45) CONKLE, Daniel O. Three theories of substantive due process. In: *Legal studies...* Veja-se, também: PEREIRA, S. Tavares. *Devido processo substantivo*, p. 164-167; RUBIN, Peter J. Square pegs and round holes: substantive due process, procedural due process, and the bill of rights. In: *Columbia law review*, p. 841-842.

(46) *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905).

que anunciam *Jerome A. Barron* e *C. Thomas Dienes*, em texto cujo original se encontra na nota de rodapé para maior clareza: “As doutrinas constitucionais em geral não morrem de uma vez só, mas lentamente vão demonstrando sinais de mortalidade. Assim ocorreu com a *substantive due process* de estilo *Lochner*.”⁽⁴⁷⁾ Como se verá mais adiante, entretanto, certos juristas têm alegado que parece haver um ressurgimento daquela doutrina (ou da doutrina com aquele viés) em algumas decisões recentes da Suprema Corte.

7. A *substantive due process* e as liberdades e os direitos civis

Num caso de 1938 (*Carolene Products*)⁽⁴⁸⁾, anunciou-se a mudança de rumos da Suprema Corte em relação à revisão judicial das leis de caráter econômico e social. Não mais seria aplicada a Doutrina com o viés da era *Lochner*, dando-se máxima deferência às decisões legislativas no campo econômico e social. As leis dessa área não mais seriam submetidas aos severos padrões de escrutínio até então aplicados, no controle de constitucionalidade, bastando que passassem pelo teste básico da razoabilidade e perseguissem um objetivo legítimo do Estado.

Mas na nota de rodapé de número 4 anunciava-se, também, que a Doutrina do Devido Processo Substantivo continuaria plena em relação aos direitos e às liberdades civis. A utilização de dois Padrões de Escrutínio da lei, segundo a matéria tratada, ganhou o nome de duplo-padrão⁽⁴⁹⁾.

A atuação firme nessa outra direção, entretanto, levou mais de uma década para mostrar-se

com força, na década de 1950 (corte Warren). Nesse vácuo da aplicação da força de contenção substantiva do Devido Processo, após 1939, leis e atos governamentais violaram gravemente os direitos civis e passaram incólumes pelo exame de constitucionalidade. Exemplifica-se com os programas de lealdade⁽⁵⁰⁾ (para ser servidor público tinha-se de jurar não ser membro de nenhum partido ou organização política que advogasse a destruição do governo), com a utilização ilegal de exposição à mídia para dobrar o pensamento de opositores⁽⁵¹⁾ (admissão do tribunal da opinião pública, claramente inconstitucional) e a esterilização de criminosos sexuais contumazes.⁽⁵²⁾

Mas os avanços da Doutrina, na segunda metade do século XX e nesse início de milênio, são notáveis. Vários direitos, inimagináveis nas décadas anteriores, sem qualquer enumeração no texto constitucional, ganharam guarida e têm sido afirmados pela Suprema Corte. Além dos já mencionados anteriormente, vale citar: direitos das minorias, preservação dos mecanismos básicos do regime democrático, manutenção do equilíbrio federativo como condição protetora do indivíduo, etc. A palavra liberdade tem sido o grande guarda-chuva de uma variada gama de novos e surpreendentes direitos substantivos, e o conceito de propriedade, por exemplo, foi ampliado para contemplar os “benefícios sociais”.

Mesmo no âmbito econômico-social, parece haver uma volta da Doutrina. Recentes decisões da Suprema Corte têm feito autores se perguntarem se não estaria havendo, de fato, um retorno da *Economic Substantive Due Process* em algumas áreas atinentes ao desrespeito à propriedade e ao patrimônio (indenizações

(47) Texto original: “Constitutional doctrines usually do not die all at once but slowly show signs of mortality. So it was with *Lochner*-style substantive due process.” BARRON, Jerome A.; DIENES, C. Thomas. *Constitutional law in a nutshell*, p. 176.

(48) *United States v. Carolene Products Co.* 304 U.S. 144 (1938).

(49) Sobre o chamado “duplo-padrão”, veja-se PEREIRA, S. Tavares. *Devido processo substantivo*, p. 213 e ss.

(50) DOUGLAS, William O. *Uma carta viva de direitos*. Trad. De Wilson Rocha. 2.ed. São Paulo: Ibrasa, 1976. p. 35-39.

(51) *Ibidem*, p. 39-40.

(52) PEREIRA, S. Tavares. *Devido processo substantivo*, p. 140-141.

punitivas, por exemplo, como já comentado anteriormente)⁽⁵³⁾.

8. Críticas à doutrina do devido processo substantivo

Como não poderia deixar de ser, as críticas à Doutrina do Devido Processo Substantivo são abundantes e tão duradouras quanto a própria Doutrina.

Os críticos alegam que, em vez das leis que ela derruba, é ela mesma, a doutrina, que é inconstitucional. Ela viola o princípio da tripartição dos poderes e, pior, usurpa o poder dos legislativos estaduais quando derruba lei sem expressa violação a texto constitucional. Dizem, ainda, que a interpretação do princípio, feita pela Doutrina, é um verdadeiro oxímoro, pois não há como ver nada além de garantia de direitos procedimentais na leitura da cláusula. E aduzem que os direitos não enumerados, reconhecidos pela Corte, são direitos pseudoconstitucionais que não poderiam ser positivados a não ser pelos legisladores estaduais. Finalmente, entre muitos outros ataques, afirmam que só porque algo é um direito humano básico não o torna um direito constitucional que, por definição, é um direito enumerado e não implícito.

Entre os adeptos da *Substantive Due Process* nascem muitas defesas: a persistência histórica e a habilidade dinâmica da Doutrina na luta pela defesa de direitos humanos básicos, de forma nacional, de modo a neutralizar os riscos da pulverização federal dos poderes legislativos; não se pode conceber, como determinadamente prega a Doutrina, que um procedimento possa ser considerado justo se injustamente priva uma pessoa de suas liberdades fundamentais; dizem, ainda, tais defensores, entre outras coisas, que a abertura conceitual do Devido Processo é intencional para deixar com as Cortes o poder de interpretá-la.

(53) BARRON, Jerome A.; DIENES, C. Thomas. *Constitutional law in a nutshell*, p. 180.

9. Considerações finais

A expressão *substantive due process* denomina, precipuamente, uma Doutrina constitucional que, partindo de antigas ideias inglesas, afirma que o Devido Processo não se ocupa apenas de procedimentos, mas também da parte substantiva ou substancial de leis e atos estatais. O ocupante do poder, num Estado Constitucional de Direito, está controlado quanto ao que pode fazer e, quando e se autorizado, deve seguir procedimentos que se afinem com o Direito.

A partir da afirmação do alcance substantivo do Devido Processo, a Doutrina estrutura-se num conjunto lógico de recomendações consideradas essenciais para dar efetividade máxima ao princípio. Algumas delas foram objeto de consideração acima. Muitas outras mereceriam menção como: a mobilidade constitucional⁽⁵⁴⁾, o ativismo judicial, o combate à tirania das maiorias, a proteção das minorias, o papel crucial político-moral entregue ao Poder Judiciário num verdadeiro Estado de Direito, a vinculação necessária do Direito com a ideia de correção normativa e a moralidade⁽⁵⁵⁾, etc.

(54) Noção que aproxima, pelas visões atuais dos constitucionalistas do sistema do *Civil Law*, os dois sistemas, e que J.J. Gomes Canotilho realça referindo-se ao sistema jurídico do Estado de direito democrático português, afirmando-o um sistema normativo aberto de regras e princípios. A juridicidade advém da dinâmica inerente ao sistema de normas que o representa. É aberto porque "(...) tem uma *estrutura dialógica* (Caliess), traduzida na disponibilidade e 'capacidade de aprendizagem' das normas constitucionais para captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da 'verdade' e da 'justiça' (...)" CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1995. p. 1145.

(55) Outra ideia que se espalhou pelo sistema do *Civil Law*, pois se assentou que as constituições dos Estados democráticos de direito incorporam princípios como o da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade, da democracia e do Estado Social, que estabelecem uma forçosa relação entre *direito e moral* e exigem, em casos de colisão ou vaguidade, lidar com as noções de Direito, como é, e Direito como deveria ser. DREIER, Ralf *apud* DUARTE, Écio Oto Ramos. *Teoria do discurso e correção normativa do direito*, p. 151-152.

Desde 1988 o Devido Processo faz parte do universo constitucional formal do Brasil, trazido das ordens jurídicas anglo-saxônicas.

Este artigo procurou trazer algumas ideias essenciais sobre a visão do princípio, substantivamente tomado, visando a provocar o jurista brasileiro para contemplá-lo pelo ângulo considerado mais relevante nos Estados Unidos da América. Do conhecimento das ideias, de sua lógica e seus propósitos e das ricas e fecundas aplicações feitas pela Suprema Corte norte-americana, certamente se abrirão caminhos para que se faça, também no Brasil, desse princípio maior da proteção individual, um efetivo instrumento a serviço dos direitos humanos fundamentais.

10. Referências bibliográficas

- BARRON, Jerome A.; DIENES, C. Thomas. *Constitutional law in a nutshell*. St. Paul: West Group, 1999.
- BONATO, Gilson. *Devido processo legal e garantias processuais*. São Paulo: Lumen Juris, 2003.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br/ccivil_03/constituicao/nova-constiain.htm> Acesso em: 6 jan. 2005.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1995.
- CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova constituição do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.
- CONKLE, Daniel O. Three theories of substantive due process. In: *Legal studies research paper series*. Bloomington: Indiana University School of Law, Research paper n. 53, jun. 2006. Disponível em: <<http://www.srn.combstract=911628>> Acesso em: 3 nov. 2006.
- COOLEY, Thomas McIntyre. *Princípios gerais de direito constitucional*. Tradução de Alcides Cruz. 2. ed. Reprodução fac-similar parcial da edição de 1909. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.
- CORWIN, Edward S. *A constituição norte-americana e seu significado atual*. Prefácio, tradução e notas de Lêda Boechat Rodrigues. Rio de Janeiro: Zahar, 1959.
- CRUZ, Paulo Márcio. *Fundamentos do direito constitucional*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2003.
- DAVIES, Thomas Y. Adamson v. California. In: ————. *The Oxford guide to United States Supreme Court decisions*. Oxford: Oxford University Press, 1999.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. v. 1.
- DOUGLAS, William O. *Uma carta viva de direitos*. Trad. De Wilson Rocha. 2. ed. São Paulo: Ibrasa, 1976.
- DUARTE, Écio Oto Ramos. *Teoria do discurso e correção normativa do direito*. São Paulo: Landy, 2003.
- DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- . *A virtude soberana*. A teoria e a prática da igualdade. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- GARNER, Bryan A. *Black's law dictionary*. 7. ed. Saint Paul, Minn: WestGroup, 1999.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1.
- HALL, Kermit L. (Ed.) *The Oxford guide to United States Supreme Court decisions*. Oxford: Oxford University Press, 1999.
- HART, H. L. A. *O conceito de direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.
- HOYOS, Arturo. *El debido proceso*. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1998.
- JOHNSON, D. Barnabas. *Due process of law*. Disponível em: <<http://www.jurlandia.am/dueprocess.htm>> Acesso em: 25 out. 2005.
- MARANHÃO, Délio. *Direito do trabalho*. 13. ed. Rio de Janeiro: FGV, 1985.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- NEWMAN, Edwin S. *Liberdades e direitos civis*. Tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

NOWAK, John E.; ROTUNDA, Ronald D. *Constitutional law*. 17. ed. Saint Paul: West Virginia State Board of Education v. Barnette, 319 U.S. 624 (1943). Group, 2004.

ORTH, John V. *Due process of law: a brief history*. Lawrence: University of Kansas Press, 2003.

PEREIRA, S. Tavares. *Devido processo substantivo (Substantive due process)*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.

PEREIRA, Sebastião Tavares; ROESLER, Claudia Rosane. Princípios, Constituição e racionalidade discursiva. In: *II Mostra de Pesquisa, Extensão e Cultura do CEJURPS*, 2006, Itajaí. Produção Científica

CEJURPS/2006. Itajaí-SC: Editora UNIVALI, 2006. p. 225-235.

REHNQUIST, William H. *The Supreme Court*. New York: Vintage Books, 2002.

RUBIN, Peter J. Square pegs and round holes: substantive due process, procedural due process, and the bill of rights. In: *Columbia Law Review*. New York, v. 103, n. 833, p. 833-892, maio 2003.

STRONG, Frank R. *Substantive due process of law*. Durham: Carolina Academic Press, 1986.

TRIBE, Laurence H. *American constitutional law*. 3. ed. New York: Foundation Press, 2000.

Inexistência de estabilidade e a confusão jurisprudencial formada em torno da dispensa do empregado público concursado

Cláudio Dias Lima Filho^(*)

Resumo:

- ▶ O texto trata dos equívocos jurisprudenciais a respeito da estabilidade e da dispensa do empregado público, tendo como foco o estudo crítico e analítico do teor da Súmula n. 390 do TST e da Orientação Jurisprudencial n. 247 da SBDI-1 do TST, oferecendo contraponto às noções encampadas nesses. Demonstra-se o equívoco dos verbetes jurisprudenciais supramencionados, apontando, ainda, o anacronismo das ideias neles cristalizadas e a inconstitucionalidade desses entendimentos. Revelam-se os equívocos do posicionamento do TST a respeito do assunto abordado, para concluir que os seus entendimentos a respeito da estabilidade e da dispensa imotivada do empregado público não se sustentam juridicamente, revelando nítidas inconstitucionalidades.

Palavras-Chave:

- ▶ Empregado público — estabilidade — dispensa — motivação — discriminação.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. O anacronismo da Súmula n. 390, I, do TST
- ▶ 3. Análise crítica acerca da estabilidade bienal (antes do advento da EC n. 19/98)
- ▶ 4. A tortuosa concepção jurisprudencial acerca da “estabilidade”
- ▶ 5. O tratamento discriminatório atribuído pelo TST aos empregados de empresas públicas e sociedades de economia mista
- ▶ 6. Inconstitucionalidade da dispensa de empregado público sem a motivação adequada
- ▶ 7. A discriminação entre os discriminados — o caso dos empregados públicos da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos

(*) Procurador do Trabalho com lotação na PRT da 5ª Região (Procuradoria do Trabalho no Município de Vitória da Conquista/BA). Mestrando em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Professor de Direito Processual do Trabalho da Faculdade de Tecnologia e Ciências (FTC) em Vitória da Conquista/BA.

- 8. Considerações finais
- 9. Referências bibliográficas

1. Introdução

Pouco se questiona a respeito da efetiva existência de estabilidade do trabalhador que regularmente ingressa na Administração para ocupar um *emprego*. Os julgados e a maioria das obras existentes apenas repetem, incautamente, o entendimento firmado pelo Tribunal Superior do Trabalho, no sentido de que “o servidor público celetista da administração direta, autárquica ou fundacional é beneficiário da estabilidade prevista no art. 41 da CF/88” (Súmula n. 390, I, do TST). O mesmo verbete sumular também afirma, adiante, que “ao empregado de empresa pública ou de sociedade de economia mista, ainda que admitido mediante aprovação em concurso público, não é garantida a estabilidade prevista no art. 41 da CF/88” (Súmula n. 390, II).

Em outro entendimento vigente no Tribunal (ou em parte significativa dele), assevera-se que o empregado regularmente admitido por empresa pública ou sociedade de economia mista pode ser dispensado imotivadamente, supostamente sem qualquer agressão ao ordenamento jurídico (Orientação Jurisprudencial n. 247 da SBDI-1 do TST).

Digno de análise, ainda, o curiosíssimo teor do inciso II da Orientação Jurisprudencial n. 247 da SBDI-1 do TST, segundo o qual a validade do ato de despedida do empregado da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos estaria condicionada à motivação, supostamente em razão de “gozar a empresa do mesmo tratamento destinado à Fazenda Pública em relação à imunidade tributária e à execução por precatório, além das prerrogativas de foro, prazos e custas processuais”.

O presente texto visa a analisar criticamente esses posicionamentos. Para tanto, propõe-se a abordagem dos conceitos de *estabilidade* e *dispensa* do servidor público concursado que

desempenha suas tarefas como *empregado*, explicitando os equívocos posicionamentos que a jurisprudência tomou em torno desses temas.

Defenderei, entre outros, os seguintes pontos de vista: a inexistência de estabilidade bienal ou trienal dos empregados públicos (sejam eles vinculados à Administração Direta ou à Indireta); a inviabilidade de distinção entre empregados públicos em razão da natureza jurídica do empregador; e a obrigatoriedade de motivação para a dispensa dos empregados da Administração Pública, em qualquer dos entes perante o qual o empregado mantenha contrato de emprego. Todos esses temas serão abordados tendo em vista *apenas o regime dos empregados regularmente admitidos através de concurso público*, desconsiderando-se, pois, as contratações feitas de modo irregular pelos entes públicos, cujas consequências são, em sua quase totalidade, previstas na Súmula n. 363 do TST.

2. O anacronismo da Súmula n. 390, I, do TST

Conforme já abordado, a Corte Superior Trabalhista posiciona-se no sentido de que o “servidor público celetista da administração direta, autárquica ou fundacional é beneficiário da estabilidade prevista no art. 41 da CF/88” (Súmula n. 390, I). Qual é o fundamento utilizado pelo Tribunal para sumular a matéria nesses termos?

Uma análise do processo de confecção da súmula explica a razão: o enunciado resultou da conversão da Orientação Jurisprudencial n. 22 da SBDI-2 do TST, que foi originariamente editada em 20 de setembro de 2000. O verbete tinha a seguinte redação:

“AÇÃO RESCISÓRIA. ESTABILIDADE. ART. 41, CF/88. CELETISTA. ADMINISTRAÇÃO DIRETA, AUTÁRQUICA OU

FUNDACIONAL. APLICABILIDADE. O servidor público celetista da administração direta, autárquica ou fundacional é beneficiário da estabilidade prevista no art. 41 da Constituição Federal”.

O TST, à época, firmou entendimento de que a disciplina constitucional do art. 41 aplicava-se ao servidor público celetista, pois não havia qualquer distinção constitucional em relação ao servidor ocupante de cargo público (vínculo estatutário). O entendimento baseava-se em decisões oriundas do STF, conforme se verifica pelo aresto abaixo:

“SERVIDOR PÚBLICO CELETISTA. ESTABILIDADE PREVISTA NO ART. 41 DA CF/88. APLICABILIDADE. Conforme reiterados julgados proferidos pelo excelso Supremo Tribunal Federal, a quem compete, em última análise, decidir sobre questão constitucional, a estabilidade e a disponibilidade não dizem respeito apenas aos servidores ocupantes de cargos públicos, mas, também, de empregos públicos (MS 21236-5 DF), razão pela qual tais servidores, uma vez contratados mediante concurso público, independentemente de serem optantes pelo FGTS, gozam da estabilidade prevista no art. 41 da Constituição Federal”. (TST, RR 749.107/2001, decisão unânime de 28.8.2002 publicada no DJU de 11.10.2002, Rel. Min. Rider Nogueira de Brito).

O posicionamento do STF, além de fielmente seguido pelo TST, veio a ensejar a edição da OJ n. 22 da SBDI-2, acima transcrita. Com a finalidade de reorganizar seus verbetes, o Tribunal Superior determinou a conversão e a fusão⁽¹⁾ de várias OJs, que são, hoje, novas súmulas do TST. É o que também ocorreu com a Súmula n. 390 da Corte.

Na conversão de verbetes, contudo, o TST não observou que houve profunda alteração no que diz respeito à estabilidade do servidor público. Aliás, essa alteração já havia sido feita quando da edição da OJ n. 22 da SBDI-2: trata-se

(1) A consolidação foi feita pelo Pleno do Tribunal Superior do Trabalho por meio da Resolução n. 129, de 5 de abril de 2005.

da Emenda Constitucional n. 19/98, que modificou o teor do art. 41 da Constituição. Apesar disso, o TST consagrou um entendimento com base em norma já inexistente à época da edição da Orientação Jurisprudencial.

Dispõe o *caput* do art. 41 da Constituição, com a redação que lhe foi atribuída pela EC n. 19/98 (destaques acrescidos):

“Art. 41. São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para *cargo de provimento efetivo* em virtude de concurso público.

(...)”

Ora, se a própria Constituição é expressa em afirmar que *os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo* regem-se pelas regras de estabilidade que ela estabelece, é evidente que *os servidores empregados não são alcançados pela regra de estabilidade descrita pelo art. 41*.

Verifica-se, assim, que o teor da OJ estava defasado desde a sua edição, em 20 de setembro de 2000. E mesmo assim, além de mantida, a OJ veio a ser convertida em súmula, quase cinco anos depois, sem qualquer alteração substancial em seu teor.

O próprio TST chegou a reconhecer a limitação temporal da Súmula n. 390, I, bastando uma simples leitura de alguns acórdãos⁽²⁾ para que se

(2) A respeito do tema: “A estabilidade prevista no art. 41 da Constituição, antes da Emenda Constitucional n. 19/98, inserida em seção cujos preceitos se referem especificamente aos servidores públicos civis da administração direta, das autarquias e das fundações públicas, destinava-se não só aos servidores públicos, também denominados funcionários públicos, submetidos ao regime estatutário, e investidos em cargos públicos criados por lei, que lhes confere denominação própria, define suas atribuições e fixa o padrão de vencimento ou remuneração, como também aos empregados públicos”. (TST, ERR 467.518/1998, decisão unânime de 31.3.2003 publicada no DJU de 25.4.2003, Rel. Min. Milton de Moura França). Ou ainda: “A Constituição da República de 1988, no seu art. 41 (redação original), conferia estabilidade, após dois anos de efetivo exercício, aos servidores nomeados em virtude de concurso público (redação anterior à atual introduzida pela Emenda Constitucional n. 19/98). Da exegese do referido art. 41, pode-se concluir estar assegurada a estabilidade a todos os servidores da

constatasse o anacronismo do entendimento sumulado. E mesmo assim não providenciou qualquer esclarecimento a respeito do alcance do preceito.

Pior: o TST, mesmo em causas que tratem de questões *posteriores* à edição da EC n. 19/98, ainda mantém o entendimento, baseado *em norma constitucional revogada*. É o que se verifica nos arestos a seguir, relativos a feitos que tratam de admissões e dispensa de celetistas concursados após a EC n. 19/98⁽³⁾:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. SERVIDOR PÚBLICO CELETISTA. DEMISSÃO IMOTIVADA. IMPOSSIBILIDADE. ITEM I DA SÚMULA N. 390. NÃO PROVIMENTO. 1. A jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que o servidor público celetista da administração direta, autárquica ou fundacional, não pode ser exonerado nem demitido sem inquérito ou sem as formalidades legais de apuração de sua capacidade. Incidência do item I da Súmula n. 390. 2. Agravo de instrumento a que se nega provimento.” (AIRR – 1454/2005-099-15-40.6. Julgamento em 12.8.2009, Rel. Min. Guilherme Augusto Caputo Bastos, 7ª Turma, unânime, Divulgado no DEJT de 21.8.2009).

“SERVIDOR PÚBLICO CELETISTA. ADMINISTRAÇÃO DIRETA. ESTÁGIO PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE DE DISPENSA ARBITRÁRIA. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO E FINALIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO. O servidor público celetista da administração direta, autárquica ou fundacional que ainda não tenha preenchido os requisitos do art. 41 da Constituição da República, para a aquisição da estabilidade não pode ser demitido sem motivação e

administração direta, autárquica ou fundacional, independentemente do regime jurídico a que se submetem (...).” (RR n. 578/1998-281-04-00.8, decisão de 22.9.2006 publicada no DJU de 19.12.2006, Rel. Min. Emmanoel Pereira).

- (3) O primeiro dos arestos trata de trabalhador concursado admitido e dispensado em 2005. O segundo, de trabalhador admitido em 2001 e dispensado em 2003. Em ambos os casos, como se percebe, alguns anos após a edição da EC n. 19/98, que alterou o art. 41 da Constituição da República.

finalidade do ato administrativo correspondente, sob pena de nulidade. (...) Recurso de revista conhecido e provido.” (RR – 865/2004-079-15-00.4. Julgamento em 8.10.2008, Rel. Min. Emmanoel Pereira, 5ª Turma, unânime. Divulgado no DEJT de 24.10.2008).

Nada impediria — pelo contrário, seria até recomendável — que o TST delimitasse o alcance da Súmula n. 390, I, esclarecendo que ela se aplicaria ao servidor celetista já detentor de estabilidade à época da edição da EC n. 19/98. Hoje o entendimento sumulado, além de defasado, é manifestamente inconstitucional, por estender de maneira indevida o teor de norma constitucional que é expressa em delimitar seu alcance apenas aos *servidores públicos ocupantes de cargo efetivo*. Como, aliás, o verbete fora editado *após* a modificação do texto constitucional, está-se diante de uma súmula *natimorta*, já que não há substrato constitucional que a ampare.

3. Análise crítica acerca da estabilidade de bienal (antes do advento da EC n. 19/98)

Mencionei, acima, que a estabilidade trienal — conferida pelo atual art. 41 da Constituição — é absolutamente inaplicável ao empregado público.

Seria possível aduzir, ainda, que essa estabilidade poderia ser aplicada às *situações já constituídas à época da edição da Emenda Constitucional n. 19/98*, em consonância com o entendimento pacificado no STF, que se firmou no seguinte sentido:

“Direito Constitucional e Administrativo. Servidores Públicos. Disponibilidade. Empregados do Quadro Permanente da Comissão de Valores Mobiliários (autarquia). Mandado de Segurança impetrado pelos servidores colocados em disponibilidade por força do Decreto n. 99.362, de 2.7.1990. Alegação de que o instituto da disponibilidade somente se aplica aos ocupantes de cargos e não aos de empregos públicos. Alegação repelida. 1. A garantia constitucional da disponibilidade remunerada decorre da estabilidade

no serviço público, que é assegurada, não apenas aos ocupantes de cargos, mas também aos de empregos públicos, já que o art. 41 da CF se refere genericamente a servidores. 2. A extinção de empregos públicos e a declaração de sua desnecessidade decorrem de juízo de conveniência e oportunidade formulado pela Administração Pública, prescindindo de lei ordinária que as discipline (art. 84, XXV, da CF). 3. Interpretação dos arts. 41, *caput*, § 3º, 37, II, e 84, IV, da CF e 19 do ADCT; das Leis ns. 8.028 e 8.029 de 12.4.1990; e do Decreto n. 99.362, de 2.7.1990. 4. Precedentes: Mandados de Segurança ns. 21.225 e 21.227. 5. Mandado de Segurança indeferido.” (STF. MS 21.236/DF, Rel. Min. Sydney Sanches, Pleno, votação unânime, decisão de 2.5.95 publicada no DJU de 20.4.95).

De acordo com o STF (entendimento que veio a ser seguido fielmente pelo TST), o fato de o art. 41 da Constituição, antes da EC n. 19/98, dispor que seria estável, após dois anos, o *servidor concursado*, sem distinção entre os trabalhadores de vínculo *institucional* ou *contratual*, autorizaria a ilação de que a estabilidade alcançaria *ambos* — seja “*funcionário*” (rectius: *servidor estatutário*) ou *empregado público*. O foco do STF, assim, ficou adstrito apenas à expressão *servidor*, gênero que abarcaria as espécies *funcionário* e *empregado*.

E é exatamente pelo alcance limitado dessa análise que é possível sustentar que *esse entendimento* — que admitiria a estabilidade para o *empregado público concursado com fundamento na antiga redação do art. 41 da Constituição (anterior à EC n. 19/98)* — também não tem *substrato jurídico consistente*.

Para comprovação do que sustento, a avaliação dessa questão deve ser efetuada sob outro ponto de vista. Centro minhas atenções não na palavra *servidor*, mas sim na expressão *nomeado*. Para que se compreenda o raciocínio que pretendo construir, veja-se o teor do antigo art. 41 da Constituição, antes da EC n. 19/98:

“Art. 41 – São estáveis, após dois anos de efetivo exercício, os servidores nomeados em virtude de concurso público.

§ 1º O servidor público estável só perderá o cargo em virtude de sentença judicial transitada em julgado ou mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa.

§ 2º Invalidada por sentença judicial a demissão do servidor estável, será ele reintegrado, e o eventual ocupante da vaga reconduzido ao cargo de origem, sem direito a indenização, aproveitado em outro cargo ou posto em disponibilidade.

§ 3º Extinto o cargo ou declarada sua desnecessidade, o servidor estável ficará em disponibilidade remunerada, até seu adequado aproveitamento em outro cargo.”

Passo, tendo em vista o teor do dispositivo acima transcrito, a analisar o alcance da estabilidade constitucional — e a inviabilidade de extensão do instituto aos empregados públicos, *mesmo antes da EC n. 19/98*. Seguem, portanto, as razões de meu posicionamento.

Primeira razão. O *caput* do antigo art. 41 é claro em abranger apenas os servidores *nomeados* em virtude de concurso público. Por que a restrição “em virtude de concurso público”? Isso ocorre pela simples razão de que a *nomeação pode verificar-se para cargo público efetivo ou para cargo em comissão*. Como se sabe, nesse segundo caso (em que se mostra incabível a efetividade), não é necessário concurso público para a investidura do servidor no cargo. Assim, *somente o servidor nomeado para cargo público efetivo* seria destinatário da estabilidade bienal, o que significa que o dispositivo tinha, *antes da Emenda Constitucional n. 19/98, idêntico alcance em relação ao dispositivo hoje vigente*. Assim, a EC n. 19/98 teve o mérito de desfazer a confusão jurisprudencial que se formou em torno da redação do antigo *caput* do art. 41. E só. Não chegou, no particular, a representar qualquer mudança quanto à suposta “estabilidade” do empregado público, que, no meu entender, já era inexistente na redação original do dispositivo.

Segunda razão. Não questiono o fato de que “servidor” é gênero, enquanto *empregado* e

“funcionário” públicos seriam espécies. Nesse ponto, é irretocável a interpretação do STF. O equívoco é outro — *não existe a possibilidade de o trabalhador ser nomeado para ocupar emprego público*. Nomeação e contrato de emprego são conceitos que não convivem numa mesma relação jurídica. Ou se tem *nomeação* e posterior *posse* (e o indivíduo nomeado ocupa cargo público, seja ele efetivo ou em comissão) ou se tem *vínculo empregatício* (caso em que o trabalhador firma *contrato de emprego* perante a Administração Pública).

José dos Santos Carvalho Filho⁽⁴⁾ elucida a confusão:

“Temos o provimento originário, aquele em que o preenchimento do cargo dá início a uma relação estatutária nova, seja porque o titular não pertencia ao serviço público anteriormente, seja porque pertencia a quadro funcional regido por estatuto diverso do que rege o cargo agora provido (...). *Nomeação* é o ato administrativo que materializa o provimento originário de um cargo.”

Assim, *nomeação* é ato relacionado ao provimento originário de um servidor em *cargo público*. Não em *emprego*. É inviável, portanto, estender-se a estabilidade do antigo art. 41 da Constituição aos servidores contratados para exercer *emprego público*. Ressalte-se, ainda, que o fato de ter havido concurso público em nada altera o alcance da estabilidade — essa existirá se a situação jurídica do trabalhador for compatível com o dispositivo constitucional. Como o art. 41 era expresso em mencionar que *o servidor nomeado* seria detentor de estabilidade, sucede que *o servidor cuja situação jurídica não seja a de “nomeado” em virtude de concurso público não será alcançado pela estabilidade*. É o caso do empregado público, que jamais será submetido à nomeação, pelo simples fato de que, nessa situação, não há *provimento de cargo público*.

(4) CARVALHO FILHO. José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 504 e 506.

Em apoio a essa tese, invoco, mais uma vez, o entendimento de José dos Santos Carvalho Filho⁽⁵⁾, ao abordar o alcance da estabilidade prevista no art. 41 da Constituição:

“O direito só é conferido ao servidor estatutário, não o sendo ao servidor trabalhista. A regra da estabilidade, contida no art. 41 da CF, refere-se a servidor *nomeado*, e o § 1º dita que o servidor estável só perderá o seu cargo por sentença judicial ou processo administrativo. Ora, a nomeação e o cargo, como tivemos a oportunidade de analisar, são figuras típicas do regime estatutário, não alcançando, por conseguinte, os servidores de regime diverso.”

Esse cenário não se altera pelo fato de o empregado ser concursado — o concurso público, consagrado em notável avanço constitucional, é meio de *seleção de indivíduos* postulantes a uma vaga no serviço público. Confere aos selecionados a regularidade do ingresso nos quadros públicos e a certeza de escolha dentre os mais capacitados, após um democrático e, na medida do possível, isonômico processo de seleção. *Não é o concurso público, assim, apto a, por si só, atribuir estabilidade a quem quer que seja*. Se assim o fosse, não haveria necessidade de previsão de *estágio probatório*, de espera pelo decurso do prazo para aquisição de estabilidade funcional (antes, dois, hoje, três anos) ou de processo de avaliação do servidor — bastaria que o concurso público não fosse invalidado para que, automaticamente, o indivíduo nele aprovado fosse considerado *estável* desde o seu ingresso nos quadros da Administração Pública. Essa solução, como se sabe, não corresponde à realidade.

Terceira razão. Se o empregado público é insuscetível de nomeação, como se trataria, juridicamente, a sua situação de ingresso na Administração Pública?

A designação materializada pela *nomeação* poderia ser denominada, em Direito do Trabalho, como simples *convocação*. O trabalhador

(5) *Ibidem*, p. 540.

seria, assim, *convocado* para assinar um contrato de trabalho, em moldes semelhantes ao que ocorre na *nomeação*.

Como se sabe, a posse é o ato de investidura que aperfeiçoa a relação entre o ente estatal e o servidor nomeado⁽⁶⁾. O correspondente da *posse*, para o empregado público, seria, simplesmente, *admissão*, como, aliás, a Consolidação faz referência expressa nos arts. 29, *caput*⁽⁷⁾, e 41, parágrafo único⁽⁸⁾. Sucede, assim, que qualquer ato administrativo que vise a conferir “formalidade” à admissão do empregado público (uma portaria, por exemplo) não terá o apanágio de suplantar a *anotação na CTPS relativa à correta data de admissão*. A anotação na CTPS continua sendo obrigatória — nesse caso, como já abordado, não há “nomeação” nem “posse”, mas sim *admissão*, de modo que eventual “portaria de nomeação de empregado público”, providência inócua e bastante comum, jamais poderá dispensar a anotação na Carteira como obrigação do empregador, nos termos do art. 29 da Consolidação. O mesmo se aplica para o registro do empregado em livro ou sistema eletrônico específico, que seguirá os ditames do art. 41 da CLT.

Verifica-se, das considerações acima traçadas, que eventual ocorrência de “nomeação” e “posse” do empregado público, além de eventos

absolutamente inócuos em face das obrigações contratuais do empregador, são providências tecnicamente inadequadas ao regime de emprego, pelo fato de que são institutos intrinsecamente ligados ao vínculo institucional do trabalhador com a Administração, não sendo extensíveis ao contrato de emprego.

Quarta razão. O posicionamento do TST e do STF firmou-se no sentido de que a estabilidade constitucional do art. 41, antes do advento da EC n. 19/98, também alcançava o *empregado público*. Na oportunidade, retomo as “situações já constituídas” a que me referi no início deste tópico.

Essas situações consolidadas vinculavam-se ao fato de que, segundo o TST e o STF, o antigo art. 41 da Constituição reconhecia estabilidade aos empregados públicos concursados, após o decurso do biênio. Assim, de acordo com o entendimento jurisprudencial, os trabalhadores que já haviam completado o biênio antes de 4 de junho de 1998 deveriam ser tidos como *estáveis no serviço público*. Aqueles que estavam no decurso do biênio teriam respeitado o prazo de aquisição da estabilidade, conforme regra de transição⁽⁹⁾ prevista na própria Emenda Constitucional n. 19/98.

Ocorre que é *inviável* a extensão do regime do art. 41 da Constituição da República (em qualquer de suas redações — antes ou depois da EC n. 19/98) aos empregados públicos, como já afirmado em diversas passagens deste estudo. E isso abrange a *inaplicabilidade das regras do estágio probatório aos empregados públicos*, como passo a demonstrar.

De acordo com o antigo art. 41, a estabilidade seria adquirida “após dois anos de efetivo

(6) Cf. CARVALHO FILHO. José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 506; MELLO. Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 280.

(7) “Art. 29 – A Carteira de Trabalho e Previdência Social será obrigatoriamente apresentada, contra recibo, pelo trabalhador ao empregador que o admitir, o qual terá o prazo de quarenta e oito horas para nela anotar, especificamente, a *data de admissão*, a remuneração e as condições especiais, se houver, sendo facultada a adoção de sistema manual, mecânico ou eletrônico, conforme instruções a serem expedidas pelo Ministério do Trabalho (...)” (destaquei).

(8) “Art. 41 (...). Parágrafo único – Além da qualificação civil ou profissional de cada trabalhador, deverão ser anotados todos os dados relativos à sua *admissão no emprego*, duração e efetividade do trabalho, a férias, acidentes e demais circunstâncias que interessem à proteção do trabalhador”. (destaquei).

(9) Essa regra veio a ser aplicada, também, para os empregados públicos concursados. O dispositivo traz o seguinte teor: “Art. 28 – É assegurado o prazo de dois anos de efetivo exercício para aquisição da estabilidade aos atuais servidores em estágio probatório, sem prejuízo da avaliação a que se refere o § 4º do art. 41 da Constituição Federal”. Esse artigo buscou evitar celeumas, limitando-se a mencionar a expressão genérica “servidores”, o que revela o conhecimento, por parte do Poder Reformador, da interpretação pacificada no Supremo Tribunal Federal.

exercício”. Durante o biênio o servidor seria mantido em “estágio probatório” (art. 20 da Lei n. 8.112/90), período durante o qual ele seria avaliado quanto à sua aptidão e capacidade para o desempenho do *cargo* (não do *emprego*, insisto). Assim, o prazo previsto para a aquisição da estabilidade é criação constitucional; *mas as regras que disciplinam o estágio probatório são infraconstitucionais*, previstas nos estatutos funcionais de cada um dos entes da Federação.

Tentemos, agora, transplantar o raciocínio do “estágio probatório” para o empregado público. Em qual hipótese celetista ele seria enquadrado? Em nenhuma, obviamente. Como não há qualquer outra lei específica que estenda o estágio probatório a empregados, a incorporação desse instituto ao vínculo empregatício criaria duas alternativas, ambas inconstitucionais: *ou a Administração disciplinaria, por ato infralegal, as regras do estágio probatório do empregado público*, caso em que a competência privativa da União para legislar sobre Direito do Trabalho seria atingida (art. 22, I, da CF/88), salvo se a própria União editasse lei específica a respeito⁽¹⁰⁾; *ou se estenderia o disposto no art. 20 da Lei n. 8.112/90 ao empregado público*, hipótese em que a Administração violaria claramente o princípio constitucional administrativo da *legalidade* (CF/88, art. 37, *caput*), por razões óbvias, além de violar o pacto federativo, já que uma norma destinada aos servidores *estatutários da Administração Federal* teria eficácia projetada a outros trabalhadores, de esferas federativas e regimes jurídicos díspares.

O fato de o empregado não se submeter ao estágio probatório não significa, contudo, que

ele não possa ser avaliado pela Administração, pois a CLT traz a hipótese do *contrato de experiência* (art. 443, § 2º, c), perfeitamente aplicável ao empregado público, desde que a não conversão do contrato de experiência em contrato sem prazo (“contrato de trabalho por prazo indeterminado”), por afetar a esfera jurídica do trabalhador de modo prejudicial, seja motivada adequadamente pela Administração, sob pena de invalidação judicial da dispensa (art. 50, I e II, da Lei n. 9.784/99, que trata do processo administrativo⁽¹¹⁾).

Quinta razão. Todos os parágrafos do art. 41 da CF/88 (tanto antes quanto depois da EC n. 19/98) mencionam a expressão *servidor estável*. Como também menciona a palavra *cargo*. Em nenhum momento se cogita abordar a situação do empregado. Assim sendo, a conclusão é uma só — o art. 41 da Constituição realmente só se refere ao servidor ocupante de *cargo* efetivo. Esse é o único que pode perder o *cargo* (art. 41, § 1º); o único que pode sofrer *pena de demissão*, ser reconduzido ao *cargo* de origem e ser aproveitado em outro *cargo* (art. 41, § 2º da CF/88); e também o único que pode ocupar *cargo* que venha a ser extinto ou *cargo* declarado como desnecessário (art. 41, § 3º).

Meu entendimento, tendo em vista as cinco razões acima expostas, firma-se no sentido de que o art. 41 da Constituição, em qualquer das redações, *sempre se referiu apenas ao servidor ocupante de cargo público efetivo*. Esse sendo, pois, o único que poderia alcançar a estabilidade.

4. A tortuosa concepção jurisprudencial acerca da “estabilidade”

De acordo com o Tribunal Superior do Trabalho, a estabilidade compreenderia a possibilidade de a dispensa do trabalhador somente ocorrer de forma “motivada”. Ao menos é a ilação que se extrai após a leitura dos arestos abaixo, que

(10) Essa “lei específica” poderia ter duas feições: ou seria lei ordinária disciplinando a matéria do “estágio probatório celetista” ou seria uma lei complementar que autorizasse os Estados da Federação a legislar especificamente sobre a questão (art. 22, Parágrafo Único, da Constituição). Ficariam pendentes, ainda, a situação dos entes da Administração Pública que não são entes federativos (autarquias, fundações), bem como os municípios, que não teriam como legislar a respeito, nem mesmo por delegação legislativa.

(11) “Art. 50 – Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando: I – neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses; II – imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções (...).”

refletem o posicionamento pacífico do TST a respeito do assunto:

“RECURSO DE REVISTA. ADMISSIBILIDADE. SERVIDOR PÚBLICO CELETISTA. ADMINISTRAÇÃO DIRETA. ESTÁGIO PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE DE DISPENSA ARBITRÁRIA. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO E FINALIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO. O servidor público celetista da administração direta, autárquica ou fundacional que ainda não tenha preenchido os requisitos do art. 41 da Constituição de 1988, para a aquisição da estabilidade, não pode ser demitido sem motivação e finalidade do ato administrativo correspondente, sob pena de nulidade. Assim, não tendo sido comprovados a finalidade e motivação do ato, reputa-se nulo o ato, com a consequente reintegração do trabalhador, conforme preconizam a Súmula n. 21 do STF e precedentes desta Corte. No caso, o Regional registra que, apesar de ter sido emitido parecer desfavorável à reclamante pela Comissão de Avaliação de Desempenho, não foram observados os requisitos estabelecidos nos arts. 1º, 2º e 3º da Lei n. 9.962/2000, de modo que nula a dispensa praticada. Precedentes. Recurso de revista não conhecido.” (RR – 228/2005-040-15-00.0. Julgado em 4.11.2009, Rel. Min. Emmanoel Pereira, 5ª Turma, unânime. Divulgado no DEJT de 13.11.2009).

“RECURSO DE EMBARGOS. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA. DESPEDIDA IMOTIVADA DE EMPREGADO REGIDO PELA CLT SUBMETIDO A CONCURSO PÚBLICO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 390, I, DO TST. A decisão da C. Turma merece ser confirmada já que está em consonância com a jurisprudência desta C. Corte, no sentido de que o empregado concursado da Administração Pública direta somente pode ser dispensado motivadamente, mesmo porque faz jus à estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988. Inteligência da Súmula n. 390, item I, do c. TST. Embargos não conhecidos.” (TST. E-RR 1040/1999-079-15-00, Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga, decisão de 19.9.2006 publicada no DJU de 17.11.2006).

Ao contrário do exposto nos julgados acima, o conceito de estabilidade *não* compreende o direito de ser dispensado “motivadamente”. E sim o direito de *permanência no serviço público*, outorgada ao ocupante de cargo público efetivo⁽¹²⁾. A estabilidade é uma *garantia constitucional*, de modo que suas limitações somente podem ser previstas na própria Constituição da República, como, aliás, entendeu o STF:

“ESTABILIDADE CONFERIDA À LUZ DA LEGISLAÇÃO MUNICIPAL, QUE FIXA PERÍODO AQUÊMDAQUELE ESTATUÍDO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL ENTÃO VIGENTE. IMPOSSIBILIDADE. (...) A estabilidade é a garantia constitucional de permanência no serviço público outorgada ao servidor que, nomeado por concurso público em caráter efetivo, tenha transposto o estágio probatório de dois anos (art. 100, EC n. 01/69; art. 41 da CF/88). O estágio, pois, é o período de exercício do funcionário durante o qual é observada e apurada pela Administração a conveniência ou não de sua permanência no serviço público, mediante a verificação dos requisitos estabelecidos em lei para a aquisição da estabilidade. (...) Assim, o instituto da estabilidade, que, a par de um direito, para o servidor, de permanência no serviço público enquanto bem servir, representa para a Administração a garantia de que nenhum servidor nomeado por concurso poderá subtrair-se ao estágio probatório de dois anos. Por isto, não pode a Administração federal, estadual ou municipal ampliar o prazo fixado pelo Texto Constitucional, porque estaria restringindo direito do servidor público; mas também não pode diminuí-lo ou estendê-lo a outros servidores que não os nomeados por concurso, porquanto estaria renunciando a prerrogativas constitucionais consideradas essenciais na relação Estado-agente administrativo. Não sendo lícito ao ente federado renunciar a essas prerrogativas, nula e de

(12) Nesse sentido: MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 386; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 503.

nenhum efeito disposição estatutária em desacordo com o preceito constitucional. (...) Recurso extraordinário não conhecido”. (STF. RE 120.133/MG, Rel. Min. Maurício Corrêa, julgado em 27.9.96 e publicado no DJU de 29.11.96).

Na Constituição não existe hipótese de perda da estabilidade atrelada à “motivação da dispensa”. As possibilidades constitucionais de perda do cargo do servidor público estável são, apenas, as seguintes:

- sentença judicial transitada em julgado (art. 41, § 1º, I);
- mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa (art. 41, § 1º, II);
- mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa (art. 41, § 1º, III);
- por ato normativo motivado de cada um dos Poderes que especifique a atividade funcional, o órgão ou a unidade administrativa objeto da redução de pessoal, nos casos de limitação de despesas públicas mencionados no art. 169 da Constituição, desde que a redução de cargos em comissão e funções de confiança e a exoneração de servidores não estáveis não se mostrem medidas suficientes para o cumprimento da determinação constitucional.

Assim sendo, não existindo na Constituição a possibilidade de perda do cargo, pelo servidor estável, a partir de *dispensa motivada*, afigura-se equivocada a posição do TST. A dispensa motivada do empregado público, em meu entendimento, pode, sim, ocorrer. Mas isso *não decorre da estabilidade constitucional*, inaplicável ao empregado público (como, aliás, já abordado), mas sim *dos princípios constitucionais da Administração Pública, os quais se aplicam indistintamente a todos os órgãos e entes administrativos, sem exceção*.

5. O tratamento discriminatório atribuído pelo TST aos empregados de empresas públicas e sociedades de economia mista

A rápida leitura do que dispõe a Súmula n. 390 do TST já deixa evidente que o Tribunal diferencia a proteção contra a dispensa de acordo com a natureza jurídica do empregador — se o trabalhador for empregado de ente público, estará assegurada a sua “estabilidade” (no equivocado conceito defendido pelo Tribunal, conforme exposto acima); se o trabalhador for empregado de pessoa jurídica de direito privado, ainda que essa integre a Administração Pública, a estabilidade não lhe alcançará. E, com base na OJ n. 247 da SBDI-1, esse trabalhador poderá, inclusive, ser sumariamente dispensado, não sendo exigível do empregador, de acordo com a Corte Superior, a necessidade de motivar a dispensa.

Não é preciso esforço para identificar, na prática, as hipóteses abstratas acima relatadas. No primeiro caso, o verbete dirige-se para o empregado que presta serviços aos entes federativos — União, Estados, Municípios e Distrito Federal — além de suas autarquias e fundações públicas, todas essas pessoas dotadas de personalidade jurídica de *direito público interno*, conforme dispõe o art. 41 do Código Civil⁽¹³⁾. Como já analisei anteriormente, não há razão jurídica para a concessão da estabilidade ao empregado público, embora o TST reiteradamente tenha revelado posicionamento diverso.

A segunda hipótese volta-se para os entes administrativos de *direito privado*, sendo enquadradas nessa categoria as empresas públicas e as sociedades de economia mista, as quais teriam, de acordo com o TST, idênticas obrigações trabalhistas em relação ao empregador não integrante da Administração Pública, o que incluiria, por esse prisma, a possibilidade de dispensa imotivada do trabalhador.

(13) “Art. 41 – São pessoas jurídicas de direito público interno: I – a União; II – os Estados, o Distrito Federal e os Territórios; III – os Municípios; IV – as autarquias, inclusive as associações públicas; V – as demais entidades de caráter público criadas por lei”.

O TST, para sustentar o teor dos verbetes consolidados (Súmula n. 390, II, e OJ n. 247 da SBDI-1), tem como ponto de partida a redação do art. 173, § 1º, II, da Constituição, que dispõe o seguinte:

“Art. 173. (...)

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

(...)

II – a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;

(...).”

De acordo com o Tribunal, portanto, o fato de a Constituição disciplinar que as obrigações trabalhistas das empresas públicas e das sociedades de economia mista seriam idênticas àquelas aplicáveis às empresas privadas implicaria a possibilidade de dispensá-los imotivadamente, como hoje a legislação faculta⁽¹⁴⁾ aos

empregadores não vinculados à Administração Pública. É dizer: os entes apontados no art. 173 da Constituição teriam liberdade plena para decidir o futuro de seus empregados, sem oferecer qualquer justificativa plausível ao trabalhador ou à coletividade que lhe destina recursos públicos.

Não vislumbro qualquer suporte constitucional para que os empregados de empresas públicas e sociedades de economia mista venham a ser dispensados imotivadamente. Pode-se alegar, em afronta à minha concepção, que o art. 173, § 1º, II, da Constituição não se aplica ao empregador público da Administração direta, o que justificaria o tratamento jurisprudencial diferenciado. Em objeção a esse argumento, ressalto que nenhum dispositivo constitucional deve ser analisado ou interpretado de forma isolada, sob pena de malferir a noção jurídica de *sistema*. Assim é o posicionamento da doutrina⁽¹⁵⁾:

“O método sistemático disputa com o teleológico a primazia no processo interpretativo. O direito objetivo não é um aglomerado aleatório de disposições legais, mas um organismo jurídico, um sistema de preceitos coordenados ou subordinados, que convivem harmonicamente. A interpretação sistemática é fruto da ideia de unidade do ordenamento jurídico. Através dela, o intérprete situa o dispositivo a ser interpretado dentro do contexto normativo geral e particular, estabelecendo as conexões internas que enlaçam as instituições e as normas jurídicas.”

A mesma Constituição que supostamente consagraria o direito à dispensa imotivada do empregado de empresa pública e sociedade de

(14) Manifesto preferência pelo entendimento — infelizmente de pouca ressonância na doutrina e na jurisprudência — que vislumbra limitações ao chamado “direito potestativo de despedir” do empregador. Nesse sentido, haveria *quatro hipóteses de dispensa*, tendo, cada uma delas, conformação jurídica bem delimitada à luz da Constituição da República e dos princípios trabalhistas. Essas modalidades seriam: a) *dispensa discriminatória*, vedada pela legislação (Lei n. 9.029/95) e pela Constituição (art. 3º, IV; art. 5º, XLI), que possibilitaria a reintegração do trabalhador ao emprego; b) *dispensa arbitrária ou imotivada*, aquela que ocorreria sem qualquer fundamento e representaria, em sua plenitude, o suposto “direito potestativo” do empregador de livrar-se do empregado quando bem entender, cabendo, como sanção a essa ilegalidade, a reintegração do trabalhador ao emprego ou o pagamento de indenização se a reintegração for desaconselhável (CLT, art. 496); c) *dispensa motivada (mas sem justa causa)*, em que há fundamento plausível para a dispensa (como a inaptidão do empregado), mas que não se configura justa causa pela inexistência de quebra da boa-fé contratual — nesse caso, tido por muitos como sinônimo perfeito da hipótese anterior, seriam devidos os direitos resilitórios comuns, tais como

FGTS + 40%, férias e 13º proporcionais, aviso-prévio, dentre outros; e, finalmente, d) *dispensa por justa causa*, referida no art. 483 da CLT e representativa da quebra da boa-fé contratual por parte do empregado. A análise dessas modalidades de dispensa e seus efeitos jurídicos podem ser encontrados em MAIOR, Jorge Luiz Souto. *O direito do trabalho como instrumento de justiça social*. São Paulo: LTr, 2000. p. 331-339.

(15) BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 127-128.

economia mista, a partir da natureza “eminentemente privada” dessas entidades, traz as razões que impedem a interpretação isolada do art. 173 nos termos pretendidos pela Corte — basta, para tanto, a leitura do disposto no *caput* do art. 37 da Carta Magna:

“Art. 37 – A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (...)”.

O art. 37 da Constituição aplica-se a *todos os entes e órgãos integrantes da Administração Pública*, o que, obviamente, inclui as empresas públicas e as sociedades de economia mista (o dispositivo constitucional é expresso ao enunciar “administração pública direta e indireta”).

Exatamente pela existência dessa simbiose constitucional (entidades privadas que integram a Administração Pública), o TST deveria entender que o vínculo entre o Estado e o empregado público tem inequívoca diferenciação, imposta pela Constituição, em relação ao empregador “privado”. Daí decorre o fato de que *o empregador público não dispõe de ampla liberdade de dispensar trabalhadores*, ao contrário do que entende o TST.

O posicionamento da melhor doutrina⁽¹⁶⁾ segue este raciocínio:

“(...) o Estado não se transforma e nem pode se transformar em empregador comum pelo fato de contratar pelo regime da Consolidação das Leis do Trabalho. Tal opção não afasta a incidência de princípios e regras constitucionais aplicáveis onde se manifestar o exercício de função administrativa. O poder potestativo, como concebido no direito do trabalho, não cabe onde comanda a denominada relação de administração. O administrador público, na condição de gestor da *res publica*, não detém liberdade para agir de acordo com a sua vontade

que, aliás, é irrelevante no que atine aos empregados públicos, pois estes são servidores do Estado e não da pessoa do administrador público, como ocorreria numa relação de natureza privada. Não há que se falar, portanto, em poder potestativo do empregador, já que tal figura somente existe (e dentro de limites razoáveis) no âmbito de aplicação da norma trabalhista em sua pureza de conteúdo, o que significa dizer que, no sítio de um regime híbrido, a hipótese jamais ocorre”.

Demonstro, assim, que *os princípios constitucionais da Administração Pública são aplicáveis, indistintamente, a todos os entes e órgãos administrativos, mesmo os que ostentam natureza jurídica de direito privado*, o que limita sobremaneira a liberdade resilitória que o TST pretende atribuir às empresas públicas e sociedades de economia mista. A interpretação dada pelo Tribunal ao art. 173 da Constituição, da forma isolada como fora concebida, mostra uma forte marca discriminatória, sem prejuízo das outras deformações e inconstitucionalidades anteriormente apontadas (confeção de súmula com base em dispositivo constitucional modificado e inviabilidade de estabilidade constitucional ao empregado público). O TST, por assim dizer, “criou” duas categorias de empregado público — o primeiro, felizardo trabalhador de entidade da Administração Direta, autárquica ou fundacional, tem direito à “estabilidade” (no conceito equivocado da Corte), ao FGTS e à garantia de jamais ser dispensado imotivadamente. O segundo, mísero empregado de empresa pública ou sociedade de economia mista, não tem direito à estabilidade, nem à motivação da dispensa, tendo apenas o FGTS como “prêmio de consolação”, mesmo tendo conseguido um disputado emprego por meio de concurso público, de modo idêntico aos trabalhadores “felizardos” dos entes federativos, das autarquias e das fundações públicas.

A solução do TST, além de absurdamente discriminatória, é rechaçada pela simples interpretação sistemática das disposições constitucionais. A Constituição da República, além

(16) FREITAS. Ney José de. *Dispensa de empregado público e o princípio da motivação*. Curitiba: Juruá, 2002. p. 138.

de não permitir essa diferenciação, impõe que a *motivação da dispensa seja exigência aplicável a todos os empregados públicos, sem exceção*, e que *essa motivação tenha fundamento nos princípios constitucionais da Administração Pública*.

Tratar dessa disciplina constitucional é o que passo a fazer a partir de agora.

6. Inconstitucionalidade da dispensa de empregado público sem a motivação adequada

Cumpra assinalar que *motivo e motivação* não se confundem. Enquanto o primeiro seria o *pressuposto de fato e de direito que fundamenta o ato administrativo*, essa seria a *demonstração, por escrito, de que os pressupostos de fato realmente ocorreram*⁽¹⁷⁾.

Assim, a *motivação adequada do ato resilitório* é indissociável da dispensa do empregado público — o desligamento do trabalhador, em meu entendimento, deverá conter, sempre, a *indicação escrita da justificativa pertinente*.

Para demonstrar os contornos constitucionais dessa exigência, retomo a disciplina constitucional dos princípios da Administração Pública:

“Art. 37 — A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (...).”

O art. 37 da Constituição aplica-se a *todos os entes e órgãos integrantes da Administração Pública*, o que, como já exposto à exaustão, inclui as empresas públicas e as sociedades de economia mista.

O primeiro desses princípios constitucionais, a *legalidade*, impõe, num plano genérico, que todos devemos observar a lei ao fazer ou deixar de fazer algo (Constituição, art. 5º, II). Em Direito Administrativo, com base na *reafirmação da legalidade* prevista no *caput* do art. 37 da Carta Magna, é repetidamente ecoada a seguinte

lição, da pena do saudoso professor *Hely Lopes Meirelles*⁽¹⁸⁾:

A eficácia de toda atividade administrativa está condicionada ao atendimento da lei. Na Administração Pública, não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa “pode fazer assim”; para o administrador público significa “deve fazer assim”.

É o que se convencionou denominar, a partir de conceito importado e adaptado do Direito Tributário, de *legalidade estrita*, segundo a qual toda providência adotada pela Administração é decorrente de prerrogativa legalmente prevista. A lei, assim, tem papel *prescritivo de condutas administrativas*.

Portanto, se os órgãos e entes administrativos devem seguir a *legalidade* de modo ainda mais rígido que os particulares, isso significa que *a inobservância da lei por parte da Administração Pública é uma ilicitude em grau máximo — aquela que agride a Constituição da República*.

Legislação a respeito existe e é expressa no sentido de *obrigar a Administração a motivar os seus atos*. Trata-se da Lei n. 9.784/99, que dispõe:

“Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

(...)

VII – indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão;

(...)

X – garantia dos direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção

(17) DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 195.

(18) MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 21 ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 83.

de provas e à interposição de recursos, nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio; (...).”

“Art. 50 – Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

I – neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;

II – imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções;

(...).”

A necessidade de motivação, de acordo com a lei, é princípio da atividade administrativa (art. 2º, *caput*) e é, conseqüentemente, *obrigação* da Administração (art. 50). Daí porque é inviável dissociar esse dever do administrador de sua atividade.

Pode-se criticar o entendimento que ora defendo, a partir de uma informação singela: a Lei n. 9.784/99, de acordo com a respectiva ementa, é aplicável à Administração Federal. Não teria, assim, como atingir as outras esferas da organização administrativa brasileira.

O argumento, porém, é inconsistente. A doutrina em peso⁽¹⁹⁾ afirma o *caráter principiológico* da motivação, de modo que essa característica deve incrustar o ato e a atitude da Administração Pública, inclusive para permitir o controle da legalidade dos atos administrativos.

A jurisprudência também segue essa orientação, como se verifica pelos arestos abaixo, que decidem questões relacionadas a entes administrativos estaduais, sem retirar dessas instituições a obrigatoriedade de motivação dos respectivos atos administrativos:

“RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. AVALIAÇÃO EM ESTÁGIO PROBATÓRIO. DEVIDA MOTIVAÇÃO. INOCORRÊNCIA. AVALIAÇÃO

QUADRIMESTRAL NÃO OBSERVADA. (...) II – Não atende a exigência de devida motivação imposta aos atos administrativos a indicação de conceitos jurídicos indeterminados, em relação aos quais a Administração limitou-se a conceituar o desempenho de servidor em estágio probatório como bom, regular ou ruim, sem, todavia, apresentar os elementos que conduziram a esse conceito. Recurso ordinário provido.” (STJ, RMS 19.210/RS, decisão unânime de 14.3.2005 publicada no DJU de 10.4.2006, Rel. Min. Felix Fischer).

“ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDORA PÚBLICA ESTADUAL. REMOÇÃO *EX OFFICIO*. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO. NULIDADE DO ATO. DECISÃO MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. 1. ‘O princípio da motivação possui natureza garantidora quando os atos levados a efeito pela Administração Pública atingem a seara individual dos servidores. Assim, a remoção só pode ser efetuada se motivada em razão de interesse do serviço’. (Gilson Dipp, 5ª Turma, relator do RMS 12.856/PB, DJ de 1º.7.2004.) 2. Na hipótese em apreço, o ato atacado, o qual ordenou a remoção da servidora, encontra-se desacompanhado do seu motivo justificador. Não há qualquer menção, nem mesmo sucinta, referente à causa que deu ensejo ao deslocamento. Por conseguinte, trata-se de ato eivado de nulidade por ausência de motivação. 3. Inexistindo qualquer fundamento apto a afastar as razões consideradas no julgado ora agravado, deve ser a decisão mantida por seus próprios fundamentos. 4. Agravo regimental desprovido.” (STJ, AgRg no RMS 18.388/PB, decisão unânime de 12.12.2006 publicada no DJU de 12.2.2007, Rel. Min. Laurita Vaz).

Mesmo que ainda remanesça alguma resistência, deve-se acrescentar que a ausência de motivação da dispensa agride, ainda, os outros quatro princípios do art. 37 da Constituição, além do próprio Estado Democrático de Direito.

(19) *Vide*, a respeito, MELLO. Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 82; DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 82; CINTRA. Antônio Carlos de Araújo. *Motivo e motivação do ato administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

A *impessoalidade* exige que a dispensa esteja fundada em critérios objetivos que atendam ao interesse público. A explicação é simples: o interesse do administrador público não se confunde com o interesse da Administração; daí sucede que a dispensa feita de modo arbitrário e sem motivação significa, em regra, que a justificativa da resilição não tem amparo no interesse público. Se há esse interesse, o que impediria a exposição da *motivação* do ato? Com a motivação da dispensa, o administrador aponta as razões de interesse público que justificaram o ato, além de livrar-se de eventual acusação de perseguição ou arbitrariedade. A motivação provém do *ente* ou *órgão* público, *não da pessoa do administrador*. Por isso mesmo, a ele é defeso praticar ato administrativo em proveito próprio, de modo que a *motivação* é garantia necessária para o controle interno e externo do ato, além de possibilitar a verificação do efetivo cumprimento do princípio constitucional da *impessoalidade*. Negar a obrigatoriedade de motivação corresponde a permitir que o uso privado da coisa pública seja feito sem qualquer controle, o que, à evidência, é inadmissível.

A *moralidade* administrativa também deve ser resguardada — e a motivação da dispensa é importante mecanismo que assegura essa proteção. A inexistência de motivação adequada pode ser particularmente danosa a esse princípio: como se sabe, a muito custo vem sendo implementada no Estado brasileiro a profissionalização das carreiras públicas. Embora haja ainda muita resistência dos administradores, pouco a pouco a seleção de pessoal por meio de concurso público consagra-se como meio democrático e eficaz de admitir os mais capacitados no serviço público. Imagine-se, que um candidato que mantenha laços de amizade com certo gestor público tenha disputado determinado certame e obtido classificação fora do número de vagas previstas no edital. O gestor, na tentativa de beneficiar o amigo, admitiu e dispensou diversos candidatos aprovados em classificação

melhor do que ele, até o aparecimento da “oportunidade” tão aguardada de *preenchimento direcionado da vaga*. A admissão seria, assim, válida (o candidato convocado prestou concurso público: CF/88, art. 37, II) e obedeceria à ordem de classificação do certame (CF/88, art. 37, IV). Ao menos aparentemente.

A motivação adequada da dispensa, contudo, impediria que esse absurdo jurídico pudesse concretizar-se. Como justificar, sem que qualquer impugnação fosse oferecida, que tantos candidatos qualificados pudessem deixar o quadro da Administração de forma tão abrupta? Dificilmente o gestor atingiria seu desiderato se houvesse, nessa hipótese, a exigência de motivação adequada da dispensa. Essa se revela, assim, também um meio de preservar a *moralidade administrativa*.

Quanto à *publicidade*, é notório que essa se correlaciona com a transparência da atuação administrativa, com vistas à salvaguarda jurídica do indivíduo em face do Estado. É, além de princípio constitucional voltado à Administração (CF/88, art. 37, *caput*), um verdadeiro *direito fundamental do administrado*. A Carta Magna impõe a necessidade de publicidade da atuação administrativa em diversos incisos do art. 5º, a exemplo do inciso XXXIII (“todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade...”), do inciso XXXIV (que, em sua alínea *b*, consagra o direito de “obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal”), além do inciso LXXII, que se refere à impetração do *habeas data*.

No campo da dispensa do empregado público, a publicidade seria observada, também, através da motivação adequada do ato. Conforme o art. 5º, XXXIII, da CF/88, acima citado, “todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral”. A omissão dos

fundamentos da dispensa atenta contra um direito fundamental do empregado dispensado aleatoriamente. Daí porque a motivação adequada evidencia respeito ao princípio da *publicidade*, o que dispensaria o trabalhador atingido de consultar uma sibila para descobrir as ocultas razões que levaram o gestor público a dispensá-lo. A enunciação expressa da motivação não é favor nem prerrogativa do administrador em face do empregado: *é dever previsto constitucionalmente*, e, como tal, sua observância é obrigatória, sob pena de nulidade do ato.

A *eficiência* igualmente seria preservada com a necessidade de motivação do ato de dispensa. Existem situações em que o empregado não comete infração que acarrete a dispensa por justa causa. Mesmo assim, podem existir razões que recomendam a sua dispensa — como a sua *inadequação à rotina de trabalho* ou a *necessidade de redução do quadro de pessoal*. Obviamente, a dispensa fundada em uma dessas razões será *sem justa causa*. A eficiência da atividade administrativa nesses casos, além de ser a *justificativa para a dispensa*, mostra-se *preservada se houver motivação expressa do ato resilitório*, pois reduz consideravelmente a possibilidade de, judicialmente, o trabalhador dispensado “atransar” o processo de admissão de outro empregado (dispensa por sua inadequação ao serviço) ou de obrigar a Administração a reincorporá-lo, mesmo não havendo condições para tanto (dispensa pela necessidade de enxugamento funcional). A precisa indicação das razões da dispensa permite que a atividade administrativa continue a desenvolver-se sem sobressaltos.

Além de atingir os princípios constitucionais do art. 37, *caput*, a ausência de motivação adequada do ato resilitório do contrato de trabalho atinge um elemento constitutivo do Estado brasileiro — a democracia (art. 1º, *caput*, da CF/88).

No Estado Democrático de Direito, o poder emana do povo (soberania popular), o que é reafirmado pela Constituição (art. 1º, Parágrafo

Único). Sendo soberana a vontade popular, povo não só *participa* dos rumos estatais como também *fiscaliza e controla* esses rumos. E não há meio hábil para fiscalizar determinado ato administrativo *senão havendo, por parte deste, a motivação clara e expressamente enunciada pelo agente público*. Afinal, a tomada de decisões de forma ardilosa e inexplicável é típica do totalitarismo, que é absolutamente incompatível com a democracia. Nesse sentido é o que Celso Antonio Bandeira de Mello⁽²⁰⁾ expõe, com apoio em entendimento de Alberto Ramón Real:

“Por isso Ramón Real disse que o dever de motivar é exigência de uma administração democrática — e outra não se concebe em um Estado que se declara ‘Estado Democrático de Direito’ (art. 1º, *caput*), pois o mínimo que os cidadãos podem pretender é saber as razões pelas quais são tomadas as decisões expendidas por quem tem de servi-los.”

Em posicionamento semelhante, anota José Joaquim Gomes Canotilho⁽²¹⁾ que:

“A ideia de *democracia administrativa* aponta não só para um direito de acesso aos arquivos e registos públicos para defesa de direitos individuais, mas também para um *direito de saber* o que se passa no âmbito dos esquemas político-burocráticos, possibilitando ao cidadão o acesso a *dossiers*, relatórios, *actas*, estudos, estatísticas, *directivas*, instruções, circulares e notas.”

Assim, a expedição de ato administrativo *com motivação viciada* corresponde a um retorno ao totalitarismo, ao arbítrio contra o indivíduo e contra a sociedade. Em outras palavras, a *inexistência de motivação adequada* é ato atentatório ao Estado Democrático de Direito, atentado que vem sendo permitido

(20) MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 83.

(21) CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina 1999. p. 481.

pelo Tribunal Superior do Trabalho por meio de sua malsinada Orientação Jurisprudencial n. 247 da SBDI-1, na disposição de seu inciso I.

7. A discriminação entre os discriminados — o caso dos empregados públicos da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos

Dispõe o inciso II da Orientação Jurisprudencial n. 247 da SBDI-1:

“A validade do ato de despedida do empregado da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) está condicionada à motivação, por gozar a empresa do mesmo tratamento destinado à Fazenda Pública em relação à imunidade tributária e à execução por precatório, além das prerrogativas de foro, prazos e custas processuais.”

Por esse entendimento, o TST encampa a ideia de que o trabalhador dos Correios, apesar de trabalhar numa empresa pública, não seria regido pelos mesmos preceitos aplicáveis aos trabalhadores das demais empresas públicas (em especial a dispensa imotivada). A explicação para isso estaria no art. 12 do Decreto-lei n. 509, de 20 de março de 1969, que estende à ECT os privilégios concedidos à Fazenda Pública, “quer em relação à imunidade tributária, direta ou indireta, impenhorabilidade de seus bens, rendas e serviços, quer no concernente a foro, prazos e custas processuais”.

Daí se constata, entre outras situações, que a execução contra a ECT processa-se pelo regime de precatórios, e que a ECT está isenta do recolhimento de custas processuais.

O que se pergunta, no entanto, é o seguinte: *de onde o TST extraiu a ilação de que o art. 12 desse Decreto-lei importaria aos trabalhadores da ECT o mesmo tratamento jurídico destinado aos trabalhadores da Administração Direta, autárquica e fundacional?*

Da leitura do artigo supramencionado nada se conclui nesse sentido. E essa esdrúxula situação só expõe ainda mais claramente a insustentabilidade do posicionamento do TST a respeito dessa “bipartição” entre empregados públicos

vinculados a pessoas jurídicas de direito público (rol indevidamente acrescido, pelo Tribunal, dos empregados dos Correios) e empregados públicos vinculados a sociedades de economia mista (exceto, no entendimento do TST, os empregados dos Correios).

O fato de deter “privilégios da Fazenda Pública” não transforma os Correios em “pessoa jurídica de direito público”. E nem os seus empregados transformam-se em “empregados da Administração Direta, autárquica e fundacional”. Na intransigente manutenção de seu (inconstitucional) posicionamento, o TST vê-se diante da contingência de “moldar” seus verbetes jurisprudenciais a cada caso diferenciado que chega ao Tribunal. E, apesar disso, sequer cogita mudanças nesses entendimentos equivocados.

É uma distinção sem lógica, sem nexo, sem qualquer sustentação jurídica. Além de patentemente discriminatória.

Para solucionar essa incompreensível distinção (além das outras já mencionadas ao longo deste texto), bastaria ao TST reformular seus verbetes de jurisprudência consolidada, admitindo o óbvio: que nenhum empregado público é detentor da estabilidade constitucional prevista no art. 41 da Constituição; e que todos — repita-se: *todos!* — os empregados públicos concursados e regularmente contratados somente podem ser dispensados após processo administrativo em que lhes sejam asseguradas a ampla defesa e a motivação da decisão que conclui/concluiu pela despedida.

8. Considerações finais

Diante do que foi abordado, facilmente se constata que a Súmula n. 390 do TST necessita de urgente revisão, haja vista não haver qualquer suporte constitucional para a distinção discriminatória que ela consolida: nenhum empregado público detém estabilidade constitucional (prevista no art. 41). E nem é correto sustentar a tese de que os trabalhadores teriam ou não essa estabilidade a depender da *natureza jurídica do seu empregador*, se pessoa jurídica de

direito público ou pessoa jurídica de direito privado.

Também não se sustentam os dois incisos da Orientação Jurisprudencial n. 247 da SBDI-1: “sempre o empregado público terá, antes da dispensa, direito a uma decisão motivada e à possibilidade de ampla defesa contra a extinção unilateral do seu vínculo empregatício perante a Administração Pública, independentemente de quem seja o seu empregador público. Por esse motivo, não se sustenta a diferenciação entre empregados ‘de pessoas jurídicas de direito público’ e empregados ‘de pessoas jurídicas de direito privado’ quanto ao direito de motivação da dispensa”.

Por fim, também não deve subsistir a ilógica diferenciação dos empregados da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos em relação aos demais empregados “de pessoas jurídicas de direito privado”: não existe nada no direito brasileiro que permita a pretensa diferenciação perpetrada pelo TST em relação a esses empregados. Nem, como visto à exaustão, em relação aos demais empregados públicos, já que todos foram, sem distinção, submetidos a um concurso público e ingressaram na Administração Pública, que não conta com princípios díspares: todos os entes administrativos devem

seguir os preceitos dos arts. 37 e seguintes da Constituição da República. Sem exceções.

9. Referências bibliográficas

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Motivo e motivação do ato administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

FREITAS, Ney José de. *Dispensa de empregado público e o princípio da motivação*. Curitiba: Juruá, 2002.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. *O direito do trabalho como instrumento de justiça social*. São Paulo: LTr, 2000.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

Flexissegurança — Aspectos Gerais

Luciane Souza Soares de Lemos^(*)

Resumo:

- ▶ O presente trabalho tem por objetivo analisar uma nova tese de flexibilização das relações laborais surgida na Europa no fim dos anos 1990 e 2000. Trata-se da flexissegurança: modelo social que conjuga contratos de trabalho atípicos, com medidas ativas a título de contraprestação, as quais englobam qualificação profissional com auxílios financeiros auferidos durante os períodos de desemprego. Segundo o referido discurso, no atual estágio do Direito do Trabalho, as carreiras lineares deixaram de existir, enquanto a mobilidade e atualização profissionais são palavras de ordem. Partindo-se das premissas citadas, perquiriu-se a constitucionalidade da tese à luz do ordenamento jurídico brasileiro, a possibilidade de se empregar a flexissegurança em diversos países de forma uniforme, bem como o conteúdo ideológico oculto sob seu pretexto.

Palavras-Chave:

- ▶ Flexissegurança — flexibilidade — flexibilização das relações laborais.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Flexissegurança
 - ▶ 2.1. Exemplos de flexissegurança
 - ▶ 2.1.1. Dinamarca: o Triângulo de Ouro
 - ▶ 2.1.2. Holanda: o trabalho temporário
 - ▶ 2.1.3. Espanha: redução do contrato a termo
 - ▶ 2.1.4. Alemanha: o Pacote Hartz
 - ▶ 2.1.5. França: o CTP e o CTE
- ▶ 3. Possibilidade de extensão
- ▶ 4. Conclusão
- ▶ 5. Referências bibliográficas

(*) Advogada formada pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Pós-graduanda em Direito Público pela Universidade Gama Filho.

1. Introdução

O mundo do trabalho vem suportando inúmeras transformações decorrentes da resposta neoliberal à crise de produtividade do capitalismo, iniciada nos anos 1970 e aprofundada na década de 1980. Por conseguinte, a forma de regulação do trabalho constituída na era fordista assistiu à ascensão de um novo modelo técnico-produtivo que tem na flexibilidade seu atributo essencial: a acumulação flexível ou o toyotismo. Contudo, atualmente, também esse sistema apresenta sinais de desgaste⁽¹⁾, como se pode observar por meio de recentes matérias jornalísticas publicadas:

“Trabalhadores da França entram em greve por crise econômica.”⁽²⁾

“EUA: pedidos de seguro-desemprego alcançam maior patamar em 40 anos.”⁽³⁾

“Indústria paulista eliminou mais de 230 mil empregos em cinco meses.”⁽⁴⁾

(1) “É verdade que o complexo de reestruturação produtiva e o toyotismo impõem um novo perfil de qualificação no mundo do trabalho. (...) Só que, ao mesmo tempo, a mundialização do capital impõe uma lógica de exclusão que tende a limitar a capacidade do sistema de produção de mercadorias e integrar os indivíduos numa vida produtiva. É um limite estrutural intrínseco à nova forma de acumulação capitalista. Mesmo que todos pudessem adquirir as novas qualificações, o sistema orgânico do capital seria incapaz de absorvê-los. O mercado não é para todos.” ALVES, Giovanni. *Toyotismo, novas qualificações e empregabilidade: mundialização do capital e a educação dos trabalhadores no século XXI*. Disponível em: <<http://www.scribd.com/doc/12681528/toyotismo-giovanni-alves>> Acesso em: 11 jun. 2009.

(2) Trabalhadores da França entram em greve por crise econômica. In: *O Globo*, Rio de Janeiro, 29 jan. 2009. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/economia/mat/2009/01/29/trabalhadores-da-franca-entram-em-greve-por-crise-economica-754190273.asp>> Acesso em: 29 jan. 2009.

(3) *Idem*. EUA: pedidos de seguro-desemprego alcançam maior patamar em 40 anos. 29 jan. 2009 Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/economia/mat/2009/01/29/eua-pedidos-de-seguro-desemprego-alcancam-maior-patamar-em-40-anos-754191249.asp>> Acesso em: 29 jan. 2009.

(4) *Idem*. Indústria paulista eliminou mais de 230 mil empregos em cinco meses. 12 mar. 2009. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/economia/mat/>

A crise financeira que se desencadeou em agosto de 2008 representou uma das maiores ameaças para o capitalismo, assim como para toda a economia mundial na história moderna. A restrição do crédito e o colapso do mercado financeiro afetam os investimentos das empresas, os rendimentos dos trabalhadores e o emprego.

Diversas economias de países desenvolvidos entraram em franca recessão, acarretando necessariamente desemprego, o qual atingiria 50 milhões de pessoas, segundo a Organização Internacional do Trabalho.⁽⁵⁾ Já na América Latina, a OIT, ao divulgar uma nova edição de seu relatório Panorama Laboral, previu que, devido à crise, até 2,4 milhões de pessoas poderiam entrar nas filas de desemprego regional em 2009.⁽⁶⁾

Nesse cenário, o tema *flexissegurança* ganha relevância⁽⁷⁾, tendo em vista que o discurso da flexibilização do Direito do Trabalho volta a se destacar. Trata-se de uma palavra relativamente recente que tem sido escrita nos meios de comunicação social de diversas maneiras: *flexissegurança*, *flexi-segurança*, *flexissegurança* e *flexigurança*. É de se considerar recomendada a forma *flexissegurança*, uma vez que essa traduz adequadamente o conceito em exame

2009/03/12/industria-paulista-eliminou-mais-de-230-mil-empregos-em-cinco-meses-754804878.asp> Acesso em: 12 mar. 2009.

(5) *Idem*. OIT: crise pode gerar 50 milhões de desempregados. 28 jan 2009. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/economia/mat/2009/01/28/oit-crise-pode-gerar-50-milhoes-de-desempregados-754177476.asp>> Acesso em: 28 jan: 2009.

(6) *Idem*.

(7) Wolfgang Däubler, jurista alemão, em palestra proferida em 2003 no TST, considerou que: “a combinação entre ‘ocupação estável’ e ‘trabalho flexível’ parece possível de ser generalizada. (...) Discute-se também na Alemanha o conceito desenvolvido na Holanda, chamado ‘Flexicurity’, um neologismo que resulta da integração das palavras inglesas ‘flexibility’ e ‘security’”. DÄUBLER, Wolfgang. Transformação do trabalho e do emprego e as novas formas de organização na Alemanha – Análise crítica. In: Tribunal Superior do Trabalho (Org.). *Flexibilização no direito do trabalho*. 2. ed. São Paulo: IOB Thomson, 2004, p. 210.

(flexibilidade e segurança), além de respeitar a estrutura da língua portuguesa, pois mantém inalterada a palavra essencial (segurança), a qual se junta o radical flex — que contém a ideia de flexionar, mover, mudar, modificar.

Por meio desse novo conceito laboral, vislumbra-se a possibilidade de se conjugar o uso, em grandes proporções, da flexibilidade de disposições contratuais, com uma segurança que “permita aos trabalhadores manterem-se nos seus empregos ou rapidamente encontrar outros, beneficiando-se de rendimentos adequados durante os períodos de transição”.⁽⁸⁾ Essa nova linha de pensamento destacou-se nos países centrais que compõem a União Europeia e tende a ganhar adeptos por todo o mundo, tendo em vista que o Direito do Trabalho é entendido por alguns atores sociais como um entrave ao crescimento econômico mundial.

Em Portugal, por exemplo, as primeiras abordagens sobre o tema, ainda que informais, de empresários e dirigentes patronais, revelam-se favoráveis a uma maior flexibilização das relações de trabalho, contudo, nada de concreto é considerado quanto à segurança e proteção subjacentes a tal conceito. Tal conduta mostra-se dúbia, pois é necessário que se comece a discutir pela segurança, pois só pode ser flexível quem sentir-se seguro.

Em nosso país, o tema ainda não originou maiores debates, à exceção de *Arion Sayão Romita*, no livro *Flexissegurança — A Reforma do Mercado de Trabalho, as transformações na organização do trabalho que reflete na legislação laboral*⁽⁹⁾. Contudo, levando-se em consideração a situação econômica brasileira — a qual se encontra diametralmente oposta à dos países

pertencentes à União Europeia, soa razoável lembrar as palavras de *Cláudio José Montesso*: “Como se pode propor a retirada de direitos que nem sequer foram adquiridos por grande parte dos trabalhadores brasileiros?”.⁽¹⁰⁾

O presente estudo foi norteado principalmente pela análise de documentos oficiais editados pela União Europeia, em razão da escassa ou até mesmo quase inexistente bibliografia nacional sobre o assunto. Consequentemente, foram realizadas inúmeras traduções livres dos aludidos documentos oriundos da língua inglesa, em razão de sua relevância e singularidade, com o fim de possibilitar a pesquisa. Ademais, foram acessadas as páginas eletrônicas oficiais dos principais órgãos relacionados ao Direito do Trabalho no Brasil e no Exterior.

2. Flexissegurança

Está avançando na Europa um novo modelo social, ainda sem repercussão no Brasil, denominado na França *flexisécurité*, e nos países de língua inglesa, *flexicurity*, que consiste em uma nova abordagem da flexibilidade já empregada em âmbito mundial na década passada. O aludido conceito compreende como preceitos essenciais: a capacitação do trabalhador durante sua vida, políticas que incentivem os desempregados a buscar novas oportunidades e regras mais flexíveis no âmbito da segurança social, a fim de atender às necessidades dos que mudam de emprego ou o perdem provisoriamente.⁽¹¹⁾

Segundo a Comissão Europeia, a flexissegurança combina flexibilidade das disposições

(8) EUROPEIAS, Comissão das Comunidades. In: *RAPID — Boletim da Representação em Portugal da Comissão Europeia*. Flexissegurança: aumentar o emprego de qualidade. Bruxelas, IP/07/919, 27 jun. 2007. Disponível em: <<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/07/919&format=HTML&aged=1&language=PT&guiLanguage=en>> Acesso em: 30 out. 2008.

(9) São Paulo: LTr, 2008.

(10) MONTESSO, Cláudio José in discurso de posse na presidência da Anamatra *apud* SIQUEIRA, Giselly; ACCIOLY, Neri. Flexibilização. In: *Revista Anamatra*, Brasília, n. 53, p. 12, 2º sem. 2007, ano XVIII.

(11) Wolfgang Däubler, jurista alemão, em palestra proferida em 2003 no TST, considerou que: “a combinação entre ‘ocupação estável’ e ‘trabalho flexível’ parece possível de ser generalizada. (...) Discute-se também na Alemanha o conceito desenvolvido na Holanda, chamado ‘Flexicurity’, um neologismo que resulta da integração das palavras inglesas ‘flexibility’ e ‘security’”. In: Tribunal Superior do Trabalho (Org.). *Flexibilização no direito do trabalho*. Op. cit., p. 210.

contratuais (para que empresas e trabalhadores possam enfrentar mudanças do mercado) com segurança (para que os trabalhadores mantenham-se em seus empregos ou rapidamente encontrem outros, favorecendo-se de rendimentos adequados durante os períodos de

recrutamento e a dispensa de empregados deveriam ser facilitados, e o objetivo perquirido seria a proteção das pessoas e não a do posto de trabalho. Nesse sentido, é esclarecedor o quadro-resumo publicado em 11.7.07 pelo Comitê Econômico e Social Europeu⁽¹³⁾:

Flexissegurança (negociação coletiva e o papel do diálogo social)	
Exemplos de flexibilidade	
Flexibilidade numérica externa	Flexibilidade numérica externa
Flexibilidade numérica interna	Flexibilidade numérica interna
Ajustamento temporal da flexibilidade funcional interna	Ajustamento temporal da flexibilidade funcional interna
Flexibilidade financeira	Flexibilidade financeira
Exemplos de segurança	
Segurança no emprego	Segurança decorrente da legislação de proteção do emprego, que limita a capacidade do empregador de despedir à vontade.
Emprego de segurança	Adequadas oportunidades de emprego por meio de elevados níveis de empregabilidade asseguradas pela formação e educação.
Renda de segurança	Proteção adequada e estável dos níveis de renda.
Combinação de segurança	Segurança do trabalhador, para que esse seja capaz de combinar o seu trabalho com outras responsabilidades ou compromissos, além de um trabalho remunerado.

transição). Além disso, com a flexissegurança, tratar-se-ia de facilitar a mobilidade profissional dos trabalhadores dentro da mesma empresa e no mercado de trabalho. Nesse sentido, segundo Arion S. Romita:

“Este novo tipo de segurança não deve limitar-se a um emprego preciso, mas sim ocupar-se da transição de um emprego para outro. Deve ser encorajada a conjugação de uma recente flexibilidade do mercado de trabalho com um alta taxa de elevação do nível de emprego e de segurança na obtenção de rendimentos.”⁽¹²⁾

A flexissegurança pretende conjugar certa proteção ao trabalhador, com flexibilidade bastante para que as empresas possam se manter competitivas. Assim sendo, o processo de

Tradicionalmente, os empregadores anseiam por um mercado de trabalho mais maleável, o que tem sido considerado conflitante com os anseios de segurança de emprego dos trabalhadores. Na flexissegurança, importaria reconhecer que flexibilidade e segurança não seriam antagônicos, uma vez que os empregadores desejariam dispor de relações de trabalho estáveis e de trabalhadores estimulados; enquanto os trabalhadores estariam também interessados na flexibilidade dos horários, da organização do trabalho e das condições salariais.

Há princípios fundamentais que norteiam a flexissegurança, quais sejam:

(12) ROMITA, Arion Sayão. *Flexissegurança: a reforma do mercado de trabalho, as transformações na organização do trabalho que reflete na legislação laboral*. São Paulo: LTr, 2008. p. 81.

(13) EUROPEAN, Economic and Social Committee. In: *Flexicurity (collective bargaining and the role of social dialogue as instruments for regulating and reforming labour markets)*. Tradução de Luciane Souza Soares de Lemos. Bruxelas, SOC/272, 11 jul. 2007. Disponível em: <<http://eescopinions.eesc.europa.eu/eescopiniondocument.aspx?language=en&docnr=999&year=2007>> Acesso em: 3 nov. 2008.

- Tem-se um meio para criar mais e melhores empregos, modernizar os mercados de trabalho e promover novas formas de flexibilidade e segurança para aumentar a adaptabilidade, o emprego e a coesão social;
- A flexissegurança implica a conjugação deliberada de formas contratuais flexíveis, estratégias abrangentes e ativas do mercado de trabalho, com modernos, adequados e sustentáveis sistemas de proteção social;
- O termo refere-se tanto àqueles que trabalham quanto àqueles que estão fora do mercado. O apoio deverá ser acessível a todas as pessoas, havendo uma transição segura entre empregos;
- Deve-se apoiar a igualdade de gênero, por meio da promoção da igualdade de acesso ao emprego de qualidade para homens e mulheres e propondo medidas para conciliar trabalho, família e vida privada;
- Enquanto as autoridades públicas mantêm uma responsabilidade global, a participação social de parceiros na concepção e na execução das políticas de flexissegurança por intermédio do diálogo social e da negociação coletiva é de crucial importância;
- Requer-se uma política financeiramente sustentável, que deve ser plenamente compatível com os orçamentos públicos. Ela deve visar a uma justa distribuição de custos e benefícios, especialmente entre empresas, autoridades públicas e indivíduos.⁽¹⁴⁾

(14) "Flexicurity involves the deliberate combination of flexible and reliable contractual arrangements, comprehensive lifelong learning strategies, effective active labour market policies, and modern, adequate and sustainable social protection systems. It concerns both those in work and those out of work. (...) Support should be available to all those in employment to remain employable, progress and manage transitions both in work and between jobs. Flexicurity should support gender equality, by promoting equal access to quality employment for women and men and offering measures to reconcile work, family and private life. While public authorities retain an overall responsibility, the involvement of social partners in the design and implementation of flexicurity policies through social dialogue and

Em 2007, a Comissão Europeia publicou estudo no qual fez sugestões em relação a como proceder para a efetivação de reformas trabalhistas para a aplicação da flexissegurança. Foram definidos quatro diferentes desafios que o mercado de trabalho dos diferentes países deve enfrentar. Para cada um deles foi sugerida uma solução que estabelece um dos elementos da flexissegurança mencionados anteriormente. A tipologia inclui as seguintes circunstâncias:

- *Segmentação contratual*: o mercado de trabalho é dividido entre os trabalhadores com contratos permanentes e os com os contratos de curto prazo com baixos níveis de proteção social. Normalmente, esses países são marcados por uma elevada taxa de reformas antecipadas. Os exemplos incluem Espanha, Itália, França e Portugal.
- *Sugestão*: apontar uma distribuição mais homogênea da flexissegurança e segurança para criar "pontos de acesso ao emprego" para recém-chegados e promover melhor os seus progressos em acordos contratuais;
- *Desenvolvendo a flexissegurança dentro da empresa e oferecendo transição segura*: um país com elevada percentagem de grandes empresas conduz à baixa mobilidade profissional da mão de obra, como no caso da Alemanha, Bélgica, de Luxemburgo e da França.

Sugestão: investir na empregabilidade e aprendizagem ao longo da vida para aumentar a adaptabilidade à mudança tecnológica e prever uma melhor passagem de uma empresa para outra;

collective bargaining is of crucial importance. Flexicurity requires a cost effective allocation of resources and should remain fully compatible with sound and financially sustainable public budgets. It should also aim at a fair distribution of costs and benefits, especially between businesses, public authorities and individuals," UNION, Council of the European. In: *Toward Common Principles of Flexicurity — Council Conclusions*. Tradução de Luciane Souza Soares de Lemos Bruxelas: 06. dez. 2007. Disponível em: <ec.europa.eu/employment_social/news/2007/jun/flexicurity_en.pdf> Acesso em: 10 fev. 2009.

• *Lacunas de competências e oportunidade entre a população trabalhadora:* nos países com elevadas taxas de emprego, tais como o Reino Unido, a Holanda e até mesmo a Dinamarca, o berço da flexissegurança, grupos com baixas qualificações têm poucas oportunidades de encontrar um trabalho melhor do que o que eles detêm atualmente.

Sugestão: promover e desenvolver as aptidões dos trabalhadores com fraca formação profissional, a fim de permitir sua mobilidade social.

• *Melhorar as oportunidades para os destinatários de benefícios sociais e trabalhadores informais:* esta situação é geralmente encontrada em países que aderiram à União Europeia desde 2003 e têm sofrido intensa reestruturação, resultando em uma alta porcentagem dos trabalhadores que dependem de auxílios governamentais por um longo prazo.

Sugestão: introduzir ou reforçar políticas ativas do mercado de trabalho e a educação ao longo da vida, de modo que os indivíduos tenham maior possibilidade de passar para o setor formal do mercado de trabalho.⁽¹⁵⁾

(15) "Key challenge: contractual segmentation. The labour market is divided between 'insiders' and 'outsiders', into workers holding permanent contracts and those on short-term contracts with low levels of social protection. Typically, these countries are marked by a high rate of early retirement. Examples include Spain, Italy, France and Portugal. *Suggestion:* Aim towards a more even distribution of flexicurity and security to create 'entry points into employment' for newcomers and promote their progress into better contractual agreements. *Developing flexicurity within the enterprise and offering transition security.* A high percentage of large enterprises leads to low job mobility within the workforce. This is the case in Germany, Belgium, Luxembourg and France. *Suggestion:* Invest in employability and life-long learning to increase workers' adaptability to technological change; provide for better and safer transitions from one company to another. *Key challenge: Skills and opportunity gaps among the working population.* In countries with high employment rates, such as the UK, the Netherlands and even in Denmark, the cradle of flexicurity, low-skilled groups have little chance of finding a better job than the one that they

A União Europeia estabeleceu um grupo de estudos em setembro de 2006 cujo relator foi Ton Wilthagen, professor da Universidade de Tilburg/Holanda, com o fim de investigar o real alcance do modelo surgido na Dinamarca. A comissão concluiu que a definição de flexissegurança compreende quatro componentes:

- Disposições contratuais flexíveis e seguras e de organização de trabalho, tanto da perspectiva do empregador quanto do empregado, por meio de modernas leis laborais e organizações modernas de trabalho;
- Políticas ativas do mercado de trabalho que ajudam as pessoas a lidar eficazmente com mudanças rápidas, desemprego, reintegração e, o mais importante, as transições para novos empregos;
- Aprendizagem ao longo da vida, com sistemas para assegurar a contínua adaptabilidade e a empregabilidade de todos os trabalhadores, e para permitir às empresas manter seus níveis de produtividade;
- Sistemas modernos de segurança social, que proporcionam um apoio ao rendimento adequado, facilitando também a mobilidade no mercado de trabalho. Este inclui disposições destinadas a ajudar as pessoas a combinar o trabalho com responsabilidades privadas e familiares.⁽¹⁶⁾

currently hold. *Suggestion:* Promote opportunities and develop the skills of low-skilled workers in order to enable social upward mobility. *Key challenge: Improve opportunities for benefit recipients and informally employed workers.* This situation is typically encountered in countries that have joined the EU since 2003 and have undergone intensive restructuring, resulting in a high percentage of the potential workforce being dependent on long-term benefits. *Suggestion:* Introduce or reinforce active labour-market policies and life-long learning to improve opportunities for benefit recipients to move from informal to formal employment." *Commission to unveil flexicurity plan.* Tradução de Luciane Souza Soares de Lemos. 26 jun. 2007. Disponível em: <www.euractiv.com/en/socialeurope/commission-unveil-flexicurity-plan/article-164965> Acesso em: 25 maio 2009.

(16) "Flexible and secure contractual arrangements and work organisations, both from the perspective of

Existiriam alguns objetivos comuns aos Estados-membros no que tange à área política da flexissegurança:

- Intensificar a aplicação da estratégia da União Europeia para o crescimento e o emprego e reforçar o modelo social europeu;
- Encontrar um equilíbrio entre direitos e responsabilidades;
- Adaptar a flexissegurança à diversidade de circunstâncias, necessidades e desafios dos Estados-membros;
- Reduzir as disparidades entre os trabalhadores em situações contratuais atípicas e, por vezes, precárias e os que têm empregos permanentes em tempo integral;
- Desenvolver a flexissegurança interna e externa, ajudando os trabalhadores a progredir na carreira e no mercado de trabalho;
- Promover a igualdade entre homens e mulheres e a igualdade de oportunidades para todos;
- Elaborar propostas políticas equilibradas que promovam um clima de confiança entre os parceiros sociais, os poderes públicos e outros intervenientes;
- Garantir uma distribuição equitativa dos custos e benefícios das políticas de flexissegurança e contribuir para políticas orçamentais sólidas e financeiramente sustentáveis.⁽¹⁷⁾

the employer and the employee, through modern labour laws and modern work organisations. *Effective active Labour Market Policies (ALMPs)* which effectively help people to cope with rapid change, unemployment spells, reintegration and, importantly, transitions to new jobs — i.e. the element of *transition security*. *Reliable and responsive lifelong learning (LLL) systems* to ensure the continuous adaptability and employability of all workers, and to enable firms to keep up productivity levels. *Modern social security systems* which provide adequate income support and facilitate labour market mobility. They will include provisions to help people combine work with private and family responsibilities, such as childcare.” FLEXICURITY, Expert Group. *Flexicurity Pathways*. Tradução de Luciane Souza Soares de Lemos. Bruxelas, 20 abr. 2007. Disponível em: <<http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=117&langId=en>> Acesso em: 15 jan. 2009.

- (17) “Intensify the implementation of the EU strategy for growth and employment and strengthen the

A despeito dos objetivos semelhantes dos países europeus no que tange à aplicação da flexissegurança, conforme acima relatado, prevalece o consenso de que não há um padrão único a ser empregado em toda a União Europeia. Cada Estado-membro é convidado a implementar a flexissegurança de acordo com as suas necessidades específicas. Há princípios comuns porque todos enfrentam o desafio de se adaptar à globalização e ao envelhecimento da população, no entanto, tudo dependerá dos aspectos específicos de sua cultura e do seu mercado de trabalho. Em alguns casos, a flexissegurança incidirá mais sobre soluções dentro das empresas, em outros casos, ela irá concentrar-se nas transições entre empregos, de empregador a empregador.

Diversos países da União Europeia já criaram atos normativos voltados à constituição do modelo social da flexissegurança. Vejamos as principais aplicações da nova tendência.

2.1. Exemplos de flexissegurança

2.1.1. Dinamarca: o Triângulo de Ouro

O país onde a flexissegurança alcançou maior importância foi a Dinamarca, servindo de exemplo a todos os demais países europeus. A “*flexisécurité* à dinamarquesa” tem figurado

European social model; strike a balance between rights and responsibilities; adapt to flexicurity to different circumstances, needs and challenges of the Member States; reduce disparities among contractual workers in the atypical and sometimes poor and those who have full-time permanent jobs; develop the internal and external flexicurity, by helping employees to advance the career and the labor market; promote gender equality and equal opportunities for all; develop policy proposals that promote a balance of trust between the social partners, public authorities and other stakeholders; ensure an equitable distribution of costs and benefits of flexicurity policies, and contribute to sound fiscal policies and financially sustainable.” COMMUNITIES, Commission of the European. *Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions*. Tradução de Luciane Souza Soares de Lemos. Bruxelas, 04 jul. 2007. Disponível em: <<http://eescopinions.eesc.europa.eu/eescopiniondocument.aspx?language=en&docnr=767&year=2008>> Acesso em: 20 jan. 2009.

como uma alternativa ao padrão norte-americano e inglês da flexibilidade pura, caracterizado pela desregulamentação. O modelo social, que já foi chamado de “milagre dinamarquês”, foi promovido inicialmente por Poul Nyrup Rasmussen (primeiro-ministro de 1992 a 2001) e assentou-se sobre o denominado “triângulo de ouro”: disposições contratuais flexíveis, amplos sistemas de indenização e políticas ativas.

O mercado de trabalho dinamarquês se caracteriza por um alto nível de mobilidade de trabalhadores entre postos de trabalho, tal fato procede da ausência de regras rigorosas sobre demissões e de as pequenas e médias empresas serem em elevado número. Além disso, existe um sistema público de educação muito desenvolvido, que funciona de acordo com as necessidades de qualificação exigidas pelas empresas. Outro fator relevante é o de ser tradicional a contratação coletiva centralizada, existindo ampla colaboração entre as entidades de classe laborais e patronais com o governo.

A partir de 1994, a economia dinamarquesa experimentou uma fase de expansão, com uma inflação reduzida, o que propiciou rápida redução de taxa de desemprego. Acresce-se à referida circunstância a implementação de mudanças legislativas, a qual criou um sistema de rotatividade que reforçou a oportunidade de empregadores oferecerem aos seus trabalhadores educação complementar. Para cada trabalhador que ganha novas qualificações por meio da participação continuada em programas de formação, o empregador recebe uma subvenção que irá cobrir os custos da contratação de alguém desempregado, como um substituto para os trabalhadores cadastrados no programa.⁽¹⁸⁾

A reforma do mercado de trabalho também instituiu a obrigação de participar de programas de “ativação” para os desempregados adultos que se encontrem nessa situação por mais de doze

meses e para os jovens de menos de 25 anos, depois de seis meses de desemprego. Após o período chamado passivo, durante o qual o desempregado só recebe indenizações de desemprego, inicia-se um período de ativação, cuja duração máxima é de três anos e que pode compreender formações profissionais para a procura de emprego e específicas, como o emprego subvencionado no setor público e no setor privado.⁽¹⁹⁾

Mesmo após a reforma dos anos 1990, os dinamarqueses ainda se beneficiam de um sistema de indenização que permanece generoso: a indenização por desemprego está próxima de 90% do salário recebido anteriormente para os que possuem baixa renda e é ainda mais elevada para os chefes de famílias monoparentais. A espécie de seguro-desemprego é auferida desde o primeiro dia de desemprego e estende-se por no máximo quatro anos.

Para evitar que os desempregados se acomodem ao mero recebimento do auxílio governamental, eles são compelidos a procurar uma colocação e seguir os programas gerais de ativação em tempo integral, os quais objetivam qualificá-los e motivá-los. Caso o indivíduo se recuse a participar dos aludidos programas, pode ter seus direitos suprimidos. Contudo, com o intuito de se impedir que o mercado de trabalho *ativado* por empregos subsidiados seja abarrotado por vagas precárias, o governo limita o número desse tipo de empregado em cada empresa, e, em certos casos, há a obrigação de criar um emprego permanente para se beneficiar de um emprego subvencionado.

Vale apresentar entrevista sobre o tema, com o ministro dinamarquês do Emprego Claus Hjort Frederiksen:

“Empregos não podem ser protegidos, podemos pelo menos garantir certo nível de rendimento e de formação complementar, para que uma pessoa que tenha perdido o seu

(18) WILTHAGEN, Ton (rapporteur). *Fleicurity Practices*. Bruxelas, 20 abr. 2007. Disponível em: <<http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=117&langId=en>> Acesso em: 15 jan. 2009.

(19) PEDREIRA, Pinho. Um novo modelo social: a flexissegurança. In: *Revista LTr*, São Paulo, v. 69, n. 06, p. 645. jun. 2005. p. 647.

trabalho possa tornar-se qualificada para outro. (...) As pessoas devem estar prontas para aceitar o emprego. Para assegurar isso, instalações de cuidados infantis são garantidas, por exemplo. É importante também que não haja medo de perder direitos à pensão por mudar de emprego. (...) Torna-se fácil para as empresas contratar pessoas, pois também podem ser demitidas facilmente. Para os trabalhadores, flexissegurança significa que você tem a possibilidade de manter e atualizar as suas competências profissionais para corresponder demandas no mercado de trabalho. (...) Há um alto custo para treinar constantemente as pessoas, e não podemos continuar a aumentar os impostos. Eles têm que vir para baixo. Há também uma mudança na política de imigração dinamarquesa. Durante anos temos aceitado pessoas que não têm um nível educacional que lhes permita encontrar trabalho numa sociedade de alta tecnologia. Agora vamos introduzir uma espécie de sistema do *green card*, como no Canadá, para atrair apenas trabalhadores altamente qualificados do estrangeiro.”⁽²⁰⁾

(20) “Jobs cannot be protected, we can at least guarantee a certain level of income and supplementary training so that a person who has lost his or her job can become qualified for another. (...) People should be ready to accept employment. To ensure this, facilities like for instance child care are guaranteed. It is also important that there is no fear of losing pension rights by changing jobs. [...] It makes it easy for companies to hire people because they can also fire them easily. For the workers flexicurity means that you have the possibility to keep updating your professional skills to match demands in the job market. *But it costs a lot of money to constantly train people?*” Yes and we cannot go on increasing taxes. They have to come down. There is also a change in the Danish immigration policy. For years we have accepted people who do not have an education level that permits them to find work in a high technology society. Now we will introduce a sort of green card system like in Canada to attract only highly qualified employees from abroad.” SKIPPER, Anne Mette. *Flexicurity or how the work force, employers and the government in a small country got together in adapting to market demands in a globalized world*. Tradução de Luciane Souza Soares de Lemos. Disponível em: <www.ilo.org/

Os dados estatísticos permitem concluir que as reformas operadas na política de mercado de trabalho produziram efeitos positivos, reduzindo drasticamente o nível de desemprego estrutural. Melhorou o funcionamento geral do mercado de trabalho, observada a relação entre o desemprego e o PIB, assim como entre o desemprego e a inflação. No começo dos anos 2000, a Dinamarca possuía uma taxa de desemprego inferior a 5%, consagrando perto de 1,4% de seu PIB à indenização de seus desempregados, ou seja, quatro vezes mais que os Estados Unidos, cuja taxa de desemprego, à época, era idêntica a sua.⁽²¹⁾

Atualmente, a Dinamarca é caracterizada por uma elevada taxa de emprego (77,4% em 2006), baixo desemprego dos jovens (7,7%) e de longa duração (0,8%), elevada taxa de participação na aprendizagem ao longo da vida (27,4%), baixo risco de pobreza (12%) e uma sensação geral de segurança entre a população.⁽²²⁾ Em um lapso de dez anos, o país reduziu seu desemprego à metade, de modo que a taxa do mesmo seja hoje a menos elevada da Europa. Ademais, o desemprego de longa duração concerne socialmente a um empregado em dez, contra um desempregado em três na França.⁽²³⁾

O sistema acima descrito não poderia ter se desenvolvido sem o aparato industrial altamente desenvolvido existente na Dinamarca e sem o diálogo social em relação ao alto grau de sindicalização, que é uma marca desse modelo. Por outro lado, o baixo nível de proteção do

wcmssp5/groups/public/—dgreports/—dcomm/documents/newsitem/wcms_093856.pdf> Acesso em: 15 mar. 2009.

(21) PEDREIRA, Pinho. *Op. cit.*, p. 647. A título de exemplificação, vale mencionar que, no ano passado, o PIB brasileiro atingiu o índice de R\$ 2,9 trilhões, segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas. IBGE. Em 2008, PIB cresceu 5,1% e chegou a R\$ 2,9 trilhões. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=1330&id_pagina=1> Acesso em: 16 jun. 2009.

(22) UNION, Council of the European. *Op. cit.*

(23) PEDREIRA, Pinho. *Op. cit.*, p. 646.

emprego, que permite aos empregadores se adaptarem às mudanças das condições econômicas, torna possível o alto índice de flexibilidade numérica. Conforme sintetiza Romita:

“Os custos diretos da proteção do empregado são assumidos em sua maior parte pelo Estado, isto é, pelos contribuintes, e não pelas empresas (...) Os amplos objetivos fixados para a efetiva implementação do mercado de trabalho inclusivo (dinamarquês) são os seguintes: a) todo indivíduo tem uma responsabilidade social; b) devem ser adotadas medidas que assegurem a capacidade total de trabalhar durante toda a vida útil de trabalho; c) as pessoas com reduzida capacidade de trabalhar devem ter um emprego; d) devem ser empregadas cada vez mais pessoas.”⁽²⁴⁾ (Grifos nossos)

2.1.2. Holanda: o trabalho temporário

Os interlocutores sociais celebraram um acordo em 1996, que fora reproduzido em 1999 e se coaduna com os princípios da *flexicurity*. O referido pacto consagrou direitos gradativamente crescentes em favor do empregado. Houve também a introdução de maior segurança para os trabalhadores atípicos, reforçando os direitos de natureza salarial e consagrando o direito de obter um contrato por período indeterminado depois de certo tempo.

Com o fim de reforçar a posição dos trabalhadores com base em contratos temporários, reduzindo assim sua precariedade sem retirar a flexibilidade, o patronato e o setor sindical teceram negociações que continham alguns elementos fundamentais: possibilidade de celebrar contratos de duração determinada ou de prolongar sua duração por até três anos, depois de tal prazo o contrato é reclassificado automaticamente como emprego permanente; e o reconhecimento dos contratos de trabalho flexíveis no Código do Trabalho, com a introdução de proteção mínima quanto ao pagamento, porquanto há previsão de hipóteses em que o

trabalhador se beneficia de um “contrato legal de trabalho” que lhe permite ser pago mesmo se o empregador não o utilizar.⁽²⁵⁾

Conforme lição de *Pinho Pedreira*:

“A lei holandesa, é notório, muito reforçou os direitos dos assalariados *on call* ou que trabalham mediante um ‘chamado’: na falta de um contrato escrito que estipule outras disposições (...) o empregador deve pagar pelo menos três horas de trabalho por chamado, pelo menos cinco dias na semana. Donde uma base mínima, na falta de acordo escrito, de 15 horas por semana. Aliás, um assalariado sob “chamado” que trabalhe pelo menos três meses para uma mesma pessoa e não menos de 20 horas por mês é considerado possuidor de um “contrato de trabalho”; esse contrato representa a média mensal dos três meses trabalhados. Cabe ao empregador provar, em caso de necessidade, que esse trabalho de três meses correspondia a um contrato sazonal, o que pressupõe que ele tenha feito um contrato em boa e devida

(25) “In the Netherlands, social partners struck a deal containing three main ingredients: (1) limiting the consecutive use of fixed-term contracts; (2) eliminating administrative obstacles for temporary agencies while integrating agency contracts in employment law and replacing public regulation to a large extent with collective bargaining; (3) providing for a regulatory framework for non-standard contract forms in the labour code, by introducing a presumption of law to prevent manipulation and introducing minimum protection and payment. (...) The employment protection increases with the tenure of the agency worker: in the first stage of the contract, it is possible to allow for more than 3 fixed term contracts, but after 3 years of consecutive fixed term contracts, the contract will become an indefinite contract. Temporary work agencies provide employers with the flexibility to deal with fluctuating market demands at short notice. By extending rights to these workers with respect to social security, pensions and the prospect of a more secure contract, the flexibility offered to employers is matched by a reasonable degree of security for employees. These flexible jobs may prove to be a stepping-stone to a regular contract. Interestingly, this can be either an indefinite contract with the user enterprise, but also an indefinite contract with the agency.” WILTHAGEN, Ton (rapporteur). *Op. cit.*

(24) ROMITA, Arion Sayão. *Op. cit.*, p. 44-45.

forma de três meses, tendo especificado as horas de recurso. Além de seis meses de chamado, o empregador deve pagar o equivalente do salário pago semanalmente em média no decorrer dos seis meses precedentes.”⁽²⁶⁾

Já uma lei de 2001 consagrou uma espécie de direito ao trabalho *part-time*: o empregado tem o direito de pleitear junto ao empregador uma redução do tempo de trabalho de até 20%, o que só pode ser negado mediante prova de motivos derivados da organização do trabalho.

Após as mudanças legislativas acima explicitadas, a Holanda viu uma drástica redução do desemprego. As taxas de ocupação são elevadas, em geral (74,3% em 2006), bem como para as mulheres (67,7%). A jornada a tempo integral é baixa, tamanha a proporção adquirida pelos contratos a tempo parcial. O desemprego juvenil atingiu a marca de 6,6% e o desemprego de longa duração, a de 1,7%. Já a aprendizagem ao longo da vida é relativamente elevada (15,9%).⁽²⁷⁾

2.1.3. Espanha: redução do contrato a termo

A Espanha entrou nos anos 1990 com uma elevada percentagem de contratos a prazo, cobrindo cerca de 34% do emprego total; tal fato, conjugado à elevada taxa de rotatividade de empregos temporários, pouco incentivou empregadores ou trabalhadores a investirem em qualificação. Por tal razão, em 2006, foi assinado um acordo entre os parceiros sociais, sendo apoiado pelo Governo, com o fim de reduzir o uso excessivo desse tipo de contrato, caracterizando uma verdadeira revisão da flexibilização indiscriminada efetuada na década anterior.

A partir do Acordo Melhor para o Crescimento e o Emprego, foram introduzidas medidas para promover os contratos mais estáveis, por meio de novos subsídios, incentivando a figura “aberta” de contratos, especialmente para grupos menos favorecidos dos trabalhadores, tais como

mulheres, jovens, pessoas com deficiência e desempregados há muito tempo. Outra vantagem é que qualquer trabalhador que firmar dois ou mais contratos a prazo com a mesma empresa e quem tenha servido no mesmo lugar por mais de 24 meses dentro de um período de 30 meses, adquire automaticamente o *status* de trabalhador por prazo indeterminado.⁽²⁸⁾

Na reforma de 2006, decidiu-se privilegiar a contratação por tempo indeterminado, de modo que se reeditou o prestígio do princípio de continuidade do contrato de trabalho. Ademais, foram também tomadas medidas, com o fim de controlar as empreitadas: a previsão de limite de idade nos contratos de formação, a abolição do contrato de inserção e o fortalecimento da inspeção do trabalho. Com isso, o país avança rumo ao aumento de garantias trabalhistas, com o intuito de conter os altos custos sociais da flexibilização empregada anteriormente.

2.1.4. Alemanha: o Pacote Hartz

A versão alemã da flexissegurança recebe o nome de Hartz, em homenagem ao ex-diretor de recursos humanos da Volkswagen, Peter Hartz.⁽²⁹⁾ Essas foram as medidas mais impopulares da reforma do mercado de trabalho introduzidas no governo Gerhard Schröder e entraram definitivamente em vigor em 2005.

A mudança fundamental do pacote Hartz foi minorar a proteção oferecida em caso de desemprego, por meio da redução de benefícios e prestações de seguridade social. Para o primeiro ano, os desempregados recebem um auxílio que equivale 60% até 67% do seu último salário líquido (um ano e meio para os desempregados com mais de 55 anos); posteriormente, eles

(28) *Idem*.

(29) BREDGAARD, Thomas; LARSEN, Flemming. *The transitional labour market: understanding a best case, and policy proposals for solving some paradoxes*. Disponível em: <http://vbn.aau.dk/fbspretrieve/5753257/CARMA_research_paper_2006_2_Bredgaard_and_Larsen.pdf> Acesso em: 15 abr. 2009.

(26) PEDREIRA, Pinho. *Op. cit.*

(27) COMMUNITIES, Commission of the European. *Op. cit.*

entram no *Arbeitslosengeld II*. Nessa segunda fase do sistema, os trabalhadores passam a receber apenas 345 euros mensais.⁽³⁰⁾

Desempregados que têm poupanças ou seguros de vida não são elegíveis para *Arbeitslosengeld II* até que o seu próprio dinheiro seja totalmente usado. Eles também não estão habilitados para receber o benefício governamental caso tenham parentes próximos que possam lhes auxiliar. Em contraste com o antigo regime, os desempregados também podem ser forçados a tomar qualquer trabalho, mesmo que esse não corresponda às suas habilitações ou que a remuneração não seja suficiente para sua subsistência, sendo então ajudados por assistência social.

Com as reformas, a Alemanha norteia-se pela aplicação da flexissegurança: um modelo que, não sendo inspirado para esse país, logicamente pode acarretar efeitos distintos daqueles verificados em sua origem. O sistema alemão, diversamente do dinamarquês, reduz o nível de proteção social, compelindo os desempregados a gastar as suas poupanças e os seguros que previram para a sua velhice. É possível afirmar que, em médio prazo, o número de pessoas ameaçadas pela pobreza na população aposentada pode levar a uma diminuição do consumo, o que será mais impacto negativo sobre a economia do país.

Nesse sentido, na Alemanha, os limites da flexissegurança restam cada vez mais evidentes, como afirmou Michael Sommer, presidente da Confederação Alemã de Sindicatos (*Deutsche Gewerkschaftsbund*): “O Hartz IV envenenou o clima social na Alemanha. (...) Funcionários tornaram-se sujeitos à chantagem,

porque se sabe que, caso suas empresas fechem, eles estarão sujeitos ao *Arbeitslosengeld II* após um ano.”⁽³¹⁾ Já Werner Hesse, da Associação Alemã de Serviços Sociais (*Paritätischer Wohlfahrtsverband*), disse: “As reformas Hartz foram parcialmente a culpa pelo número atual de 6 milhões de alemães ameaçados pela pobreza.”⁽³²⁾

Quanto à flexibilidade na admissão e na demissão, não foi implementada no país qualquer alteração significativa. Por conseguinte, o grau de mobilidade laboral mantém-se relativamente baixo, ao contrário do que ocorre na Dinamarca, “onde se pretende preservar as pessoas, e não o posto de trabalho a qualquer custo”.

2.1.5. França: o CTP e o CTE

O primeiro-ministro Dominique de Villepin, na suposta⁽³³⁾ tentativa de introduzir a flexissegurança em seu país, apresentou proposta de criar uma espécie de contrato precário. O chamado *Contrat Première Embauche* (CPE) permitiria que as empresas contratassem jovens com idade inferior a 26 anos por um período experimental de dois anos.

O primeiro-ministro apontou uma taxa de desemprego de quase 23% para os que têm menos de 25 anos, enquanto a população em geral está na faixa de 9,6%. Por conseguinte, o CPE foi apresentado por Villepin como uma solução para o problema do elevado desemprego juvenil.

Para o Partido Socialista francês, o CPE foi descrito como “um presente para as empresas que serão capazes de quebrar o seu compromisso

(30) Tal valor soa no mínimo irrisório, tendo em vista que, apesar de na Alemanha não haver um salário mínimo estipulado por lei, estudos revelam que o trabalhador alemão é o terceiro mais caro da Europa, sendo que o valor de 345 euros é o regularmente oferecido apenas na área de construção civil, conforme se verifica em KNIGGE, Michael. *Salário mínimo*: Alemanha é exceção na Europa. 12 abr. 2005. Disponível em: <<http://www.dw-world.de/dw/article/0,,1550380,00.html>> Acesso em: 5 maio 2009.

(31) *Flexicurity: can it work for France and Germany?* 15 mar. 2006. Tradução de Luciane Souza Soares de Lemos. Disponível em: <<http://www.euractiv.com/en/innovation/flexicurity-work-france-germany/article-153417>> Acesso em: 23 maio 2009.

(32) *Idem*.

(33) Apesar da forma como foi apregoado, o aludido meio de contratação não apresentava qualquer meio de contraprestação ou de medida ativa, traços característicos da flexissegurança. Por conseguinte, apesar de ter sido divulgado como originário do modelo dinamarquês, percebe-se que se tratava apenas da mera flexibilidade já amplamente utilizada ao redor do mundo.

durante os dois anos do período de estágio, sem ter de prestar qualquer justificação.”⁽³⁴⁾ Mesmo a Associação Patronal Francesa manifestou críticas, dizendo que, com o CPE: “existe um risco de diminuir o valor dos jovens empregados”,⁽³⁵⁾ acrescentando que a educação é um fator mais relevante no combate ao desemprego juvenil. A esse respeito, tal associação criticou o fato de o contrato ser dirigido a todos os jovens, independentemente da sua qualificação profissional ou do nível de ensino.

O real ensaio de utilização da flexissegurança na França deu-se com o chamado *Contrat de Transition Professionnelle* (CTP), o qual é oferecido aos trabalhadores que enfrentam a demissão devido a razões econômicas. O contrato, que tem duração máxima de doze meses, é assinado entre o empregado e uma associação de educação profissional de âmbito nacional.

No CTP, visa-se ao oferecimento de uma sequência de medidas de apoio adaptadas às necessidades do emprego, tais como a formação e os estágios em empresas públicas ou privadas, com o apoio de agências de trabalho temporário. Nos meses em que o trabalhador não realiza trabalho remunerado, ele recebe um auxílio equivalente a 80% do salário bruto anterior.⁽³⁶⁾

3. Possibilidade de extensão

A Dinamarca sempre é mencionada como um exemplo bem-sucedido de aplicação da flexissegurança. Nesse país, as estruturas do mercado de trabalho estão apoiadas em regras flexíveis no que tange à contratação, em um sistema de segurança social e em intensas medidas que motivam o desempregado a procurar trabalho e lhe dão as qualificações de que necessita para obter nova colocação.

Segundo o economista *José Leirião* (representante da Confederação Europeia dos Sindicatos Independentes no Comitê Econômico e Social

Europeu), o sistema dinamarquês de flexissegurança baseia-se em: elevada carga fiscal para todos (indivíduos e empresas), porém todos se orgulham de pagar impostos; subsídio de desemprego elevado e permanente até encontrar novo emprego; política de obrigação de encontrar emprego (não pode continuar a se negar a empregar-se); empresários e trabalhadores empenhados em cooperar para o interesse geral de todos; proteção do indivíduo e não dos postos de trabalho; elevada flexibilidade na admissão e demissão de trabalhadores; crescimento econômico sustentado e finanças públicas saudáveis; sólidas infraestruturas sociais e excelente funcionamento do funcionalismo público.⁽³⁷⁾

É possível entender a flexissegurança como uma reedição do mesmo método de precarização das relações laborais utilizado na década passada, estando apenas revestido de um novo discurso, visto que o conceito é importado de países que têm padrões de regulação das relações laborais e níveis de empregabilidade muito diversos dos demais. A nova proposta derivaria da mesma ideia anteriormente empregada, qual seja: promover a flexibilização em termos de mobilidade horária, funcional e aumentar as formas de contratação precárias.

No Brasil, pouco se falou especificamente no discurso flexissegurança, à exceção da já citada obra de *Arion S. Romita* (*Flexissegurança: a reforma do mercado de trabalho, as transformações na organização do trabalho que reflete na legislação laboral*), de artigos esparsos em publicações especializadas sobre Direito do Trabalho e de exposição do ministro da Justiça Tarso Genro, em evento promovido pela Confederação Nacional da Indústria (CNI) em novembro de 2008.⁽³⁸⁾ Contudo, muito se afirmou

(34) *Loc. cit.*

(35) *Idem.*

(36) WILTHAGEN, Ton. *Op. cit.*

(37) LEIRIÃO, José. *A flexissegurança: o caso exemplo da Dinamarca*. Solidariedade: Órgão da Confederação Nacional das Instituições de Solidariedade. Disponível em: <<http://www.solidariedade.pt/sartigo/index.php?x=2145>> Acesso em: 4 nov. 2008.

(38) “A reforma trabalhista é uma das reformas mais importantes. Não se trata da flexibilização de direitos. Há novas formas de trabalho. Há novas formas de

a respeito da já conhecida flexibilidade. Como os dois temas se entrelaçam, vale levar em consideração a opinião dos juristas brasileiros, tais como *Pinho Pedreira* e *José A. Dallegrave Neto*:

“Com um mercado de trabalho flexível, uma taxa de desemprego fraca, trabalhadores móveis e adaptáveis, transições securizadas por uma proteção social generosa, uma política de emprego muito ativa e uma formação ao longo de toda a vida, *compreende-se que a Dinamarca possa servir de modelo, tendo o exemplo dinamarquês o mérito de atrair a atenção sobre o fato de que não se pode reformar a proteção ao emprego sem repensar o conjunto do sistema de proteção social e de política do emprego* e sem se colocar a questão das condições necessárias para passar à flexissegurança. Mas o mérito maior do modelo da Dinamarca não é poder servir de modelo e sim ter realizado o modelo.”⁽³⁹⁾ (Grifos nossos)

produção. Há um novo mundo do trabalho, e precisamos de novas tutelas. (...) Se não fizermos isso, a CLT será cada vez menos aplicável e, ao lado dela, se criará um vácuo, uma anomia. Estou falando de proteção ao trabalho, como a *flexicurity* adotada na Europa, em países como a Noruega”. FRANCO, Ilimar. Tarso: foi erro incluir direitos trabalhistas na Carta. *O Globo*, Rio de Janeiro, 19 nov. 2008. O País, p. 9. Sobre o mesmo tema: “Muitos adeptos, moderados ou radicais, da perspectiva neoliberal, juristas ou cronistas políticos preocupados com a estabilidade macroeconômica, costumam sustentar que ‘o Brasil tem muitas leis’ e que o problema é que ‘as leis não são cumpridas’. Esta receita conceitual é aplicada tanto para defender a ‘flexibilização’, como a ‘flexissegurança’ no Direito do Trabalho, tanto para criticar o controle burocrático do Estado como para impugnar o ‘custo Brasil’. Ora, se as grandes questões sociais e econômicas fossem problemáticas em função do ‘excesso de leis que não são cumpridas’, o excesso não seria problema: o seu simples não cumprimento já resolveria a própria questão do excesso. (...) Mais adequado seria dizer que temos muitas leis erradas, algumas sem ter uma real possibilidade de aplicação, em função de condições históricas (...), e outras que só são feitas para atender às intenções corporativas empresariais ou sindicais. E mais: algumas leis são feitas a partir da ótica liberal, não para cumprir normas programáticas da Constituição.” GENRO, Tarso. Constituição social e Direitos coletivos. *Revista da OAB/RJ*, Rio de Janeiro, v. 24, n. 01, p. 296-297, jul./dez. 2008.

(39) PEDREIRA, Pinho. *Op. cit.*, p. 647.

Não se ignore que as realidades prodigiosas desses aludidos países do norte europeu constituem situações ímpares, oásis na crise do mercado mundial. Logo, ao nosso crivo, *estará fadada ao insucesso a eventual migração para terras brasileiras da proposta europeia de flexissegurança nas relações de trabalho*. (...) De uma análise fria e sem romantismo, chega-se à inferência de que se trata de mais uma medida em sintonia com a ideologia neoliberal, vez que os objetivos são claros: facilitar a vida da iniciativa privada em detrimento das condições de trabalho que se tornarão mais precárias em face da política de flexibilidade em seus diversos aspectos: contratação temporária; dispensa sem ônus, etc.”⁽⁴⁰⁾ (Grifos nossos)

Em Portugal, a conveniência ou não da adoção da flexissegurança tem provocado debates calorosos, tendo em vista a especificidade de sua situação econômica em comparação à dos demais membros da União Europeia. Discute-se se seria vantajoso ou não o emprego de um modelo tido como de sucesso em países de realidade tão distinta, como a Dinamarca:

“O sistema, tal como é aplicado e conhecido nos países nórdicos, jamais ali conduziu ao agravamento do crescimento econômico ou das condições de vida e de trabalho. Porém, em países de economia periférica, como é o caso de Portugal, há riscos, e grandes. Diz-se sistematicamente que o sistema dinamarquês da flexissegurança é mais barato nos salários e despedimentos, o que é uma autêntica mitificação. O modelo dinamarquês é o resultado de mais de cem anos de desenvolvimento social e econômico baseado numa sólida negociação coletiva e na solidariedade entre governantes, empresários e trabalhadores. Todavia, os exemplos que Portugal sempre conheceu, mesmo com as importantes conquistas sociais do pós 25 de

(40) DALLEGRAVE NETO, José Affonso. Flexissegurança nas relações de trabalho. Que bicho é esse? In: *Revista Trabalhista Direito e Processo*. São Paulo: LTr, n. 25, p. 49-50, ano 7.

Abril de 1974, não garantem qualquer tipo de paz e diálogo social que beneficie os trabalhadores, sem dúvida o elo mais fraco do processo.”⁽⁴¹⁾

E ainda, em igual sentido:

“Torna-se cada vez mais evidente aquilo que afinal e verdadeiramente se pretende defender, e se possível impor, a seguir: um ainda maior (!?) alargamento das formas precárias de contratação e, sobretudo, uma alteração do regime jurídico da cessação do contrato individual de trabalho, passando então a admitir aquele que constitui um velho sonho de uma parte importante dos empresários portugueses, defensores da famigerada teoria de que ‘só há empresas estáveis com ‘trabalhadores instáveis.’”⁽⁴²⁾

Tamanha insatisfação deve-se ao fato de existir um incontestável contraste econômico entre as nações. Portugal, por exemplo, segundo dados da própria União Europeia, apresenta situação completamente distinta da que vivem os países nórdicos, onde a flexissegurança vem apresentando bons resultados: aquele tem sido prejudicado pelo seu capital humano muito baixo, em que quase 40% dos jovens deixam a escola cedo, sem qualquer formação profissional ou qualificação de nível secundário, e mais de 70% da população ativa nunca completou o ensino secundário.⁽⁴³⁾

Outro fator de extrema importância que deve ser considerado para fins de importação do novo modelo social é o valor despendido em sua aplicação. Segundo cálculo da Comissão Europeia, Espanha e Grécia seriam os países

com maior despesa, enquanto Portugal gastaria 4,2 milhões de euros por ano:

“O elevado custo de políticas ativas e passivas de emprego (...) é uma das razões pelas quais é impossível importar simplesmente modelos de países como Dinamarca (...) Mas não é a única, a tradição portuguesa, a lei laboral, o (fraco) crescimento econômico, a baixíssima qualificação dos trabalhadores e empresários e a postura dos parceiros sociais são muito diferentes das do Norte da Europa. (...) Aos 1,3% da riqueza nacional (PIB) que a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) calcula que Portugal gaste com medidas passivas de emprego, a Direção Geral do Emprego da Comissão Europeia estima que seria necessário juntar outros 1,6% do PIB. Ou seja, além dos 2 milhões já gastos para apoiar quem não tem trabalho, Bruxelas soma 2,5 milhões, para atingir o nível de ajuda dado na Dinamarca, Suécia e Holanda.”⁽⁴⁴⁾

A execução das diretrizes da flexissegurança em países que experimentam uma situação socioeconômica distinta daqueles que lograram êxito na aplicação do novo modelo deve ser vista com moderação. Tanto Portugal quanto o Brasil possuem um elevado índice de déficit interno e uma política de desemprego frágil e limitada a poucos meses. Ademais, a implementação de medidas ativas acarretaria um enorme gasto público, o que, por fim, seria custeado por toda a sociedade por meio do aumento da tributação. Por outro lado, é sabido que o que efetivamente propicia novas colocações é o crescimento da economia, impulsionado pela redução de custos previdenciários e fiscais que oneram a folha de pagamento. Como afirma Romita:

“A função do Direito do Trabalho como estimulador da criação de empregos não

(41) MARTINS, José. Flexissegurança Dinamarquesa não se aplica a Portugal. *Jornal Soberania do Povo*. Águeda, 7 nov. 2007. Disponível em: <<http://www.soberaniadopovo.pt/portal/index.php?news=3364>> Acesso em: 4 nov. 2008.

(42) PEREIRA, Antônio Garcia. A “Flexissegurança” ou “a espiral a caminho do fundo”? In: *Revista Segurança*, Lisboa, n. 177, 11 set. 2007. Disponível em: <http://www.revistaseguranca.com/index.php?option=com_content&task=view&id=101&Itemid=78> Acesso em: 3 nov. 2008.

(43) WILTHAGEN, Ton. *Op. cit.*

(44) FIGUEIRA, Alexandra. Flexissegurança custa mais do que uma Ota por ano. In: *Jornal de Notícias*, 26 jun. 2007. Disponível em: <http://ec.europa.eu/portugal/pdf/imprensa/esclarecimentos/noticia_jn_26062007_pt.pdf> Acesso em: 10 mar. 2009.

pode ser superestimada. *A adoção de medidas flexibilizadoras da legislação do trabalho não tem o condão de, por si só, gerar postos de trabalho.* O Direito do Trabalho pode muito, mas não pode tudo.”⁽⁴⁵⁾ (Grifos nossos)

Por todo o exposto, resta manifesto que, a despeito de a flexissegurança ter configurado avanços expressivos na Dinamarca, percebe-se que tal fato não atingiu o mesmo grau nos demais países europeus. O modelo deriva de uma conjuntura peculiar ao local de sua origem, produto de anos de tradição de negociação coletiva, desenvolvimento industrial e possibilidade de investimentos públicos para tal fim. Sem as aludidas características, tem-se apenas uma utilização parcial das proposições da flexissegurança, o que a transforma na mera flexibilidade tão empregada em décadas passadas, em prejuízo do trabalhador.

4. Conclusão

Na publicação Trabalho Decente⁽⁴⁶⁾, da OIT, o trabalho digno é definido como “um trabalho adequadamente remunerado, exercido em condições de liberdade, equidade e segurança, capaz de garantir uma vida digna”. Entretanto, em tempos de crise mundial, como é possível manter um *trabalho decente*, mesmo quando os pilares do Direito do Trabalho são atacados, com a justificativa de que esse seria um obstáculo ao desenvolvimento econômico mundial? Nesse sentido:

“Empresários e o Governo do Estado de São Paulo querem flexibilizar direitos trabalhistas para enfrentar a crise econômica internacional. Eles defendem a possibilidade

de suspensão temporária do contrato de trabalho pelo prazo máximo de dez meses. Após esse período, a empresa recontrataria os trabalhadores temporariamente afastados ou então promoveria a rescisão definitiva. Segundo a proposta, o trabalhador cujo contrato fosse suspenso teria direito a receber o benefício do seguro-desemprego.”⁽⁴⁷⁾

Propôs-se, no cenário nacional, a realização de alteração na CLT (Consolidação das Leis do Trabalho), por meio de lei ordinária ou até mesmo de uma medida provisória, a fim de introduzir a figura da suspensão temporária do contrato de trabalho. Com o aludido sistema, os trabalhadores seriam provisoriamente afastados, contudo, seu vínculo de emprego continuaria a existir. O patronato seria visivelmente beneficiado, porquanto não teria o ônus de efetuar o pagamento de quaisquer verbas rescisórias. Ademais, a proposta sugeriu que a possibilidade de suspensão do contrato de trabalho fosse instituída em caráter transitório, valendo apenas para o exercício de 2009.⁽⁴⁸⁾

Retomando-se o tema “trabalho decente” defendido pela OIT, pergunta-se: em tempos de um clima de temor em razão da crise mundial, até que ponto é possível mitigar direitos trabalhistas, sem, contudo, macular ou até mesmo perder o dito trabalho digno? Não se deve olvidar que o trabalho que atende aos anseios mínimos do homem configura-se como um meio hábil a pôr fim à pobreza e às desigualdades sociais. Por conseguinte, nesse cenário de incertezas e transformações do regime capitalista e de seus reflexos sociais, ganha relevância o tema *flexissegurança*: um híbrido oriundo da língua inglesa, que conjuga as palavras flexibilidade e segurança. O aludido modelo social possui

(45) ROMITA, Arion Sayão. *Op. cit.*, p. 79.

(46) “O conceito de trabalho decente apoia-se em quatro pilares estratégicos: a) respeito às normas internacionais de trabalho, em especial aos princípios e direitos fundamentais do trabalho (liberdade sindical e reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva, eliminação do trabalho forçado, abolição do trabalho infantil, eliminação de todas as formas de discriminação em matéria de emprego e ocupação); b) promoção do emprego de qualidade; c) extensão da proteção social; d) diálogo social”. ROMITA. Arion Sayão. *Op. cit.*, p. 83.

(47) Proposta de flexibilização de direitos trabalhistas será levada hoje ao Ministério do Trabalho. In: *O Globo*, Rio de Janeiro, 17 dez. 2008. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/economia/mat/2008/12/17/proposta-de-flexibilizacao-de-direitos-trabalhistas-sera-levada-hoje-ao-ministerio-do-trabalho-587329085.asp>> Acesso em: 17 dez. 2008.

(48) *Idem*.

três componentes principais: flexibilidade na contratação e na demissão, um sistema de previdência social eficiente e uma política ativa de emprego.

O conceito de flexissegurança assenta-se no pressuposto de que a flexibilidade e a segurança não são contraditórias, mas complementares, e se apoiam mutuamente. Reúnem-se um baixo nível de proteção dos trabalhadores contra a demissão, com mercado de trabalho baseado em um dever e um direito dos desempregados à qualificação profissional. O conceito de *segurança do emprego* é substituído pelo *emprego de segurança*.

A Dinamarca aparece como um paradigma de reformas do mercado de trabalho. O sistema do país combina flexibilidade e segurança, uma vez que é caracterizado pelo trabalho adaptável e pela fraca proteção do emprego. Em paralelo, alguns esforços significativos foram feitos na área da aprendizagem ao longo da vida e para melhorar o sistema de segurança social.

Outra inovação importante foi lançada na Áustria em 2003⁽⁴⁹⁾, com a execução de um novo regime de indenização por dispensa que obriga o empregador a depositar uma quantia fixa de dinheiro em uma conta individual em cada mês. O empregado pode ter esse dinheiro se ele for demitido e conservar os seus direitos, sistema que, portanto, facilita a mobilidade dos trabalhadores.

André Sapir de Bruegel foi responsável por um relatório da *Independent High-Level Study Group*, criado por iniciativa da Comissão Europeia. O estudo classificou os modelos sociais europeus em quatro grupos. O modelo Mediterrâneo (Itália, Espanha, Grécia), no qual as maiores despesas sociais concentram-se em aposentadorias, sendo um sistema ineficiente tanto para a criação de emprego quanto para o

combate à pobreza. No modelo continental (França, Alemanha, Luxemburgo), há um elevado grau de proteção do emprego, com uma importante luta contra as desigualdades sociais, mas ainda ruim na criação de colocações. O modelo anglo-saxônico (Irlanda, Reino Unido e Portugal): com muitos empregos de baixa remuneração, fraco grau de segurança do emprego, sendo relativamente eficaz na ação de criação de vagas, porém ruim no que tange à prevenção da pobreza. Já o modelo nórdico (Dinamarca, Finlândia e Suécia, Países Baixos e Áustria) é constituído por elevados investimentos em segurança social, bem como pelo alto índice de tributação, resultando na criação de “empregos de segurança”, sendo bem-sucedido na criação de postos de trabalho e na prevenção da pobreza.⁽⁵⁰⁾

Como é possível perceber, há inúmeras divergências nos modelos sociais adotados pelos países europeus, em razão dos diferentes traços que compõem seu mercado de trabalho, assim como das mudanças ocorridas em razão das transformações da regulação laboral, como bem classificou André Sapir; assim sendo, vale observar os números que exemplificam a aludida questão:⁽⁵¹⁾

Média de anos com o mesmo empregador

Dinamarca		Alemanha		França	
1992	2000	1992	2000	1992	2000
8,8	8,3	10,6	10,4	10,3	11,2

Embora a *flexicurity* a princípio possa soar como a melhor solução para os desafios atualmente enfrentados pela economia, surgem dúvidas quanto à possibilidade de sua transferência para outras nações, além daquelas onde surgiu. Esses países têm uma longa tradição de diálogo social, o que inexistente em outros, como por exemplo na Europa Central e Oriental.

Assim sendo, verifica-se que o cerne da problemática é que a flexissegurança se torna realmente

(49) GARABOL, Philippe. *Flexicurity: a European revolution*. 9 out. 2007. Disponível em: <<http://www.euractiv.com/en/socialeurope/flexicurity-european-revolution/article-167390>> Acesso em: 5 fev. 2009.

(50) *Flexicurity: can it work for France and Germany?* Op. cit.

(51) *Idem*.

profícua, se, e somente se, existirem determinadas características, as quais são peculiares ao mercado de trabalho dinamarquês⁽⁵²⁾, tais como: extensa tradição de diálogo social entre parceiros sociais, ampla cobertura das convenções coletivas, alto nível da mobilidade de emprego (quase um quarto da força de trabalho dinamarquesa muda de emprego a cada ano), alto nível de formação permanente da força de trabalho, elevado crescimento econômico (está entre os mais altos nos países da União Europeia), baixa inflação, alta tributação (é o segundo país com maior tributação, atrás apenas da Suécia).

Diante dessa conjuntura, resta-nos a inquietação: a flexissegurança servirá para outros países? E para o Brasil? Em Portugal, o mesmo questionamento ganha cada vez mais relevância. Nesse sentido, vale analisar a opinião do presidente da JUTRA (Associação Luso-Brasileira de Juristas do Trabalho), *José Augusto Ferreira da Silva*:

“Agora aparece uma nova panaceia que chama ‘flexissegurança’. Ideia importada da Dinamarca, país com condições socioeconômicas completamente diversas das de Portugal e que, manifestamente, não terá qualquer êxito em Portugal, onde só servirá para ‘flexibilizar’ cada vez mais as leis laborais, sem qualquer contrapartida na ‘segurança’ para os desempregados.”⁽⁵³⁾

(52) Como seria possível comparar o auxílio oferecido aos desempregados dinamarqueses (que pode se estender por até quatro anos) com o seguro-desemprego oferecido por poucos meses no Brasil? Observe-se que apenas após a crise de 2008 ter atingido gravemente determinados setores da economia brasileira é que foi proposto que o referido benefício fosse oferecido por até sete meses. Vide: Mudança nas regras: Seguro-desemprego poderá ser pago por até sete meses. In: *O Globo*, Rio de Janeiro, 11 fev. 2009. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/economia/mat/2009/02/11/seguro-desemprego-podera-ser-pago-por-ate-sete-meses-754359298.asp>> Acesso em: 17 fev. 2009.

(53) SILVA, José Augusto Ferreira da. *Empregabilidade em crise, dezesseis milhões de desempregados na Europa e meio milhão só em Portugal*. Disponível em: <http://www.fazer.com.br/a2_default2.asp?cod_materia=2398> Acesso em: 7 out. 2007 *apud* DALLEGRAVE NETO. *Op. cit.*, p. 49-50.

O exemplo português demonstra o total insucesso do implemento da flexissegurança em países com características diferentes das dos países nórdicos. Até 2003, antes da aprovação do Código de Trabalho português repleto de mudanças flexibilizatórias, os índices de desemprego atingiram 5% da população economicamente ativa (PEA). Quatro anos após a vigência dessa legislação flexível, o índice de desemprego em Portugal atingiu a faixa de 8% da PEA, por conseguinte, inevitável concluir que a reforma não serviu de meio eficaz para evitar o desemprego.⁽⁵⁴⁾

Já na Espanha, o processo de flexibilização da contratação do trabalho iniciou-se, basicamente, a partir de 1984, com uma taxa de desemprego de 10%. Após uma década de reformas flexibilizadoras, tecnicamente, o desemprego deveria ter baixado, ao contrário disso, no entanto, a desocupação atingiu a faixa de 22% da PEA. Em 1997, inicia-se a retomada da direção inversa: celebrou-se o Acordo Internacional de Estabilidade no Emprego para impulsionar o crescimento dos contratos de longa duração. Para a surpresa daqueles que apoiaram todo o processo de flexibilização, a partir de então o desemprego cai gradativamente até os 12% atuais.⁽⁵⁵⁾

A realidade incontestável é que os trabalhadores já renunciavam diariamente a seus direitos para evitar demissões.⁽⁵⁶⁾ No Brasil e no mundo,

(54) DALLEGRAVE NETO. *Op. cit.*, p. 52.

(55) URIARTE, Oscar Ermida A flexibilização no Direito do Trabalho – a experiência latino-americana. In: Tribunal Superior do Trabalho (Org.). *Flexibilização no direito do trabalho*. *Op. cit.*, p. 247.

(56) “Empresários e trabalhadores começam a fechar os primeiros acordos para flexibilizar direitos trabalhistas, dentro das possibilidades já permitidas por lei, para tentar amenizar os efeitos da crise financeira, mostra reportagem publicada nesta quarta-feira pelo jornal *O Globo*. Em Osasco, o Sindicato dos Metalúrgicos, ligado à Força Sindical, concordou em reduzir a jornada de trabalho e os salários, além da compensação, gratuita, das horas paradas devido a férias coletivas. A AçoTécnica S.A. reduzirá a jornada de seus 300 funcionários, com a diminuição dos salários de até 16% entre dezembro e fevereiro para evitar

tão logo se alastrou o colapso financeiro de 2008, empresários e trabalhadores começaram a firmar acordos para flexibilizar direitos trabalhistas, dentro das possibilidades previstas legalmente, para tentar amenizar os efeitos da crise financeira.

Devemos nos alertar para o risco de que momentos de crise sejam utilizados como pretexto para a franca e injustificável diminuição dos direitos trabalhistas, como bem observou Clemente Ganz Lúcio, diretor técnico do Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos (Dieese): “nós não podemos fazer deste momento um momento para fazer mudanças na legislação que precarizem ou fragilizem as relações de trabalho”⁽⁵⁷⁾. Como elucidou Uriarte:

“A incapacidade do sistema econômico de criar ou manter emprego tem levado seus cultores a ‘culpar’ o Direito do Trabalho, que seria um dos obstáculos à sua ação: talvez se pudessem gerar (péssimos) empregos, se não houvesse (tantos) mínimos trabalhistas: eliminemo-los. (...) Os postulados econômicos neoliberais são utilizáveis para fundamentar a desregulamentação. O certo, porém, é que nem a razão nem os números dão respaldo a essas hipóteses. Quanto à razão, basta constatar que toda vez que a legislação criou ou aumentou um direito dos trabalhadores ou que um sindicato o propôs na ação

demissões. Já a Belgo Bekaert Arames Ltda. criou um “banco de horas negativo”: os 350 empregados ficarão em casa e pagarão as horas devidas quando a produção for reativada. O acordo evitou 20 demissões. O presidente da Volkswagen do Brasil, Thomas Schmall, disse que, devido à brusca queda nas vendas, a empresa negocia com os sindicatos uma “maior flexibilidade nas fábricas.” A ideia é uma jornada menor, de 38 horas semanais em vez de 42 horas, por exemplo, e pagar somente as horas trabalhadas”. In: *O Globo*. Trabalhadores já abrem mão de direitos para evitar demissões. 17 dez. 2008. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/economia/mat/2008/12/16/trabalhadores-ja-abrem-mao-de-direitos-para-evitar-demissoes-587327218.asp>> Acesso em: 17 dez 2008.

(57) *Idem*.

coletiva argumentou-se que sua incorporação afetaria a competitividade da empresa e/ou do emprego. (...) Misturando a razão com números, é o caso de lembrar que os dois objetivos básicos da desregulamentação são baratear o custo do trabalho para melhorar a competitividade da empresa e aumentar o emprego ou diminuir a desocupação. Acontece, porém, que, em geral, os direitos trabalhistas ou o grau de proteção do trabalhador afetam muito pouco o custo total da produção e menos ainda o preço de venda de um produto.”⁽⁵⁸⁾

Assim sendo, não parece prudente permitir que a *flexicurity* ou qualquer outro modelo multiplique-se como único e inquestionável recurso, até mesmo porque a legislação laboral não pode ser vista como razão exclusiva da recessão que se alastrou. Dessa forma, a aplicação do modelo social dinamarquês de modo irrestrito, sem a devida cautela e sem os instrumentos que lhe dão suporte, apresenta-se como ato irresponsável, pois consequências desastrosas ocorreriam. A flexissegurança seria traduzida como uma simples falácia: o reemprego da precarização das relações laborais, sem qualquer medida compensatória, seguindo os mesmos moldes da flexibilização utilizada na década passada, a qual trouxe frutos inegavelmente nefastos aos trabalhadores de todo o mundo.

5. Referências bibliográficas

ALVES, Giovanni. *Toyotismo, novas qualificações e empregabilidade: mundialização do capital e a educação dos trabalhadores no século XXI*. Disponível em: <<http://www.scribd.com/doc/12681528/Toyotismo-Giovanni-Alves>> Acesso em: 11 jun. 2009.

BREDGAARD, Thomas; LARSEN, Flemming. *The transitional labour market: understanding a best case, and policy proposals for solving some paradoxes*. Disponível em: <<http://vbn.aau.dk/>

(58) URIARTE, Oscar Ermida A flexibilização no Direito do Trabalho – a experiência latino-americana. In: Tribunal Superior do Trabalho (Org.). *Flexibilização no direito do trabalho*. Op. cit., p. 246-247.

fbspretrieve/5753257/CARMA_research_paper_2006_2_Bredgaard_and_Larsen.pdf> Acesso em: 15 abr. 2009.

Commission to unveil flexicurity plan. Tradução de Luciane Souza Soares de Lemos. 26 jun. 2007. Disponível em: <<http://www.euractiv.com/en/socialeurope/commission-unveil-flexicurity-plan/article-164965>> Acesso em: 25 maio 2009.

COMMUNITIES, Commission of the European. In: *Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions*. Tradução de Luciane Souza Soares de Lemos. Bruxelas, 4 jul. 2007. Disponível em: <<http://eescopinions.eesc.europa.eu/eescopiniondocument.aspx?language=en&docnr=767&year=2008>> Acesso em 20 jan. 2009.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. Flexissegurança nas relações de trabalho. Que bicho é esse? In: *Revista Trabalhista Direito e Processo*. São Paulo: LTr, n. 25, p. 49-50, ano 7.

DÄUBLER, Wolfgang. Transformação do trabalho e do emprego e as novas formas de organização na Alemanha — Análise crítica. In: Tribunal Superior do Trabalho (Org.). *Flexibilização no direito do trabalho*. 2. ed. São Paulo: IOB Thomson, 2004.

EUA: pedidos de seguro-desemprego alcançam maior patamar em 40 anos. In: *O Globo*, Rio de Janeiro, 29 jan. 2009. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/economia/mat/2009/01/29/eua-pedidos-de-seguro-desemprego-alcancam-maior-patamar-em-40-anos-754191249.asp>> Acesso em: 29 jan 2009.

EUROPEAN, Economic and Social Committee. In: *Flexicurity (collective bargaining and the role of social dialogue as instruments for regulating and reforming labour markets)*. Tradução de Luciane Souza Soares de Lemos. Bruxelas, SOC/272, 11 jul. 2007. Disponível em: <<http://eescopinions.eesc.europa.eu/eescopiniondocument.aspx?language=en&docnr=999&year=2007>> Acesso em: 03 nov. 2008.

EUROPEIAS, Comissão das Comunidades. In: *RAPID — Boletim da Representação em Portugal da Comissão Europeia*. Flexissegurança: aumentar o emprego de qualidade. Bruxelas, IP/07/919, 27 jun. 2007. Disponível em: <<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/07/919&format=HTML&aged=1&language=PT&guiLanguage=en>> Acesso em: 30 out. 2008.

FLEXICURITY, Expert Group. In: *Flexicurity Pathways*. Tradução de Luciane Souza Soares de Lemos. Bruxelas, 20 abr. 2007. Disponível em: <<http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=117&langId=en>> Acesso em: 15 jan. 2009.

Flexicurity: can it work for France and Germany? 15 mar. 2006. Tradução de Luciane Souza Soares de Lemos. Disponível em: <<http://www.euractiv.com/en/innovation/flexicurity-work-france-germany/article-153417>> Acesso em: 23 maio 2009.

FIGUEIRA, Alexandra. Flexissegurança custa mais do que uma Ota por ano. In: *Jornal de Notícias*. 26 jun. 2007. Disponível em: <http://ec.europa.eu/portugal/pdf/imprensa/esclarecimentos/noticia_jn_26062007_pt.pdf> Acesso em: 10 mar. 2009.

FRANCO, Ilmar. Tarso: foi erro incluir direitos trabalhistas na Carta. In: *O Globo*, Rio de Janeiro, 19 novembro 2008. O País, p. 9.

GARABOL, Philippe. Flexicurity: a European revolution. 9 out. 2007. Disponível em: <<http://www.euractiv.com/en/socialeurope/flexicurity-european-revolution/article-167390>> Acesso em: 5 fev. 2009.

GENRO, Tarso. Constituição social e Direitos coletivos. In: *Revista da OAB/RJ*, Rio de Janeiro, v. 24, n. 01, p. 296-297, jul./dez. 2008.

IBGE: Em 2008, PIB cresceu 5,1% e chegou a R\$ 2,9 trilhões. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=1330&id_pagina=1> Acesso em: 16 jun. 2009.

Indústria paulista eliminou mais de 230 mil empregos em cinco meses. In: *O Globo*, Rio de Janeiro, 12 mar. 2009. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/economia/mat/2009/03/12/industria-paulista-eliminou-mais-de-230-mil-empregos-em-cinco-meses-754804878.asp>> Acesso em: 12 mar. 2009.

KNIGGE, Michael. Salário mínimo: Alemanha é exceção na Europa. 12 abr. 2005. Disponível em: <<http://www.dw-world.de/dw/article/0,1550380,00.html>> Acesso em: 5 mai. 2009.

LEIRIÃO, José. *A flexissegurança: o caso exemplo da Dinamarca*. Solidariedade: Órgão da Confederação Nacional das Instituições de Solidariedade. Disponível em: <<http://www.solidariedade.pt/sartigo/index.php?x=2145>> Acesso em: 4 nov. 2008.

MARTINS, José. Flexissegurança dinamarquesa não se aplica a Portugal. In: *Jornal Soberania do Povo*, Águeda, 07 nov. 2007. Disponível em: <<http://www.soberaniadopovo.pt/portal/index.php?news=3364>> Acesso em: 4 nov. 2008.

Mudança nas regras: Seguro-desemprego poderá ser pago por até sete meses. In: *O Globo*, Rio de Janeiro, 11 fev. 2009. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/economia/mat/2009/02/11/seguro-desemprego-podera-ser-pago-por-ate-sete-meses-754359298.asp>> Acesso em: 17 fev. 2009.

OIT: crise pode gerar 50 milhões de desempregados. In: *O Globo*, Rio de Janeiro, 28 jan 2009. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/economia/mat/2009/01/28/oit-crise-pode-gerar-50-milhoes-de-desempregados-754177476.asp>> Acesso em: 28 jan 2009.

PEDREIRA, Pinho. Um novo modelo social: a flexissegurança. In: *Revista LTr*, São Paulo, v. 69, n. 06, p. 645. jun. 2005. p.647.

PEREIRA, Antônio Garcia. A “Flexissegurança” ou “a espiral a caminho do fundo”? In: *Revista Segurança*, Lisboa, n. 177, 11 set. 2007. Disponível em: <http://www.revistaseguranca.com/index.php?option=com_content&task=view&id=101&Itemid=78> Acesso em: 3 nov. 2008.

Proposta de flexibilização de direitos trabalhistas será levada hoje ao Ministério do Trabalho. In: *O Globo*, Rio de Janeiro, 17 dez. 2008. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/economia/mat/2008/12/17/proposta-de-flexibilizacao-de-direitos-trabalhistas-sera-levada-hoje-ao-ministerio-do-trabalho-587329085.asp>> Acesso em: 17 dez. 2008.

ROMITA, Arion Sayão. *Flexissegurança: a reforma do mercado de trabalho, as transformações na organização do trabalho que reflete na legislação laboral*. São Paulo: LTr, 2008. p.81.

SILVA, José Augusto Ferreira da. Empregabilidade em crise, dezesseis milhões de desempregados na Europa e meio milhão só em Portugal. Disponível em: <http://www.fazer.com.br/a2_default2.asp?cod_materia=2398> Acesso em: 7 out. 2007.

SIQUEIRA, Giselly; ACCIOLY, Neri. Flexibilização. In: *Revista Anamatra*, Brasília, n. 53, p. 12, 2º semestre de 2007, ano XVIII.

SKIPPER, Anne Mette. *Flexicurity or how the work force, employers and the government in a small country got together in adapting to market demands in a globalized word*. Tradução de Luciane Souza Soares de Lemos. Disponível em: <www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-dgreports/-dcomm/documents/newsitem/wcms_093856.pdf> Acesso em: 15 mar. 2009.

Trabalhadores da França entram em greve por crise econômica. In: *O Globo*, Rio de Janeiro, 29 jan. 2009. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/economia/mat/2009/01/29/trabalhadores-da-franca-entram-em-greve-por-crise-economica-754190273.asp>> Acesso em: 29 jan. 2009.

Trabalhadores já abrem mão de direitos para evitar demissões. In: *O Globo*, Rio de Janeiro, 17 dez. 2008. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/economia/mat/2008/12/16/trabalhadores-ja-abrem-mao-de-direitos-para-evitar-demissoes-587327218.asp>> Acesso em: 17 dez 2008.

UNION, Council of the European. *Toward Common Principles of Flexicurity: Council Conclusions*. Tradução de Luciane Souza Soares de Lemos Bruxelas: 06. dez. 2007. Disponível em: <ec.europa.eu/employment_social/news/2007/jun/flexicurity_en.pdf> Acesso em: 10 fev. 2009.

WILTHAGEN, Ton (rapporteur). *Fleicurity Practices*. Bruxelas, 20 abr. 2007. Disponível em: <<http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=117&langId=en>> Acesso em: 15 jan. 2009.

Súmula vinculante, o princípio da segurança jurídica e a Súmula Vinculante n. 4

Flavia Farias Corseuil^(*)

Resumo:

- ▶ Busca-se estudar a súmula vinculante, confrontando-a com o princípio da segurança jurídica e analisando a Súmula Vinculante n. 4. Por ser um tema recente, introduzido no ordenamento jurídico em 2004, realizou-se uma pesquisa exploratória, apresentando-o e relacionando suas vantagens e desvantagens. Utilizou-se o método dedutivo, por ser o mais adequado a fazer uma comparação entre as correntes divergentes. Partiu-se da análise desse princípio. Em seguida, conceituou-se a súmula vinculante. Analisou-se o procedimento para edição, revisão ou cancelamento desse tipo de súmula, delimitou-se o objeto, bem como os seus legitimados. Destacou-se a utilização da reclamação constitucional ao Supremo Tribunal Federal quando o Poder Judiciário e o Poder Executivo não a observarem. Conclui-se que a Súmula Vinculante n. 4 não atende ao princípio da segurança jurídica, por permanecer as controvérsias sobre a base de cálculo do adicional de insalubridade.

Palavras-Chave:

- ▶ Súmula vinculante — segurança jurídica — Súmula Vinculante n. 4.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Princípios
 - ▶ 2.1. Conceito
 - ▶ 2.2. Princípio da segurança jurídica
- ▶ 3. Súmula vinculante
 - ▶ 3.1. Conceito
 - ▶ 3.2. Objeto
 - ▶ 3.3. Edição, revisão e cancelamento
 - ▶ 3.4. Legitimados

(*) Advogada e Especialista em Direito Processual Civil pelas Faculdades de Vitória – FDV.

- ▶ 3.5. Reclamação
- ▶ 4. A Súmula Vinculante n. 4
- ▶ 5. Considerações finais
- ▶ 6. Referências bibliográficas

1. Introdução

O Poder Judiciário, em dezembro de 2004, sofreu grande reforma no âmbito constitucional, por meio da Emenda Constitucional n. 45/04, tendo como um dos seus objetivos a garantia à cidadania de uma prestação jurisdicional de melhor qualidade.

Uma das suas inovações foi a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal editar súmula com efeito vinculante, prevista no art. 103-A.

A súmula existe a mais de 40 anos no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e tem como objetivo uniformizar jurisprudência, o que traz mais segurança ao jurisdicionado, pois, ao buscarem a solução de uma lide no Poder Judiciário, terão noção de qual resultado obterão.

As reformas processuais que vêm acontecendo, a cada dia, têm aumentado a importância das súmulas ordinárias, tanto que (há tempos) já é possível o relator negar seguimento a um recurso, por ser contrário a disposição sumulada, bem como dar provimento a recurso, se a decisão recorrida estiver negando aplicação à súmula (redação do art. 557 do Código de Processo Civil determinada pela Lei n. 9.756/98). Recentemente, também, tornou-se possível que o juiz de 1º grau negue seguimento a apelação, quando a decisão recorrida estiver aplicando súmula (art. 518, § 1º, do Código de Processo Civil, acrescentado pela Lei n. 11.276/06).

Apesar de crescente prestígio, as súmulas ordinárias não perderam suas principais características de orientar o magistrado e uniformizar jurisprudência.

A grande inovação do art. 103-A, da Constituição Federal, é que criou outra categoria de

súmula, qual seja, a que possui efeito vinculante. Isso significa, em suma, que ela se torna de cumprimento obrigatório para os Poderes Judiciário e Executivo, sob pena de sofrerem uma Reclamação Constitucional, dirigida diretamente para o Supremo Tribunal Federal.

Ressalta-se que a partir deste momento existem no ordenamento jurídico brasileiro dois tipos de súmula: persuasivas (simples orientação para os juízes e administradores públicos) e vinculante (aplicação obrigatória para os juízes e administradores públicos).

Como já dito, sem dúvidas, a obrigatoriedade de aplicar a súmula vinculante surge para tornar o processo mais célere e mais seguro. Porém, traz inúmeras incertezas, em especial, se não estaria ferindo a liberdade do magistrado em decidir, bem como sua independência funcional.

Por mais que o art. 103-A da Constituição Federal e a Lei n. 11.417/06 prevejam mecanismo para alteração e cancelamento das súmulas vinculantes, receia-se que, ainda assim, haja um engessamento de precedente. Afinal, no sistema jurídico do *civil law*, que é o seguido pelo Brasil, as leis, como fonte formal principal, são mais rígidas, e a jurisprudência existe exatamente para flexibilizá-las, interpretá-las da forma mais adequada à época que a sociedade vive.

Assim, estudar a súmula vinculante à luz do princípio da segurança jurídica é de suma importância para o Direito, afinal, verificará se esse instituto contribuirá para um dos maiores desafios do Poder Judiciário, que é conceder ao jurisdicionado uma resposta rápida, eficiente e confiável; especialmente no que tange à Súmula Vinculante n. 4.

2. Princípios

2.1. Conceito

O Direito, como ciência, possui ideias básicas, proposições iniciais, que remetem a sua origem, sendo denominadas de princípios.

Celso Antônio Bandeira de Mello⁽¹⁾ conceitua princípio como:

“(…) mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.”

Percebemos que os princípios são de suma importância para o Direito, uma vez que servem como fonte inspiradora e integradora das normas jurídicas, primando pela uniformidade e coerência do sistema jurídico.

Princípios, portanto, não são sinônimos de normas. É certo que encontramos alguns inseridos em normas jurídicas, ou seja, positivados (conhecidos como princípios explícitos), mas isso não os torna mais relevantes que os outros, encontrados apenas na doutrina (conhecidos como princípios implícitos).

Eles são fontes orientadoras das normas jurídicas, desprendidos do caráter coercivo. Entretanto, “os princípios gerais de Direito não são preceitos de ordem moral ou econômica, mas sim esquemas que se inserem na experiência jurídica, convertendo-se, desse modo, em elementos componentes do Direito”.⁽²⁾

Como elemento componente do Direito, o princípio se torna peça fundamental, de forma

que inobservá-lo — apesar de não existir uma consequência pré-definida — resulta em tragédias maiores para a estrutura do sistema jurídico, pois compromete toda sua base, seu fundamento, como ressaltou Bandeira de Mello⁽³⁾:

“Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.

Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustentam e alui-se toda estrutura nelas esforçadas.”

Desse modo, é necessário destacar as três funções dos princípios perante as normas jurídicas: inspirar, interpretar e integrar.

Como já mencionado, os princípios são as diretrizes, as bases do Direito, sendo natural as normas jurídicas positivarem os seus preceitos, pois eles são a demonstração dos ideais e das necessidades da sociedade.

Consequentemente, se os princípios são fontes inspiradoras das leis, devemos interpretá-las de acordo com os mesmos, porque é com base neles que descobriremos a vontade do legislador e não as deturparemos:

“(…) a interpretação é uma atividade cognoscitiva que visa a precisar o significado e o alcance das normas jurídicas, possibilitando-lhe uma correta aplicação. Esta tarefa, voltada, precipuamente, à descoberta da *mens legis* (da vontade do Estado contida na norma jurídica), exige a constante invocação dos grandes princípios, mormente em face das

(1) BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 771-772.

(2) REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 308.

(3) BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 772.

disposições incertas e das palavras equívocas ou polissêmicas que costumam reclamar nossos textos legislativos.”⁽⁴⁾

Por meio dessa função, fazemos a atualização dos conceitos abertos presentes nas leis, possibilitando a aplicação correta, ainda que elas tenham sido publicadas na década passada.

Os princípios, como refletem os ideais da sociedade, modernizam a *mens legis*, conforme vivenciamos com o conceito de correspondência, imprescindível para a aplicação do art. 5º, XII, da Constituição Federal (CF) que há pouco tempo só incluía cartas, e hoje os *e-mails* também recebem proteção constitucional.

A última função dos princípios é integrar as normas, especificamente nos casos de omissão legislativa, quando não encontramos solução para o caso concreto, afinal, “pode haver lacuna na lei, mas não no direito”.⁽⁵⁾

É possível que mais de um princípio seja invocado para interpretar normas ou para solucionar um caso concreto (lacuna legislativa). Até aqui, nenhum problema. Esse surge quando os princípios em questão se contradisserem.

No caso de confronto de princípios, há divergência na doutrina.

Sérgio Pinto Martins⁽⁶⁾ entende que os princípios coexistem, não se falando em revogação de um pelo outro. No entanto, há hierarquia entre eles, devendo o mais recente e o mais específico ser empregado na solução da situação jurídica em conflito.

Concordamos com o autor, no que tange a coexistência de princípios e da impossibilidade de exclusão de um pelo outro. No entanto, filiamo-nos à ideia da inexistência de hierarquia entre os princípios.

Para essa corrente, no caso de conflito de princípios, aplica-se a proporcionalidade, a ponderação deles, dosando qual será o de maior relevo, a fim de se chegar à melhor interpretação ou solução (no caso de integração) para o caso:

“Os princípios, por sua natureza, devem conviver. A sua pluralidade e a consequente impossibilidade de submetê-los a uma lógica de hierarquização faz surgir a necessidade de uma metodologia que permita a sua aplicação diante dos casos concretos. Fala-se, nesse sentido, de ponderação dos princípios ou de aplicação da ‘proporcionalidade’ como regra capaz de permitir a sua coexistência ou de fazer prevalecer um princípio diante do outro sem que um deles tenha de ser eliminado em abstrato, ou sem que o princípio não preferido em determinada situação tenha de ser negado como capaz de aplicação em outro caso concreto.

Afirma-se que no caso de conflito de *regras* o problema é de *validade*, enquanto na hipótese de colisão de *princípios* a questão é de *peso*. Quando há colisão de princípios, um deve ceder diante do outro, *conforme as circunstâncias do caso concreto*. De modo que não há como se declarar a *invalidade* do princípio de menor peso, uma vez que prossegue íntegro e válido no ordenamento, podendo merecer prevalência, em face do mesmo princípio que o precedeu, diante de outra situação concreta.”⁽⁷⁾ (grifos do autor)

Em relação ao Direito Processual, vivemos um período de buscar seu melhor aparelhamento, de forma a trazer mais segurança para o jurisdicionado na solução dos conflitos.

2.2. Segurança jurídica

Direito nos remete à ideia de ordem, certeza, visto que seu objetivo é manter a paz da sociedade. Ele surgiu para nos orientar, ditando o que

(4) CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 35-46.

(5) NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 385.

(6) MARTINS, Sérgio Pinto. *Instituições de direito público e privado*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 34.

(7) MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: teoria geral do processo*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 1. p. 52-53.

podemos e não podemos fazer, como fazer, quanto tempo e quais as consequências de infringir as regras. Dessa forma, temos segurança para medirmos nossos atos.

Nas palavras de *Tércio Sampaio Ferraz Júnior*⁽⁸⁾, a segurança está relacionada com a duração, “isto é, com evitar que um evento passado (...) de repente, se torne algo insignificante, e o seu futuro, algo incerto, o que faria do tempo do direito um mero tempo cronológico, uma colação de surpresas desestabilizadoras da vida”.

Segurança jurídica é um princípio fundamental do Direito que está implícito na Constituição Federal. O que, como já dito, não lhe retira a importância:

“Portanto, é a segurança jurídica a estabilidade, o que norteia a conduta dos homens. Daí que o Direito não poderia alhear-se disso. Não teria sequer como existir a não ser apoiado sobre essa base estrutural. Eis porque o *princípio da segurança jurídica* é, provavelmente, o maior de todos os princípios fundamentais do Direito, já que se encontra na base dele, em seu ponto de partida.”⁽⁹⁾ (grifo do autor)

A segurança jurídica, por ser um princípio implícito no ordenamento, manifesta-se em diversos institutos, dos quais podemos citar: a coisa julgada, o ato jurídico perfeito, o direito adquirido, a prescrição, a decadência, a preclusão, a fundamentação das decisões, a isonomia nos julgamentos, entre outros que visem à estabilidade das relações sociais.

Cada um desses institutos, ao expressar a segurança jurídica, assinala uma ideia, um

conteúdo, conforme relacionados por *Luís Roberto Barroso*⁽¹⁰⁾:

- “1. a existência de instituições estatais dotadas de poder e garantias, assim como sujeitas ao princípio da legalidade;
2. a confiança nos atos do Poder Público, que deverão reger-se pela boa-fé e pela razoabilidade;
3. a estabilidade das relações jurídicas, manifestada na durabilidade das normas, na anterioridade das leis em relação aos fatos sobre os quais incidem e na conservação de direitos em face da lei nova;
4. a previsibilidade dos comportamentos, tanto os que devem ser seguidos como os que devem ser suportados;
5. a igualdade na lei e perante a lei, inclusive com soluções isonômicas para situações idênticas ou próximas.”

No presente estudo, privilegiaremos a segurança jurídica das decisões, que vem conjugada com a fundamentação e isonomia das decisões, tanto judiciais quanto administrativas.

Percebemos que a segurança jurídica possui um aspecto formalista, por meio do qual ela estaria garantida a partir do momento em que as leis estivessem sendo cumpridas, independentemente do seu conteúdo, ou seja, “uma segurança na positividade do Direito”⁽¹¹⁾.

Todavia, é abominável uma segurança que não se preocupa em aplicar as leis positivadas de forma justa, respeitando as garantias fundamentais da pessoa humana. E aqui encontramos o aspecto material da segurança jurídica:

“Porém, assim se dará apenas quando for a segurança jurídica aplicada não apenas em seu sentido formal, mas também em seu aspecto material. Vale dizer, não bastará que

(8) FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Segurança jurídica, coisa julgada e justiça. In: *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*. Porto Alegre, v. 1, n. 3, p. 265, 2005.

(9) BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Segurança jurídica e mudança de jurisprudência. In: *Revista de Direito do Estado — RDE*, Rio de Janeiro, ano 2, n. 6, p. 329, abr./jun. 2007.

(10) BARROSO, Luiz Roberto. *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 50-51.

(11) DERBLI, Felipe. Segurança jurídica, legalidade, irretroatividade e anterioridade. In: *Revista Ciências Sociais*. Universidade Gama Filho. Rio de Janeiro, v. 10, n. 1-2, p. 109, set. 2004.

se cuide da certeza do Direito e da previsibilidade de seus efeitos para o particular — será imperioso que o haja previsibilidade e confiabilidade também na aplicação das normas jurídicas, mediante a utilização adequada das técnicas hermenêuticas e de modo a que não ocorram arbitrariedades.

O controle da arbitrariedade somente será possível enquanto as decisões do Estado — sejam administrativas ou judiciais — forem devidamente fundamentadas, mesmo porque a decisão carente de motivação expressa, *de per se*, será arbitrária. A garantia da segurança jurídica material exigirá, como elemento acessório (mas, nem por isso, dispensável), a sindicabilidade das decisões do Poder Público, permitindo-se que o cidadão conheça a justificação da decisão que afeta a sua esfera individual e, se o quiser, faça uso dos meios legítimos para a sua impugnação.”⁽¹²⁾

Assim, a decisão será revestida pelo instituto da segurança jurídica, quando na sua fundamentação forem demonstradas as razões do julgamento, apreciando as leis e narrando como essas foram aplicadas para solucionar o caso concreto da forma mais justa possível.

Ainda sobre a fundamentação das decisões, atentemo-nos ao fato de que as leis e sua interpretação mudam ao longo dos anos, para se adequar aos novos anseios da sociedade, pois elas retratam os ideais, o momento histórico que vivenciamos⁽¹³⁾.

Essa mutabilidade não torna a decisão menos segura. Ela é saudável e necessária. O que é imprescindível para manter a segurança jurídica é uma decisão fundamentada, aplicando os preceitos legais da mesma forma para todos:

“O problema da uniformização da jurisprudência não se confunde, no entanto, com o da evolução do direito interpretado pelos tribunais. O direito está em constante

mudança, em consequência de modificações políticas, sociais e econômicas, que induzem a que possa fomentar entendimentos diversos. No entanto, enquanto forem as mesmas condições em que ele surgiu, a tendência é a sua certeza, assegurada pela estabilidade de sua interpretação constante pelos tribunais.”⁽¹⁴⁾

A busca pela justiça, ao mesmo tempo em que se reflete como o aspecto material do princípio da segurança jurídica, é também seu obstáculo, visto que muitas vezes essa tem sido desprestigiada em função daquela.

Isso ocorre pelos defensores da relativização da coisa julgada (que é um dos maiores institutos garantidores da segurança jurídica), isto é, de permitir — em casos restritos — a modificação de uma decisão imutável, sob o fundamento de restabelecer a justiça.

Ainda verificamos a segurança jurídica sendo deixada de lado pelas decisões sumárias que muitos têm privilegiado, apesar de saberem que essas “têm maior probabilidade de erro”⁽¹⁵⁾, conseqüentemente, menor segurança e grandes chances de serem alteradas em grau recursal.

Por outro lado, notamos que a sociedade também vive nesse conflito e, ao mesmo tempo em que busca respostas céleres, sumárias e justas, anseia pela segurança, refletida nas soluções idênticas para casos idênticos. E um dos instrumentos mais novos do nosso ordenamento jurídico que garantirá isso é a súmula vinculante, que abordaremos a seguir.

3. Súmula vinculante

3.1. Conceito

A súmula vinculante foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro, também com

(12) *Ibidem*, p. 128-129.

(13) BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Segurança jurídica e mudança de jurisprudência. In: *Revista de Direito do Estado — RDE*, Rio de Janeiro, ano 2, n. 6, p. 330, abr./jun. 2007.

(14) SIFUENTES, Mônica. *Súmula vinculante: um estudo sobre o poder normativo dos tribunais*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 295.

(15) WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel García. *Breves comentários à nova sistemática processual civil*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 27.

a reforma do Poder Judiciário (EC n. 45/04), cumprindo a principal finalidade dessa, que é “assegurar uma prestação jurisdicional de melhor qualidade”⁽¹⁶⁾, por meio do julgamento igual em situações idênticas. Ela está prevista no art. 103-A, da CF.

A Lei n. 11.417, de 19 de janeiro de 2006, já regulamentou esse dispositivo. Porém, deixaremos para apreciar, posteriormente, os aspectos procedimentais da súmula vinculante. Trataremos, agora, da sua origem.

A palavra “súmula” vem do latim *summula*, que significa breve resumo. O sentido para o Direito acompanha o gramatical, pois uma súmula corresponde à síntese de como o tribunal que a editou decide uma questão jurídica, que foi reiteradamente julgada da mesma forma. É a consolidação da jurisprudência uniforme, geralmente, dos Tribunais Superiores:

“Antes de tudo é necessário relembrar o significado de súmula, que, do ‘latim *summula* (resumo, epítome breve), tem o sentido de sumário, ou de índice de alguma coisa. É o que de modo abreviadíssimo explica o teor, ou o conteúdo integral de alguma coisa. Assim, a súmula de uma sentença, de um acórdão, é o resumo, ou a própria ementa da sentença ou do acórdão’. Súmula jurisprudencial pode ser entendida como a condensação da orientação predominante em determinado tribunal.”⁽¹⁷⁾

Até a EC n. 45/04, as súmulas eram apenas fontes inspiradoras de julgamento. Apesar disso, crescentes eram os instrumentos que, mesmo de uma forma transversa, buscavam uniformizar jurisprudência, por meio da imposição disfarçada do entendimento sumulado.

Encontramos essa prática no ordenamento jurídico, quando, por exemplo, o relator de um

recurso aplica o art. 557, CPC, negando-lhe seguimento ou provimento, monocraticamente, por estar confrontando com o disposto em súmula do próprio Tribunal ou de Tribunais Superiores.

A impressão de que as súmulas persuasivas já tinham, praticamente, força vinculante foi demonstrada por *Elizabeth Cristina Campos Martins de Freitas*⁽¹⁸⁾, em artigo produzido antes da promulgação da Emenda Constitucional que instituiu a súmula vinculante:

“Na prática, as súmulas passaram a ter efeito quase vinculante, em decorrência de uma tendência facilmente constatável dos magistrados em se pautar nos julgados dos Tribunais Superiores para decidir as questões a eles apresentadas. Assim, pode-se constatar que em grande parte a jurisprudência acaba servindo de norte a novas questões análogas, por isso a mesma se mantém em grande parte sob o controle do Tribunal Superior ou do Supremo, seja por dispositivos similares de trancamento de recursos, seja pela aplicação, de forma mais abrangente, do art. 557 do CPC. (...) Assim, constata-se que a Súmula Vinculante, de certa forma, já existe em nosso ordenamento, mas não de forma explícita. Não obstante, quando surge uma proposta de emenda à Constituição, com pressupostos previamente traçados, no sentido de se sedimentar a Súmula Vinculante como instituto jurídico, os ânimos parecem ficar exaltados e a discussão fica acirrada.”

Atualmente, além dessas, temos as súmulas vinculantes, que podem ser criadas apenas pelo Supremo Tribunal Federal (STF) e são de cumprimento obrigatório por todos os órgãos do Poder Judiciário, bem como para toda a administração pública, direta e indireta.

Por outro lado, em relação à atuação do Poder Legislativo, a súmula vinculante não a limitará. Esse está livre para publicar novas leis, inclusive com textos que afrontem o disposto em

(18) *Ibidem*, p. 186.

(16) BERMUDEZ, Sérgio. *A reforma do judiciário pela Emenda Constitucional n. 45*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 1.

(17) FREITAS, Elizabeth Cristina Campos Martins de. A aplicação restrita da súmula vinculante em prol da efetividade do direito. In: *Revista de Processo*, São Paulo, n. 116, p. 185, jul./ago. 2004.

súmula vinculante, desde que, obviamente, não afrontem a CF, sob pena de sofrerem controle jurisdicional de constitucionalidade.⁽¹⁹⁾

A súmula vinculante não vem substituir a lei, muito pelo contrário, ela vem demonstrar como é a sua interpretação e aplicação para o STF, ou seja, está plenamente subordinada a lei. Sem ela, não há que se falar em súmula vinculante.

Aliás, um juiz, ao decidir uma lide que aparentemente tenha bases jurídicas numa súmula vinculante, precisa ter cuidado redobrado, seja para aplicá-la ou não. Não poderá simplesmente citá-la, em ambos os casos ele terá de fazer uma análise criteriosa na fundamentação, explicando se existe ou não correlação entre o enunciado da súmula vinculante e o caso concreto.⁽²⁰⁾

Assim, o instituto da súmula vinculante, como já dissemos, é mais um mecanismo para melhorar a qualidade da prestação jurisdicional. Essa busca conceder ao jurisdicionado uma resposta certa e uniforme (princípio da segurança jurídica):

“A utilidade maior que se pode alcançar através da súmula vinculante é a da realização prática do binômio *justiça-certeza*, que constitui o cerne do próprio Direito e a razão de ser da atividade judiciária do Estado. Se não for para eliminar a incerteza, e se não houver uma razoável previsibilidade no julgamento, a partir dos parâmetros que o próprio Direito oferece, então não se compreende a existência do tão vasto ordenamento jurídico, nem tampouco se justifica a manutenção do dispendioso organismo judiciário do Estado. (...) absolutamente necessária uma *política de resultados*, em que o Estado-juiz desempenhe o poder-dever de outorgar, em tempo razoável, e de modo

isonômico, *a cada um o que é seu*.⁽²¹⁾ (grifos do autor)

No atual contexto do Poder Judiciário brasileiro, ousamos afirmar que a súmula vinculante tem especial missão de desobstruir o STF,⁽²²⁾ que está assoberbado de processos que discutem as mesmas teses jurídicas e que já tem posição consolidada. Dessa forma, a Corte Suprema poderá dar mais atenção aos aspectos controvertidos, que muitas vezes não recebem a atenção merecida.⁽²³⁾

3.2. Objeto

A súmula vinculante é editada excepcionalmente como uma medida extrema para se alcançar a uniformidade das decisões e a razoável duração do processo. Dessa forma, sua edição é repleta de requisitos, tanto materiais quanto procedimentais.

Vejamos, primeiro, os requisitos materiais.

O *caput* do art. 103-A, CF, e do art. 2º, Lei n. 11.417/06, deixam claro que a súmula vinculante só poderá tratar de matéria constitucional. Nem poderia ser diferente, afinal, quem tem

(19) SIFUENTES, Mônica. *Súmula vinculante: um estudo sobre o poder normativo dos tribunais*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 262.

(20) VELOSO, Zeno; SALGADO, Gustavo Vaz (Coords.). *Reforma do judiciário comentada*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 138.

(21) MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 350-351.

(22) Os números informados no Relatório de Atividades do STF, do biênio 2006-2008, impressionam (especialmente ao lembrarmos que a composição é de apenas 11 ministros). Em 2006, foram protocolados 127.534 processos, distribuídos 116.216 processos, finalizados 129.757 processos e proferidas 112.403 decisões. Em 2007, foram protocolados 119.324 processos, distribuídos 112.938 processos, finalizados 131.207 processos e proferidas 159.522 decisões. E em 2008, até 10 de abril, foram protocolados 30.777 processos, distribuídos 23.368 processos, finalizados 24.673 processos e proferidas 32.637 decisões.

(23) Longe de nós dizer que existem processos mais importantes que outros. Queremos dizer que o STF, como a mais alta Corte e defensora da CF, precisa se ocupar de questões jurídicas controvertidas, pois as que já estão pacificadas foram debatidas exaustivamente. E, caso surjam fundamentos para a alteração do enunciado consolidado, o processo de revisão está previsto (e será estudado posteriormente), não havendo que se falar em engessamento da jurisprudência.

competência é apenas o STF, nossa mais alta Corte do Poder Judiciário e, fundamentalmente, protetora da CF.

No caso de o STF editar uma súmula vinculante sem matéria constitucional, essa será nula, o que pode (e deve) ser arguido em qualquer processo, mesmo em fases recursais, tal como a declaração de inconstitucionalidade difusa:

“Não sendo constitucional a matéria objeto da súmula vinculante, ela será nula, como são as leis contrárias à Constituição e, *a fortiori*, os atos de aplicação obrigatória dela. Nesses casos, a nulidade poderá ser arguida nos processos em que se aplicar a súmula, ou se pretender fazer-lhe a aplicação, como se argüem as nulidades em geral, inclusive pelas vias recursais.”⁽²⁴⁾

A redação da súmula vinculante não pode trazer conceitos vagos, aberto, indeterminados⁽²⁵⁾, pois esses são controvertidos e manteriam a dúvida sobre sua interpretação, e, dessa forma, não cumprirá sua função, que é de trazer segurança e uniformidade nas decisões com bases idênticas.

O art. 103-A, § 1º, da CF, e o art. 2º, § 1º, da Lei n. 11.417/06, restringem um pouco mais o objeto da súmula vinculante. Ela poderá dispor apenas sobre a validade, a interpretação e a eficácia das normas constitucionais.

Outro requisito material para edição da súmula vinculante é a necessidade de uma controvérsia atual (art. 103-A, § 1º, CF, e art. 2º, § 1º, Lei n. 11.417/06). Isso significa que a validade, a interpretação ou a eficácia de uma norma constitucional está sendo questionada

e aplicada de forma diferente pelos juízes e pela administração pública, sendo imprescindível a pacificação imediata do tema.

Além disso, ela precisa gerar grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos. Ambos os requisitos precisam estar presentes para autorizar que um entendimento seja sumulado e de observância obrigatória para todos do Poder Judiciário e do Poder Executivo.

Por grave insegurança jurídica, ao reverso do que explicamos sobre o princípio da segurança jurídica, entendemos que são as situações absurdas de pessoas com a mesma base fática, mesma lei, porém interpretações completamente contrárias:

“Evidentemente, não se pode deixar de reconhecer, por exemplo, que a sobrevivência de decisões que *deem* aos pensionistas e aos aposentados da Previdência Social a diferença de 147%, e outras que *não reconheçam* este direito a pessoas que estão *exata e precisamente na mesma situação*, não é ‘sadio’, porque esbarra e arranha inevitavelmente ambos os princípios mencionados.

A lei é uma só (necessariamente *vocacionada* para comportar um só e único entendimento, no mesmo momento histórico, e nunca dois ou mais entendimentos simultaneamente válidos...). Todavia, no plano dos fatos, decisões podem ser diferentes, porque os tribunais podem decidir diferentemente. É comum haver duas ou mais decisões, completamente diferentes, a respeito do mesmo (mesmíssimo!!) texto, aplicáveis a casos concretos idênticos.

Isso gera insegurança nos jurisdicionados e descrédito do Poder Judiciário. É, portanto, inteiramente nefasto do ponto de vista jurídico.”⁽²⁶⁾ (grifos dos autores)

(24) BERNUDES, Sérgio. *A reforma do judiciário pela Emenda Constitucional n. 45*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 119.

(25) Esse tipo de conceito é aconselhável para os textos legais, para que mantenham a atualidade, independente de quanto tempo estão previstos no ordenamento jurídico. Com conceitos abertos, a lei se mantém aplicável, ainda que as bases sociológicas, econômicas e jurídicas mudem ao longo dos anos. (LAMY, Eduardo de Avelar. Súmula vinculante: um desafio. In: *Revista de Processo*, São Paulo, n. 120, p. 131, fev. 2005.)

(26) WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves comentários à nova sistemática processual civil*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 116.

A relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica, a nosso ver, é consequência da insegurança gerada pelo fato de várias pessoas receberem respostas distintas do Judiciário e da administração pública, ainda que estejam nas mesmas condições fáticas. Isso é natural, pois por que uma pessoa se conformaria em ver seu colega conseguindo determinado direito e ele não? Seria preciso uma justificativa plausível para isso. O que não existe, especialmente por se tratar de uma divergência de interpretação da lei.

A súmula vinculante é subordinada à CF, por tratar apenas da validade, interpretação e eficácia das suas normas. Conforme *Luís Fernando Sgarbossa e Geziela Jensen*⁽²⁷⁾, isso reflete o princípio da dependência da súmula em relação à legislação:

“Seu conteúdo poderia ser estabelecido da maneira seguinte: uma vez que a súmula, pela dicção constitucional, somente pode versar sobre a validade, a interpretação ou a eficácia de normas determinadas, normas estas oriundas da atividade legislativa, revelando-se impossível a edição de ‘súmula autônoma’, uma vez revogada ou modificada a legislação que lhe serve de base, impõe-se sua revisão ou cancelamento (*i. e.*, a súmula segue a sorte da lei que a embasa). Ou seja, a súmula vinculante *depende da legislação e segue-lhe a sorte.*” (grifos dos autores)

Aliás, podemos retirar esse princípio do art. 5º, da Lei n. 11.417/06, ao dispor que: “Revogada ou modificada a lei em que se fundou a edição de enunciado de súmula vinculante, o Supremo Tribunal Federal, de ofício ou por provocação, procederá à sua revisão ou cancelamento, conforme o caso.”

(27) SGARBOSSA, Luís Fernando; JENSEN, Geziela. Súmula vinculante, princípio da separação dos poderes e metódica de aplicação do direito sumular. *Repercussões recíprocas. Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1798, 3 jun. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11327>> Acesso em: 17 jun. 2008.

A súmula vinculante não só respeita o princípio da legalidade, mas também resguarda o princípio da isonomia, previsto no art. 5º, *caput*, CF, que proclama a igualdade de todos perante a lei, fazendo que, consequentemente, sejamos tratados da mesma forma.

Então, da mesma maneira que na elaboração de uma lei temos de respeitar esse princípio, na hora de aplicá-la ele não pode ser esquecido. “O princípio da isonomia recomenda que não se decida diferentemente em face dos iguais. Só assim será proporcionada a plena aplicabilidade do princípio da legalidade, funcionando ambos *engrenadamente*.”⁽²⁸⁾ (grifo dos autores)

3.3. Edição, revisão e cancelamento

A súmula, para ter efeito vinculante, além de cumprir os requisitos materiais (analisados acima), precisa observar os requisitos procedimentais, que são comuns tanto para sua edição quanto para sua revisão e cancelamento.

Falamos em editar uma súmula vinculante quando for a primeira vez em que o enunciado surgir em nosso ordenamento jurídico ou quando um enunciado antigo do STF adquirir efeito vinculante.

A revisão e o cancelamento da súmula vinculante são instrumentos poderosos e legitimadores desse instituto, pois eles rebatem uma das suas maiores críticas: risco do engessamento da jurisprudência.

Com a possibilidade de rever e até mesmo cancelar uma súmula vinculante, essa pode se adequar aos anseios da sociedade, as novas leis, bem como as novas correntes doutrinárias, tudo em relação à CF, afinal, “a norma, isoladamente considerada, é *estática*, mas quando interpretada passa a ser *dinâmica*, já que a criação (a lei) desprende-se de seu criador (o legislador) e (...) na interpretação se ‘procura a

(28) WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves comentários à nova sistemática processual civil*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 115.

voluntas legis, não a voluntas legislatoris”⁽²⁹⁾ (grifo do autor)

O cancelamento de uma súmula vinculante pode ocorrer por desrespeito não apenas aos aspectos materiais, mas também aos formais:

“A súmula vinculante será cancelada sempre que os mecanismos necessários para sua aprovação não tiverem sido observados, o que gera nulidade. E poderá ser cancelada, por uma espécie de perda de objeto, quando ocorrer, *v. g.*, uma alteração posterior no próprio texto constitucional que tenha modificado o plano fático, valendo lembrar da mutação constitucional sem modificação formal do texto.”⁽³⁰⁾

O primeiro aspecto formal é extremamente pacífico e diz respeito à competência do STF para julgar o processo de formação da súmula vinculante. Não poderia ser diferente, pois, como já mencionamos, a súmula vinculante tem como objeto matéria constitucional, a qual quem concede a última palavra é o STF, o órgão da cúpula do Judiciário Brasileiro e guardião da CF.

O segundo aspecto formal que a CF e a Lei n. 11.417/06 trazem é o rol restrito dos legitimados para a edição, a revisão ou o cancelamento da súmula vinculante. Esse ponto, ante a sua importância, será tratado individualmente no próximo item.

O terceiro aspecto a ser considerado é o *quorum* de aprovação de, no mínimo, dois terços dos ministros do STF (corresponde, especificamente, a oito ministros), para que uma súmula vinculante seja editada, revista ou cancelada (art. 103-A, *caput*, CF, e art. 2º, § 3º, Lei n. 11.417/06).

(29) FERREIRA, William Santos. Súmula vinculante – Solução concentrada: vantagens, riscos e a necessidade de um contraditório de natureza coletiva (*amicus curiae*). In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al* (Coords.). In: *Reforma do judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 817-818.

(30) VELOSO, Zeno; SALGADO, Gustavo Vaz (Coord.). *Reforma do judiciário comentada*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 141.

O quarto aspecto procedimental é o da necessidade de publicação do enunciado da súmula vinculante, em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União, dez dias após a sessão que a editou, revisou ou cancelou (art. 103-A, *caput*, CF, e art. 2º, § 4º, Lei n. 11.417/06).

Publicada a súmula vinculante nos meios exigidos pela lei, tem eficácia imediata, ou seja, a partir desse momento, todos do Poder Judiciário e do Poder Executivo devem obedecê-la. No entanto, segundo o art. 4º, Lei n. 11.417/06, o STF, por meio da decisão de dois terços dos seus membros, poderá alterar a eficácia da súmula vinculante, seja para restringir seus efeitos ou para postergá-los.

Decidir conforme a súmula vinculante não ofenderá a independência e a liberdade do juiz. Esses princípios preconizam que o juiz, ao decidir uma lide, está vinculado apenas à lei e à sua consciência, não se submetendo às orientações dos tribunais superiores.⁽³¹⁾

No entanto, em nosso ordenamento, o juiz está obrigado a acatar a decisão do tribunal superior, que reformou a sua em grau recursal, e isso não significa violação à independência do magistrado. Da mesma forma, não há violação de tal princípio pela obediência das decisões uniformizadas dos tribunais superiores, como ocorrerá com aplicação das súmulas vinculantes:

“A obrigatoriedade imposta ao juiz de obediência às decisões proferidas em grau de recurso decorre do princípio constitucional do duplo grau de jurisdição. Não haveria, portanto, de ferir a independência dos juízes o respeito que esses devem ter à jurisprudência uniformizada, fruto de reiteradas decisões do tribunal no mesmo sentido, como preceitos normativos genéricos, a orientar os seus julgamentos.”⁽³²⁾

(31) SIFUENTES, Mônica. *Súmula vinculante: um estudo sobre o poder normativo dos tribunais*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 285.

(32) *Ibidem*, p. 286.

Não há de se falar em violação à liberdade do juiz com a instituição da súmula vinculante, pois, frisamos, para que essa seja produzida, é preciso que antes o STF tenha se pronunciado sobre a matéria controvertida reiteradamente, de forma a ser pacificada naquela Corte:

“A discussão surgiu na primeira instância, suscitada pelas partes, no exercício do direito de ação, dentro dos parâmetros do *due process of law*.

O juiz decidiu livremente, as partes também livremente recorreram. O tribunal livremente decidiu como entendeu acertado. O processo seguiu seu curso — sempre penoso e arrastado — para os tribunais superiores. Lá também se decidiu com liberdade e autonomia. A questão, entretanto, é de interesse social. Voltou várias vezes. O Tribunal novamente aplicou seu entendimento, como era de se esperar, porque a ele livremente chegou.

O mínimo de coerência que se espera de um tribunal é que mantenha seu ponto de vista livremente firmado, pelo menos por certo período de tempo, até que haja novas razões para mudá-lo.

Todos os juízes que atuaram no processo agiram com liberdade plena, indispensável ao raciocínio jurídico de aplicação da lei. Se, porém, para evitar repetição, o tribunal estabelece uma síntese de seu pensamento sobre o caso concreto e a ele se refere, ao julgar casos semelhantes, não está exigindo automatismo, nem transformando juízes inferiores em autômatos ou robôs jurídicos.”⁽³³⁾

Assim, até que o STF edite uma súmula vinculante, os demais juízes já exerceram sua liberdade e independência. É preciso impor limites à ideia de que o juiz só se vincula a lei e ao seu entendimento, para não chegarmos ao autoritarismo, afinal, Direito, como é um sistema, forma-se da experiência de todos os

(33) SILVA, Antônio Álvares. *As súmulas de efeito vinculante e a completude do ordenamento jurídico*. São Paulo: LTr, 2004. p. 116-117.

magistrados, não podendo a parte ser penalizada com uma posição isolada⁽³⁴⁾.

Frisamos que os magistrados precisam, sim, de liberdade e independência para decidir. Não estamos pregando o fim dessas garantias, pelo contrário, defendemos que elas devem ser plenamente desfrutadas, até para a manutenção da imparcialidade da justiça. Apenas ponderamos que ela precisa de limites e não deve ser mais importante do que a concessão da prestação jurisdicional isonômica e previsível para todos.

Além do mais, concordamos com *Eduardo de Avelar Lamy*⁽³⁵⁾ quando diz que os juízes poderão deixar de aplicar a súmula vinculante, quando, ao analisarem o caso concreto, verificarem que esse não se enquadra no enunciado, obviamente, fundamentando fática e juridicamente essa decisão.

3.4. Legitimados

A legitimidade para aprovação de súmula com efeito vinculante no STF segue a tendência restritiva de todo seu procedimento, ou seja, apenas os indicados na CF e na Lei n. 11.417/06 é que estão aptos, até mesmo para evitar que os tribunais superiores sejam tomados pelo inconformismo dos litigantes.⁽³⁶⁾

Os primeiros legitimados são os ministros do STF, que podem agir de ofício, propondo a edição de súmula vinculante, por exemplo, durante o julgamento de um processo. “Nada impede também que fora de um julgamento seja sugerida a aprovação de uma súmula por qualquer um dos seus ministros, por meio de um requerimento de natureza administrativa formulado junto ao Plenário.”⁽³⁷⁾

(34) SIFUENTES, Mônica. *Súmula vinculante: um estudo sobre o poder normativo dos tribunais*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 289.

(35) LAMY, Eduardo de Avelar. *Súmula vinculante: um desafio*. In: *Revista de Processo*, São Paulo, n. 120, p. 125, fev. 2005.

(36) *Ibidem*, p. 133.

(37) NOGUEIRA, Gustavo Santana. *Das súmulas vinculantes: uma primeira análise*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al (Coord.). *Reforma do judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 271.

Além dos ministros do STF, o art. 103-A, § 2º, da CF, concedeu legitimidade para provocar o procedimento de edição, revisão ou cancelamento de súmula vinculante para quem pode propor a ação direta de inconstitucionalidade: Presidente da República, Mesa do Senado Federal, Mesa da Câmara dos Deputados, Mesa da Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, governador do Estado ou do Distrito Federal, procurador-geral da República⁽³⁸⁾, Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito Nacional.

Esse mesmo dispositivo constitucional ressaltou que lei ordinária posterior pudesse ampliar o rol dos legitimados. No entanto, o art. 3º, da Lei n. 11.417/06, acrescentou como legitimado a maioria dos órgãos do Poder Judiciário, quais sejam: os Tribunais Superiores, os Tribunais de Justiça de Estados ou do Distrito Federal e Territórios, os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais Regionais do Trabalho, os Tribunais Regionais Eleitorais e os Tribunais Militares.

Todos esses legitimados podem propor súmula vinculante, independentemente da existência de processo judicial sobre o seu objeto, bastando que preencham os requisitos já explicitados.

Diferente é a legitimidade dos municípios, ainda mais restrita, pois só podem propor a edição, a revisão ou o cancelamento de súmula vinculante de forma incidental, ou seja, no curso do processo que seja parte, e que o enunciado seja objeto da controvérsia.⁽³⁹⁾

Apesar de o rol dos legitimados ser composto de representantes de todos os poderes, o instituto

da súmula vinculante sofre acusações de ferir o princípio da separação dos poderes, na medida em que seu enunciado estaria prescrevendo condutas gerais, abstratas e de observância obrigatória para todos, assemelhando-se à lei, de competência exclusiva do Poder Legislativo.

No entanto, não entendemos dessa forma. O Poder Judiciário, ao editar uma súmula vinculante, não está trazendo uma nova norma de conduta, está apenas indicando qual é a melhor interpretação da norma elaborada pelo Poder Legislativo, como ela atenderá melhor aos anseios e às necessidades da sociedade. “Não há que se cogitar, portanto, no império do Poder Judiciário sobre os demais Poderes, mas sim num fenômeno de integração e complementação das funções exercidas por cada Poder.”⁽⁴⁰⁾

Ademais, não só o STF é legitimado para propor a edição, a revisão e o cancelamento de súmula vinculante, mas também os representantes de todos os Poderes, o que a empresta “um caráter mais democrático, pois permite-se assim um debate maior na edição de súmulas que hoje não servem mais apenas como uma diretriz para o julgamento.”⁽⁴¹⁾

Essa preocupação pela democratização do procedimento de formulação de uma súmula vinculante foi estampada no art. 3º, § 2º, da Lei n. 11.417/06, ao prever a admissibilidade da manifestação de terceiros pelo relator, ou seja, é a possibilidade do *amicus curiae*.

Os terceiros que serão admitidos no procedimento da súmula não são parte, mas sim especialistas no tema a ser pacificado, ampliando, assim o debate e concedendo maior segurança, tanto para a administração pública quanto para os demais órgãos do Poder Judiciário, que serão obrigados a seguir a orientação.

(38) O procurador-geral da República tem participação obrigatória no procedimento de edição, revisão ou cancelamento de súmula vinculante, ainda que não tenha formulado a proposta, segundo o disposto no art. 2º, § 2º, Lei n. 11.417/06.

(39) Obviamente que os demais requisitos também precisam ser preenchidos para que o município apresente uma proposta de súmula vinculante.

(40) LAMY, Eduardo de Avelar. Súmula vinculante: um desafio. In: *Revista de Processo*, São Paulo, n. 120, p. 123, fev. 2005.

(41) NOGUEIRA, Gustavo Santana. Das súmulas vinculantes: uma primeira análise. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al* (Coord.). In: *Reforma do judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 271.

Dessa forma, a finalidade da súmula vinculante será amplamente atingida, pois os terceiros, ao participarem do procedimento, trarão para o relator questões que ele desconhece, ou que não tem domínio, bem como demonstrarão o que a sociedade espera.

3.5. Reclamação

A reclamação constitucional foi o instrumento escolhido pela EC n. 45/04 para o STF asseverar a aplicação da súmula vinculante, conforme disposto no art. 103-A, § 3º, CF, e art. 7º, *caput*, Lei n. 11.417/06.

Antes dessa Emenda Constitucional, a reclamação já estava prevista na CF, art. 102, I, *le* art. 105, I, *f*, com o fim de preservar a competência e a autoridade das decisões do STF e do STJ, respectivamente.

A natureza jurídica da reclamação sempre gerou dúvidas na doutrina. No entanto, segundo *Leonardo Lins Morato*,⁽⁴²⁾ é crescente o posicionamento de a reclamação ter natureza jurídica de ação constitucional, ao lado do *habeas corpus*, do *habeas data*, do mandado de segurança e do mandado de injunção, especialmente pela sua estrutura jurídico-normativa. Como, por exemplo, a competência originária do STF e do STJ, confirmada pela CF e pela Lei n. 8.038/90, que instituiu normas procedimentais nessas Cortes. Além do mais, o art. 103-A, § 3º, CF, prevê que a sua procedência provocará a anulação do ato administrativo e a cassação da decisão judicial, o que nunca ocorrerá no julgamento de ações, e não de recursos.

A reclamação constitucional, portanto, sempre constituiu uma relação jurídica processual autônoma, o que continuará, ainda que ela seja proposta contra ato judicial que desrespeitou súmula vinculante.

(42) MORATO, Leonardo Lins. A reclamação e a sua finalidade para impor o respeito à súmula vinculante. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al* (Coord.). *Reforma do judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 395-396.

A reclamação importante para os nossos estudos, portanto, é de competência do STF e tem como objetivo:

“Reprimir ou impugnar o desrespeito a uma súmula vinculante, assim caracterizado por não ter sido aplicada essa súmula, ou por ter sido aplicada indevidamente, ou por ter sido distorcido o seu conteúdo, ou por terem sido desbordados os seus limites, ou por ter sido interpretada inadequadamente, ou qualquer outra conduta que, de algum modo, acabe configurando um abuso da autoridade da Corte (STF) responsável pela edição da súmula.”⁽⁴³⁾

Em uma breve leitura dos dispositivos constitucionais e legais, verificamos que qualquer pessoa prejudicada por uma decisão judicial ou administrativa contrária a súmula vinculante poderá impetrar uma reclamação, exigindo a observância desta.

A já comentada Lei n. 8.038/90, em seu art. 13, acrescenta o Ministério Público⁽⁴⁴⁾, no rol dos legitimados a proporem reclamação; apesar de seu art. 16, prevê sempre sua participação, ainda que não seja parte.

Ainda pela literalidade do art. 103-A, § 3º, CF, e do art. 7º, Lei n. 11.417/06, percebemos que a reclamação visa a atacar a decisão judicial ou o ato administrativo⁽⁴⁵⁾ que foi contra a súmula vinculante.

No § 2º do art. 7º da Lei n. 11.417/06, repete-se a natureza do provimento procedente da reclamação constitucional previsto no § 3º,

(43) *Ibidem*, p. 398.

(44) Concordamos com Leonardo Lins Morato (*Ibidem*, p. 401-402), que a legitimidade ativa do Ministério Público nem sempre estará presente. É preciso que ele tenha feito parte (ou pudesse ter feito parte, ainda que como fiscal da lei) do processo judicial ou do procedimento administrativo que tenha originado a decisão ou ato que desrespeitou súmula vinculante. Ou, no mínimo, que esteja agindo dentro da sua competência prevista no art. 127, CF.

(45) O art. 7º, § 1º, da Lei n. 11.417/06, trouxe limites a reclamação com base na ação ou omissão do ato administrativo que violou súmula vinculante: a necessidade de esgotamento das vias administrativas.

art. 103-A, CF: anulação do ato administrativo ou cassação da decisão judicial impugnada.

Em relação à anulação do ato administrativo, a EC n. 45/04 demonstrou respeito ao princípio da separação dos poderes, pois não determinou que o STF proferisse uma decisão para substituir o ato administrativo contrário à súmula vinculante, ficando a critério da administração pública praticar outro ato, desde que respeite posição do Supremo.⁽⁴⁶⁾

O mesmo procedimento é seguido no caso de cassação da decisão judicial, por mais que estejam no mesmo Poder:

“Mas o STF não profere outro ato. Num juízo de reenvio, determina que outra decisão (o pronome *outra*, no feminino, refere-se a decisão judicial) seja proferida, ‘com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso’. Casos pode haver em que a cassação do ato seja suficiente para assegurar a efetividade da súmula, como quando a anulação do ato contrário à súmula fizer com que prevaleça outro, proferido de acordo com ela (imaginem-se a hipótese de provimento de recurso intempestivo para reformar decisão dada segundo a súmula, e substituí-la por outra, contrária ao enunciado).⁽⁴⁷⁾ (grifo do autor)

4. A Súmula Vinculante n. 4

A Súmula Vinculante n. 4 assim dispõe: “Salvo nos casos previstos na Constituição, 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.”

Ela foi editada de ofício, durante o julgamento RE n. 565.714, no qual debateram a constitucionalidade de a lei complementar estadual paulista fixar o salário mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade dos policiais militares.

(46) BERMUDEZ, Sérgio. *A reforma do judiciário pela Emenda Constitucional n. 45*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 125.

(47) *Ibidem*, p. 125-126.

Concluiu-se pela inconstitucionalidade da lei, por conta de a vedação do salário mínimo ser indexador a de reajustes de obrigações, expressa no art. 7º, IV, CF:

“EMENTA: CONSTITUCIONAL. ART. 7º, INC. IV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. NÃO RECEPÇÃO DO ART. 3º, § 1º, DA LEI COMPLEMENTAR PAULISTA N. 432/1985 PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988. INCONSTITUCIONALIDADE DE VINCULAÇÃO DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE AO SALÁRIO MÍNIMO: PRECEDENTES. IMPOSSIBILIDADE DA MODIFICAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DO BENEFÍCIO POR DECISÃO JUDICIAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

1. O sentido da vedação constante da parte final do inc. IV do art. 7º da Constituição impede que o salário mínimo possa ser aproveitado como fator de indexação; essa utilização tolheria eventual aumento do salário mínimo pela cadeia de aumentos que ensejaria se admitida essa vinculação (RE n. 217.700, Ministro Moreira Alves).

A norma constitucional tem o objetivo de impedir que o aumento do salário mínimo gere, indiretamente, peso maior do que aquele diretamente relacionado com o acréscimo. Essa circunstância pressionaria reajuste menor do salário mínimo, o que significaria obstaculizar a implementação da política salarial prevista no art. 7º, inciso IV, da Constituição da República.

O aproveitamento do salário mínimo para formação da base de cálculo de qualquer parcela remuneratória ou com qualquer outro objetivo pecuniário (indenizações, pensões, etc.) esbarra na vinculação vedada pela Constituição do Brasil.

Histórico e análise comparativa da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Declaração de não recepção pela Constituição da República de 1988 do Art. 3º, § 1º, da Lei Complementar n. 432/85 do Estado de São Paulo.

2. Inexistência de regra constitucional autorizativa de concessão de adicional de insalubridade a servidores públicos (art. 39,

§ 1º, inc. III) ou a policiais militares (art. 42, § 1º, c/c 142, § 3º, inc. X).

3. Inviabilidade de invocação do art. 7º, inc. XXIII, da Constituição da República, pois mesmo se a legislação local determina a sua incidência aos servidores públicos, a expressão *adicional de remuneração* contida na norma constitucional há de ser interpretada como *adicional remuneratório*, a saber, aquele que desenvolve atividades penosas, insalubres ou perigosas tem direito a adicional, a compor a sua remuneração. Se a Constituição tivesse estabelecido remuneração do trabalhador como base de cálculo teria afirmado *adicional sobre a remuneração*, o que não fez.

4. Recurso extraordinário ao qual se nega provimento.” (RE n. 565.714 – Relª Minª Cármen Lúcia – Publ. DJE 8.8.2009)

Aproveitaram esse mesmo julgamento para solucionar também o problema da base de cálculo do adicional de insalubridade na iniciativa privada, a qual também utiliza o salário mínimo, por previsão no art. 192, CLT e Súmula n. 228, TST (antes de a redação ser alterada).

Ao apreciarmos os debates do julgamento do RE n. 565.514, percebemos que foi o ministro César Peluso quem levantou a necessidade de fazer uma súmula genérica que alcançasse a todos; e, ainda, sugeriu a edição de duas súmulas, sendo uma de caráter geral e outra específica para a lei complementar paulista. Isso tudo após a ministra Cármen Lúcia demonstrar preocupação com a redação, achando-a perigosa. Porém, o ministro Gilmar Mendes não concordou, entendendo suficiente apenas uma súmula.⁽⁴⁸⁾

Os requisitos para a edição de uma súmula vinculante estavam presentes, especialmente a controvérsia atual, geradora de insegurança jurídica e multiplicação de processos (segundo registrado, eram aproximadamente 580 processos

(48) Análise dos votos, debates e esclarecimentos dos ministros durante o julgamento do RE n. 565.714 (fls. 1256-1258), realizado no dia 30.4.2008 e publicado no DJE 8.8.2009.

no STF e 2.405 no TST).⁽⁴⁹⁾ Assim, não havia dúvidas da necessidade de imediata pacificação do tema, em prol do restabelecimento da segurança jurídica e da redução dos litígios.

O problema maior talvez esteja na redação da Súmula Vinculante n. 4, que gerou dúvidas e, em vez de trazer a tão almejada segurança jurídica, manteve (quicá piorou) a insegurança, além da elevação do número de processos judiciais sobre o tema, inclusive com inúmeras reclamações constitucionais, visando a restabelecer o respeito a esse preceito.

As consequências da redação dessa súmula vinculante começaram com a alteração da Súmula n. 228 do TST. Para o TST, a partir da Súmula Vinculante n. 4, o adicional de insalubridade deveria ser calculado sobre o salário básico ou outro mais vantajoso previsto em norma coletiva:

“A utilização do ‘salário básico’ para o cálculo do adicional de insalubridade levou em conta a existência da sua expressa previsão para hipótese semelhante, referente ao adicional de periculosidade pelo trabalho com inflamáveis e explosivos, conforme art. 193, § 1º, da CLT, e Súmula n. 191 do TST. Assim, tendo em vista a semelhança das situações envolvidas, bem como a ausência de norma válida fixando a base de cálculo do adicional de insalubridade, entendeu o TST ser aplicada a analogia, na forma do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil e do art. 8º da CLT.

(...)

De acordo com a diferenciação acima, entendeu o TST pela não incidência de vedação quanto à fixação de nova base de cálculo do adicional de insalubridade no âmbito da relação de emprego, apesar da parte final da Súmula Vinculante n. 4 do STF.”⁽⁵⁰⁾

(49) Dados constantes nos debates para aprovação da Súmula Vinculante n. 4, publicados no Diário Oficial 11.6.2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/DJe_105_11_06_2008.pdf>.

(50) GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Adicional de insalubridade: Súmula Vinculante n. 4 do STF e nova redação da Súmula n. 228 do TST. In: *Justiça do Trabalho*, Porto Alegre, n. 298, p. 45-46, out. 2008.

A partir desse momento, inúmeros questionamentos surgiram, gerando grande incerteza:

“A partir tanto da edição da Súmula Vinculante n. 4 do STF quanto da nova redação da Súmula n. 228 do TST a incerteza nessa matéria trouxe preocupação ao empresário e aos trabalhadores que laboram em condições insalubres, dada a diferença substancial que existe, do ponto de vista econômico, se adotado um ou outro parâmetro, o que traria impacto notável na folha de pagamento e ganho considerável para o empregado.

Quais as questões que se colocaram? Se o salário mínimo é inconstitucional para servir de base de cálculo do adicional de insalubridade, qual o critério a ser seguido a partir de agora? A inconstitucionalidade não se deveu ao fato de o constituinte ter proibido a utilização do salário mínimo como indexador, por propiciar reajustes em patamares mais elevados do que os da inflação? Assim, como poderia a alteração de critério ser mais vantajosa ao empregado (estabelecendo o salário base), se a *ratio* da inconstitucionalidade lhe era desfavorável? Ou como poderia ser mais propícia ao empregador (estabelecendo a conversão em expressão monetária do salário mínimo e aplicando os reajustes legais de salários), se não se admite *reformatio in pejus* ao demandante nas decisões judiciais? Finalmente, surgia a questão: Uma vez editada a nova Súmula n. 228 do TST, as empresas que a seguissem e passassem a pagar o referido adicional sobre o salário básico poderiam, uma vez reformada a decisão do TST pelo STF, voltar atrás e retornar ao uso do salário mínimo como parâmetro, já que as alterações contratuais prejudiciais ao trabalhador são nulas, de acordo com o art. 468 da CLT?”⁽⁵¹⁾

No entanto, essa súmula teve sua aplicação suspensa, em decisão liminar, proferida nos autos da Reclamação Constitucional n. 6.266⁽⁵²⁾,

(51) REDAÇÃO. Adicional de insalubridade — base de cálculo — liminar do presidente do STF cassa nova redação da Súmula n. 228 do TST. In: *Revista LTr*, São Paulo, n. 07, p. 773, jul. 2008.

(52) A presente ação ainda não teve o mérito julgado. Desde 17.6.2009 está concluída com a relatora, ministra Cármen Lúcia.

pelo presidente da Suprema Corte, ministro Gilmar Mendes:

“Logo, à primeira vista, a nova redação estabelecida para a Súmula n. 228/TST revela aplicação indevida da Súmula Vinculante n. 4, porquanto permite a substituição do salário mínimo pelo salário básico no cálculo do adicional de insalubridade sem base normativa.

Ante o exposto, defiro a medida liminar para suspender a aplicação da Súmula n. 228/TST na parte em que permite a utilização do salário básico para calcular o adicional de insalubridade.”⁽⁵³⁾

Ainda na decisão do RE n. 565.714, o STF, aplicando a técnica da declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, entendeu que apesar de ser inconstitucional a utilização do salário mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade, deve continuar sendo aplicado, até que o Poder Legislativo regulamente a matéria. Afinal, não pode ficar sem uma base de cálculo, sob pena de retirar o direito dos trabalhadores. É nesse sentido que o TST está decidindo, em respeito à liminar acima mencionada:

“EMENTA: ADICIONAL DE INSALUBRIDADE — BASE DE CÁLCULO — SALÁRIO MÍNIMO (CLT, ART. 192) — DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE SEM PRONÚNCIA DE NULIDADE (“UNVEREINBARKEITSERKLÄRUNG”) — SÚMULA VINCULANTE N. 4 DO STF. 1. A REVISTA PATRONAL VERSAVA SOBRE A BASE DE CÁLCULO DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. 2. O STF, AO APRECIAR O RE N. 565.714-SP, SOB O PÁLIO DA REPERCUSSÃO GERAL DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL REFERENTE À BASE DE CÁLCULO DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE, EDITOU A SÚMULA VINCULANTE N. 4, RECONHECENDO A INCONSTITUCIONALIDADE DA UTILIZAÇÃO DO SALÁRIO MÍNIMO, MAS VEDANDO A SUBSTITUIÇÃO DESSE PARÂMETRO POR DECISÃO JUDICIAL.

(53) Decisão publicada no DJE de 5.8.2008.

REJEITOU-SE, INCLUSIVE, A TESE DA CONVERSÃO DO SALÁRIO MÍNIMO EM SUA EXPRESSÃO MONETÁRIA E APLICAÇÃO POSTERIOR DOS ÍNDICES DE CORREÇÃO DOS SALÁRIOS, UMA VEZ QUE, SENDO O REAJUSTE DO SALÁRIO MÍNIMO MAIS ELEVADO DO QUE A INFLAÇÃO DO PERÍODO, RESTARIAM OS SERVIDORES E EMPREGADOS POSTULANTES DE UMA BASE DE CÁLCULO MAIS AMPLA PREJUDICADOS AO RECEBEREM COMO PRESTAÇÃO JURISDICCIONAL A REDUÇÃO DA VANTAGEM POSTULADA. 3. ASSIM DECIDINDO, A SUPREMA CORTE ADOTOU TÉCNICA DECISÓRIA CONHECIDA NO DIREITO CONSTITUCIONAL ALEMÃO COMO DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE SEM PRONÚNCIA DA NULIDADE (“UNVEREINBARKEITSERKLARUNG”), OU SEJA, A NORMA, NÃO OBSTANTE SER DECLARADA INCONSTITUCIONAL, CONTINUA A REGER AS RELAÇÕES OBRIGACIONAIS, EM FACE DA IMPOSSIBILIDADE DE O PODER JUDICIÁRIO SE SUBSTITUIR AO LEGISLADOR PARA DEFINIR CRITÉRIO DIVERSO PARA A REGULAÇÃO DA MATÉRIA. 4. NESSE CONTEXTO, AINDA QUE RECONHECIDA A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 192 DA CLT E, POR CONSEQUENTE, DA PRÓPRIA SÚMULA N. 228 DO TST, TEM-SE QUE A PARTE FINAL DA SÚMULA VINCULANTE N. 4 DO STF NÃO PERMITE CRIAR CRITÉRIO NOVO POR DECISÃO JUDICIAL, RAZÃO PELA QUAL, ATÉ QUE SE EDITE NORMA LEGAL OU CONVENCIONAL ESTABELECENDO BASE DE CÁLCULO DISTINTA DO SALÁRIO MÍNIMO PARA O ADICIONAL DE INSALUBRIDADE, CONTINUARÁ A SER APLICADO ESSE CRITÉRIO PARA O CÁLCULO DO REFERIDO ADICIONAL. REFORÇA TAL CONVICÇÃO O FATO DE O STF TER CASSADO, EM LIMINAR, A NOVA REDAÇÃO DA SÚMULA N. 228 DO TST, QUE ESTABELECEIA, APÓS A SÚMULA VINCULANTE N. 4 DO STF, O SALÁRIO BÁSICO COMO PARÂMETRO PARA O ADICIONAL DE INSALUBRIDADE.” (RECLAMAÇÃO N. 6.266-MC/DF, REL.

MIN. GILMAR MENDES, EM 15.7.08). AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO (AIRR N. 25/2006-026-04-40 – 7ª Turma do TST – Rel. Min. Ives Gandra Martins Filho – Publ. DJ 12.9.2008)

Destacamos que o STF excluiu a utilização da remuneração como base de cálculo, sob o argumento que o art. 7º, XXIII, CF, ao falar em adicional de remuneração, garante aos empregados que trabalhem em condições penosas, insalubres e perigosas, um acréscimo à remuneração, e não sobre a remuneração. O curioso é que no RE n. 439.035, um dos precedentes da Súmula Vinculante n. 4 foi restabelecido o critério do TRT, que era a remuneração.⁽⁵⁴⁾

Interessantes são as decisões do TRT/MG, proferidas após a suspensão da nova redação da Súmula n. 228 TST, nas quais definiu ser remuneração como base de cálculo do adicional de insalubridade:

“EMENTA: ADICIONAL DE *INSALUBRIDADE*. BASE DE CÁLCULO. REMUNERAÇÃO DO EMPREGADO. ART. 7º, INCISO XXIII DA CR/88. Vedada a incidência do adicional de *insalubridade* tanto sobre o salário mínimo (Súmula Vinculante n. 4 do STF) quanto sobre o salário *base* do empregado (Rcl n. 6.266 que suspendeu a aplicação da Súmula n. 228 do TST), tem-se que este deve ser calculado com *base* na efetiva remuneração, tal como preceitua o art. 7º, inciso XXIII da Constituição da República, ao utilizar o termo “remuneração” ao invés de “salário” para qualificar o adicional que deve ser pago pelo trabalho prestado em condições penosas, insalubres ou perigosas.” (Processo: 00987-2008-108-03-00-0 RO – 6ª Turma do TRT/MG – Rel. Convocado Fernando Antonio Viegas Peixoto – Publ. 8.6.2009)

“EMENTA: ADICIONAL DE *INSALUBRIDADE*. BASE DE CÁLCULO. SÚMULA

(54) Antes da súmula vinculante n. 4, havia uma tendência nos Tribunais Regionais do Trabalho de aplicar a remuneração como base de cálculo do adicional de insalubridade. Apenas para exemplificar, podemos citar as decisões proferidas nos seguintes processos: RT 01051.2006.004.17.00.5; RT 00145.2006.010.17.00.9; RT 603.2003.127.15.00-8.

VINCULANTE N. 04 DO STF. A suspensão efetivada pelo Supremo Tribunal Federal, no dia 15.7.2008, à aplicação da nova redação conferida à Súmula n. 228, pelo TST, foi apenas relativamente à parte em que permitia a utilização do salário básico para cálculo do adicional de insalubridade, não se vislumbrando qualquer vedação em utilizar a remuneração como base de cálculo. Sendo assim, entendo que a remuneração deva ser tomada como base de incidência do adicional, já que a própria Constituição prevê “adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas” (art. 7º, XXIII). Com isso, frise-se, não se está contrariando a Súmula Vinculante de n. 4, uma vez que não há criação de base de cálculo por meio de decisão judicial, mas apenas supressão de lacuna legislativa por aplicação analógica da própria norma constitucional que consagra o direito em foco.” (Processo: 01300-2008-040-03-00-4 RO – 6ª Turma do TRT/MG – Rel. Des. Anemar Pereira Amaral – Publ. 20.12.2008)

É certo que são decisões proferidas pela 6ª Turma do referido TRT, no entanto, elas demonstram o ideal de manter a base de cálculo que anteriormente os Regionais vinham aplicando.

Ademais, a posição do STF de vedar que decisão judicial arbitre uma nova base de cálculo do adicional de insalubridade viola o princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsto no art. 5º, XXXV, CF, bem como no art. 4º LICCB, art. 126 CPC e art. 8º, CLT. Há, portanto, autorização expressa, tanto constitucional quanto infraconstitucionalmente, que o Poder Judiciário, nos casos de omissão legislativa, pode decidir com base na analogia, nos costumes, nos princípios gerais do direito, entre outras técnicas de integração do ordenamento jurídico:

“O que se percebe, de tudo isso, é que o STF nos indica que não é possível utilizar o salário mínimo como indexador de base de cálculo, como consta no texto da CLT (art. 192). Deste modo, o referido texto foi recepcionado pela atual Constituição ao estabelecer o adicional de insalubridade, mas não foi recepcionado quanto à base

de cálculo, que deve ser qualquer outra menos o salário mínimo. Isso é corretíssimo, ao meu ver. O salário mínimo não pode ser utilizado como indexador, nem de contratos, nem de verbas salariais. Isso está bastante claro na ementa da Ministra Cármen Lúcia. O problema começa na parte final da súmula vinculante quando diz: “... *nem ser substituído por decisão judicial*”. Ora, por que o Judiciário estaria impedido de substituir a base de cálculo do adicional de insalubridade? O juiz não pode deixar de dar solução ao litígio, alegando lacuna ou obscuridade da lei. Se a base de cálculo é inconstitucional, o juiz deve usar outra, recorrendo à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito (CPC, 126). Com isso, o juiz não está usurpando a função do legislador, mas apenas fazendo a integração do ordenamento jurídico, que, por princípio, é completo, tem que ser completo.”⁽⁵⁵⁾

Assim, ainda que permaneça o entendimento de que a CF não previu a remuneração como base de cálculo do adicional de insalubridade, não há qualquer inconstitucionalidade na nova redação da Súmula n. 228 TST, tendo em vista que utilizou a analogia como base de cálculo do adicional de periculosidade.

5. Considerações finais

A súmula vinculante é um dos institutos mais novos do ordenamento jurídico brasileiro, inserida por meio da EC n. 45/04, responsável pela reforma do Poder Judiciário.

Até essa Emenda Constitucional, as súmulas tinham caráter meramente persuasivo, ou seja, ao relacionarem seu posicionamento, os Tribunais Superiores pretendiam que os demais juízes, bem como a administração pública os seguissem voluntariamente, afinal, de nada adiantaria contrariá-los se tinham grandes chances de reforma.

(55) PINTO, Alexandre Roque. Súmula vinculante: instrumento de pacificação? Ou o curioso caso da Súmula Vinculante n. 4. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 2.065, 25 fev. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12382>> Acesso em: 9 nov. 2009.

A súmula vinculante veio revolucionar o sistema jurídico nacional, pois deixou de ter apenas função orientadora e passou a ter função coercitiva, à medida que se tornou de observância obrigatória tanto para o Poder Judiciário quanto para o Poder Executivo.

O princípio da segurança jurídica constitui um direito fundamental, apesar de estar implícito na CF, manifestando-se em diversos institutos, como na coisa julgada, no ato jurídico perfeito, no direito adquirido, na fundamentação das decisões, na isonomia dos julgamentos, entre outros que levem à estabilidade das relações sociais.

Percebemos que, ao buscar essa estabilidade, o princípio da segurança jurídica chega a se confundir com o objetivo do Direito, que é manter a paz social, mediante a criação de regras iguais para todos.

A segurança jurídica manifesta, em cada um daqueles institutos, ideias distintas e, no presente estudo, privilegiamos as da fundamentação e isonomia das decisões.

Assim, em uma decisão, para que seja justa, não basta serem aplicadas as leis, mas é preciso apreciá-las, demonstrando nas razões do julgamento como foram aplicadas no caso concreto.

É na fundamentação que verificamos se os preceitos legais estão sendo aplicados igualmente para todos (ainda mais diante da mutabilidade da interpretação das leis ao longo dos anos, para se adequar a sociedade da época das decisões), trazendo segurança do tratamento isonômico ao jurisdicionado.

O objetivo da súmula vinculante é exatamente o de garantir uma prestação jurisdicional de qualidade, conjugando a celeridade e o tratamento isonômico aos que se encontrarem em situações idênticas. O resultado disso será (ou deveria ser) o descongestionamento do Poder Judiciário, gerado pelas diversas causas desnecessárias e pelos recursos procrastinatórios.

É claro que a súmula vinculante não resolverá todos os problemas dessa ordem, até mesmo

porque nem sempre existirá uma aplicável ao processo, devendo existir outros instrumentos com esses mesmos objetivos.

Defendemos a súmula vinculante exatamente pelo seu efeito coercitivo, não só em relação ao Poder Judiciário, mas também em relação à administração pública, quem mais afoga a justiça com processos fadados ao insucesso.

Não concordamos com as críticas sobre a súmula vinculante retirar a liberdade e independência do juiz, pois essa foi exercida exaustivamente, antes da edição do seu enunciado. Afinal, até uma controvérsia jurídica chegar ao STF, muito foi debatido nos tribunais inferiores.

Além do mais, seu objeto é restrito à validade, à interpretação e à eficácia das normas constitucionais, e sua edição é justificada pela controvérsia atual que acarrete insegurança jurídica e multiplicação de processos, ou seja, é preciso que a tese jurídica debatida esteja sendo decidida de forma diferente pelos juízes e pela administração pública, tornando imprescindível imediata pacificação do tema, em prol do restabelecimento da segurança jurídica e da redução dos litígios.

No mais, tanto o art. 103-A, da CF, quanto a Lei n. 11.417/06 admitiram que a súmula vinculante pode ser superada, bastando que seja feito processo de revisão ou cancelamento, que segue as mesmas regras da sua edição. Dessa forma, afasta o suposto risco de engessamento da jurisprudência, que alguns sustentam que a súmula vinculante trará.

A nosso ver, os reflexos da súmula vinculante no processo serão positivos, especialmente porque, ao descongestionar a justiça dos processos repetitivos, permitirá que os juízes se atenham às causas que nunca foram debatidas.

É claro que os ministros do STF, ao redigirem uma súmula vinculante, precisarão de muito cuidado para que não surjam dúvidas, tanto na sua aplicação quanto na sua inobservância. E é exatamente esse mal que aflige a Súmula Vinculante n. 4.

O enunciado da Súmula Vinculante n. 4, em vez de pacificar os conflitos sobre a vedação do salário mínimo ser utilizada como indexador de base de cálculo de vantagem, tanto do servidor público quanto do empregado, bem como da impossibilidade de substituição por decisão judicial, ampliou a insegurança jurídica acerca do tema.

A redação aberta da Súmula Vinculante n. 4 não cumpriu a finalidade do instituto, que é a pacificação do tema e a segurança jurídica, uma vez que permaneceram (ou ampliaram) os debates, o qual foi agravado com a alteração da Súmula n. 228 do TST e sua suspensão pelo STF.

O objetivo dessa alteração foi exatamente o de cumprir a Súmula Vinculante n. 4. Assim, em vez de utilizar o salário mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade, foi fixado o salário básico, à semelhança do que ocorre com o adicional de periculosidade.

Infelizmente, o STF, ao suspender a aplicação da Súmula n. 228 do TST, agravou a controvérsia sobre a base de cálculo do adicional de insalubridade, e, conseqüentemente, violou o princípio da segurança jurídica (objetivo principal das súmulas vinculantes).

Entendemos que essa posição do STF em vedar que o Poder Judiciário decida por analogia no caso de omissão legislativa afronta o princípio da inafastabilidade da jurisdição.

6. Referências bibliográficas

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. Segurança jurídica e mudança de jurisprudência. In: *Revista de Direito do Estado — RDE*, Rio de Janeiro, ano 2, n. 6, p. 327-338, abr./jun. 2007.

BARROSO, Luiz Roberto. *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BERMUDES, Sérgio. *A reforma do judiciário pela Emenda Constitucional n. 45*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Relatório de atividades: biênio 2006-2008*. Disponível em:

<<http://www.stf.gov.br/arquivo/cms/principalDestaque/anexo/relat2006a2008.pdf>> Acesso em: 14 jul. 2008.

CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

DERBLI, Felipe. Segurança jurídica, legalidade, irretroatividade e anterioridade. In: *Revista Ciências Sociais*: Universidade Gama Filho. Rio de Janeiro, v. 10, n. 1-2, p. 105-136, set. 2004.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Segurança jurídica, coisa julgada e justiça. In: *Revista do instituto de hermenêutica jurídica*. Porto Alegre, v. 1, n. 3, p. 263-278, 2005.

FERREIRA, William Santos. Súmula vinculante — solução concentrada: vantagens, riscos e a necessidade de um contraditório de natureza coletiva (*amicus curiae*). In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al* (Coords.). *Reforma do judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 798-823.

FREITAS, Elizabeth Cristina Campos Martins de. A aplicação restrita da súmula vinculante em prol da efetividade do direito. In: *Revista de Processo*, São Paulo, n. 116, p. 181-206, jul./ago. 2004.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Adicional de insalubridade: Súmula Vinculante n. 4 do STF e nova redação da Súmula n. 228 do TST. In: *Justiça do Trabalho*, Porto Alegre, n. 298, p. 35-49, out. 2008.

LAMY, Eduardo de Avelar. Súmula vinculante: um desafio. In: *Revista de Processo*, São Paulo, n. 120, p. 112-137, fev. 2005.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MORATO, Leonardo Lins. A reclamação e a sua finalidade para impor o respeito à súmula vinculante. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al* (Coords.). *Reforma do judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 391-413.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: teoria geral do processo*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 1.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Instituições de direito público e privado*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

NOGUEIRA, Gustavo Santana. Das súmulas vinculantes: uma primeira análise. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al* (Coords.). *Reforma do judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 269-282.

PINTO, Alexandre Roque. Súmula vinculante: instrumento de pacificação? Ou o curioso caso da Súmula Vinculante n. 4. In: *Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 2065, 25 fev. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12382>> Acesso em: 9 nov. 2009.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

REDAÇÃO. Adicional de insalubridade – base de cálculo – liminar do presidente do STF cassa nova redação da Súmula n. 228 do TST. In: *Revista LTr*, São Paulo, n. 07, p. 773-774, jul. 2008.

SGARBOSSA, Luís Fernando; JENSEN, Geziela. Súmula vinculante, princípio da separação dos poderes e metódica de aplicação do direito sumular. Repercussões recíprocas. In: *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1798, 3 jun. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11327>> Acesso em: 17 jun. 2008.

SIFUENTES, Mônica. *Súmula vinculante: um estudo sobre o poder normativo dos tribunais*. São Paulo: Saraiva, 2005.

SILVA, Antônio Álvares. *As súmulas de efeito vinculante e a completude do ordenamento jurídico*. São Paulo: LTr, 2004.

VELOSO, Zeno; SALGADO, Gustavo Vaz (Coord.). *Reforma do judiciário comentada*. São Paulo: Saraiva, 2005.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves comentários à nova sistemática processual civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

Pacto social, Estado e sindicalismo

Janete Aparecida Deste^(*) e Gustavo Trierweiler^(**)

Resumo:

- ▶ Solucionar conflitos coletivos é tarefa relevante e essencial à harmonização das relações laborais, a tanto se adequando o Pacto Social, conquanto sua maior abrangência. Com efeito, a forma tripartite de negociação coletiva, para além dos conflitos entre empregados e empregadores, alcança questões outras, de ordem econômica, social e política.

Palavras-Chave:

- ▶ Pacto social — negociação coletiva — conflitos coletivos de trabalho.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Conflitos coletivos de trabalho
- ▶ 3. Formas de solução dos conflitos coletivos
- ▶ 4. Pacto social
 - ▶ 4.1. Conceito e denominações
 - ▶ 4.2. Fundamentos
 - ▶ 4.3. Origem
 - ▶ 4.4. Natureza jurídica
 - ▶ 4.5. Pressupostos
 - ▶ 4.6. Conteúdo e objetivos
 - ▶ 4.7. Legitimidade
 - ▶ 4.8. Eficácia
- ▶ 5. Pacto social na história
- ▶ 6. Convenções coletivas de trabalho e pacto social
- ▶ 7. Pacto social e sindicalismo brasileiro
- ▶ 8. Conclusão
- ▶ 9. Referências bibliográficas

(*) Mestre em Direito pela PUC-RS. Juíza do Trabalho aposentada. Professora de Direito Processual do Trabalho e de Direito do Trabalho. Consultora Jurídica junto ao Escritório Guedes Jurua Juchem Reis Mello.

(**) Mestre em Direito pela ULBRA. Especialista em Direito do Trabalho pela UNISINOS. Juiz do Trabalho Substituto – 2ª Região – SP.

Abstract:

- Solving collective conflicts is a relevant and essential task to the harmonization of the labor relations, adjusting to the Social Pact, despite their greatest range. Therefore, the tripartite form of collective negotiation, which goes further the conflicts among employers and employees, reaches other issues regarding economic, social and political matters.

Keywords:

- Social pact — collective negotiation — collective labor conflicts.

1. Introdução

O presente trabalho visa ao exame do Pacto Social enquanto instrumento de negociação coletiva, sob diversos aspectos.

Partir-se-á da conceituação dos conflitos coletivos do trabalho, prosseguindo-se com breve exame das diversas formas de solucioná-los, identificando, entre essas, o Pacto Social.

Examinar-se-ão o conceito e as denominações atribuídas ao Pacto Social, seus fundamentos, sua origem, natureza jurídica, seu conteúdo, seus pressupostos, sua legitimidade para a celebração e eficácia do mecanismo.

Ilustrar-se-á a temática com experiências realizadas em diversos países e estabelecer-se-ão as distinções entre o Pacto Social e as Convenções Coletivas de Trabalho.

Ao final, serão avaliadas as possibilidades de compatibilização do Pacto Social, como forma de negociação coletiva, com o modelo sindical praticado no Brasil, seguindo-se a conclusão.

2. Conflitos coletivos de trabalho

O exame do pacto social como uma das formas de solução dos conflitos coletivos requer prévias considerações acerca do conceito de conflito coletivo.

As relações coletivas de trabalho, diferentemente do que ocorre com as relações individuais de trabalho, respeitam às questões que transcendem ao individualismo e atingem o interesse de todo

um grupo. “O direito coletivo do trabalho estrutura-se em torno dos seres coletivos trabalhistas, atuando na resolução dos conflitos coletivos no âmbito das relações laborais”⁽¹⁾, ou seja, participam das relações os sindicatos, as federações e confederações, as quais representam as categorias profissionais (empregados) e econômicas (empregadores).

Segundo *Amauri Mascaro do Nascimento*⁽²⁾:

“Os conflitos são coletivos quando, em razão dos seus sujeitos, os grupos de trabalhadores, abstratamente considerados de um lado, e o grupo de empregadores, de outro lado, objetivarem matéria de ordem geral.”

Trata-se, como visto, de reivindicação explícita (do empregado) que é resistida (pelo empregador), em âmbito coletivo. É a contraposição de interesses entre grupos de trabalhadores (por melhores salários e condições de trabalho, manutenção e criação de novos postos de trabalho, etc.) e empregadores ou grupo de empregadores (por condições que propiciem maior produtividade, por exemplo). “O conflito coletivo de trabalho não é apenas a insatisfação de um grupo de trabalhadores com as condições de trabalho, mas, também, a exteriorização dessa insatisfação, expressada como ruptura com o modelo jurídico, pondo em crise a relação

(1) DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2005. p. 1291.

(2) NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de direito sindical*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2005. p. 291.

coletiva”.⁽³⁾ Nessa seara, a mera insatisfação, desprovida de qualquer espécie de manifestação/exteriorização não é hábil à configuração do conflito coletivo de trabalho, sendo inerente à sua caracterização algum ato e/ou uma manifestação efetiva.

Evaristo de Moraes Filho⁽⁴⁾ esclarece que o BIT (Bureau Internacional do Trabalho), órgão da Organização Internacional do Trabalho (OIT), define conflito de interesses como sendo aquele que “não implica a interpretação de um direito adquirido fundado na lei ou no contrato, mas uma simples reivindicação tendente a modificar um direito existente ou criar um direito novo”.

Sintetizando, os conflitos coletivos de trabalho são relevantes para o direito do trabalho na medida em que a sua solução originará novas fontes de direitos para as relações de emprego (individuais) e garantirá melhorias a toda sociedade, o que, na via usual do processo legislativo, demoraria anos para se efetivar ou, quiçá, jamais se efetivariam.

São elementos do conflito coletivo de trabalho: a existência de um grupo de assalariados (propriamente dito ou representados por sindicato, federação, etc.), a participação do empregador (seja pessoa física ou jurídica) ou grupo de empregadores representados por alguma entidade coletiva, que verse sobre interesse coletivo de trabalho e que ocorra sua exteriorização.

Os conflitos coletivos de trabalho são, basicamente, classificados em duas espécies. A distinção reside, principalmente, na finalidade de cada um. No conflito coletivo de natureza econômica (ou de interesse) há reivindicação de novas e/ou melhores formas de trabalho, e ele tem por finalidade a obtenção de um novo contrato coletivo de trabalho. Esse poderia ser subdividido em originário e de revisão. No

conflito de natureza jurídica (ou de direito) discute-se a aplicação e/ou a interpretação de norma jurídica preexistente.

3. Formas de solução dos conflitos coletivos

As modernas relações de trabalho subordinado surgidas com a Revolução Industrial consolidaram, segundo a doutrina de *José Augusto Rodrigues Pinto*, três formas de solução dos conflitos coletivos de trabalho, que são: autodefesa (ou autotutela), autocomposição e heterocomposição.

A autodefesa é considerada a forma mais antiga de solução dos conflitos. Caracteriza-se pela imposição de uma parte à outra; há uma resistência de uma das partes à tentativa de negociação. Exemplos dessa forma de solução são a greve, cujo exercício supõe a observância dos parâmetros legais, e o *lock out*, ato do empregador equivalente à greve, consistente no fechamento temporário da empresa, para forçar os trabalhadores à aceitação de certas condições.⁽⁵⁾

A autocomposição ocorre quando as próprias partes envolvidas alcançam a solução, sem a intervenção de um terceiro. Nas palavras de *José Augusto Rodrigues Pinto*⁽⁶⁾, “é a solução do conflito de interesses mediante a simples e direta interlocução dos sujeitos afetados por sua ocorrência”. Essa solução pode ser obtida por meio de acordo coletivo (entre representantes de empregados e uma empresa) ou convenção coletiva (entre representantes das categorias profissional e econômica) e contrato coletivo.⁽⁷⁾ A negociação coletiva, fruto da afirmação dos

(3) NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 831.

(4) MORAES FILHO, Evaristo de. *Introdução ao direito do trabalho*. 9. ed. São Paulo: LTr, 2003, p. 623.

(5) No Brasil, é ilegal essa prática, consoante expressa disposição contida na Lei n. 7.783/89, que regulamenta o exercício do direito de greve (art. 7º).

(6) PINTO, José Augusto Rodrigues. *Direito sindical e coletivo do trabalho*. São Paulo: LTr, 1998, p. 159.

(7) Para Amauri Mascaro do Nascimento, ao analisar a Proposta de Reforma Sindical do Fórum Nacional do Trabalho (2004), o contrato coletivo de trabalho seria a nova denominação genérica para as convenções coletivas e os acordos coletivos de trabalho (in *Compêndio de direito sindical*, p. 544).

sindicatos e da consolidação da liberdade como valor supremo do indivíduo, está, no Brasil, respaldada constitucionalmente.⁽⁸⁾

Há casos em que a solução do conflito é atribuída por terceiro, alheio ao conflito. Trata-se da heterocomposição, que se utiliza de técnicas como a conciliação, a mediação, a arbitragem e a intervenção judicial. Não se olvida a existência de divergências doutrinárias em relação a essas técnicas, considerando-se, para fins do presente estudo, a participação do terceiro como o elemento de distinção entre a autocomposição e a heterocomposição.

Acompanha-se o pensamento de *José Augusto Rodrigues Pinto*, no sentido de que a reflexão sobre os diversos modos de solução dos conflitos coletivos de trabalho apontam para a presença da negociação coletiva, que não está restrita à autocomposição. Com efeito, a autodefesa deixou de ser um meio de reação exclusiva contra a opressão patronal para passar a ser um meio mais enérgico de persuasão a negociar⁽⁹⁾. Na heterocomposição, a “tônica da atividade do terceiro (conciliador, mediador ou árbitro, particular ou oficial, eleito ou imposto) é a conciliação, só atingível mediante processos negociais”.⁽¹⁰⁾ Exemplifica-se com as disposições da vigente Constituição Federal, que prevê a eleição de árbitros quando restar frustrada a negociação (art. 114, §1º), assim como o ajuizamento de dissídio coletivo (de comum acordo), quando recusada, por qualquer das partes, a negociação coletiva ou a arbitragem (art. 114, § 2º).

Quanto à ambientação e instrumentação da negociação coletiva, assim se manifesta *José Augusto Rodrigues Pinto*:⁽¹¹⁾

(8) BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. “Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) XXVI – reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho.”

(9) PINTO, José Augusto Rodrigues. *Direito sindical e coletivo do trabalho*. São Paulo: LTr, 1998. p.166.

(10) *Ibidem*, p. 167.

(11) *Ibidem*, p. 182.

“(...) a negociação coletiva sobrevive em ambientação variável, de acordo com a dimensão do conflito a ser discutido. (...) Quando a discussão envolva *interesses amplíssimos*, em momentos de profunda crise social, seu ambiente é o dos grandes foros públicos, como as assembleias legislativas, ou internacionais, do tipo da *Organização Internacional do Trabalho*, onde se podem costurar grandes *pactos sociais*. (...) As discussões de médio termo, que não toquem os extremos da transcendência nem da rotina miúda, encontram ambiente ideal na convergência das representações sindicais, respaldadas em propostas de suas assembleias gerais.

As que estejam mais próximas das rotinas de trabalho e, portanto, do *interesse individual* dos trabalhadores têm seu foro mais adequado no interior das próprias empresas onde a atividade tem lugar, mediante o encontro direto do *empregador* com a *representação* dos empregados ou a utilização de *colegiados* que assegurem a participação representativa de ambos os polos subjetivos do contencioso.”

E nesse contexto, na esteira dos ditames da Organização Internacional do Trabalho (OIT), o autor⁽¹²⁾ define instrumento de negociação coletiva como “o instrumento do consenso de vontades das representações interessadas em sua criação, o que não se confunde com a eficácia obrigatória que venha a adquirir por sua ratificação e absorção pela estrutura legal de cada país signatário”. Nesse diapasão, adotando como critério a extensão de abrangência, classifica os instrumentos coletivos em convenção internacional de trabalho, pacto social, convenção coletiva de trabalho, contrato coletivo de trabalho, acordo coletivo de trabalho e reglamento da empresa.

É importante referir que o critério eleito por *José Augusto Rodrigues Pinto*⁽¹³⁾ é, nas suas palavras, “*inteiramente aberto*”, afastando classificações restritivas, como aquelas elaboradas

(12) PINTO, José Augusto Rodrigues. *Direito sindical e coletivo do trabalho*. São Paulo: LTr, 1998. p. 186.

(13) *Ibidem*, p. 186.

com fulcro nos sujeitos (por exemplo, sindicato, empresas), no campo de vigência (de direito interno ou externo) ou nas peculiaridades para a eficácia da norma.

Releva finalizar essas considerações sobre os mecanismos de solução dos conflitos coletivos ressaltando que todos os instrumentos mencionados “se tornam *fontes imperativas consensuais de Direito do Trabalho*, a despeito de alguns deles, depois de formalizados, deverem cumprir um *iter* específico para alcançar sua plena eficácia”.⁽¹⁴⁾

4. Pacto social

Entre as formas de solução dos conflitos coletivos e marcado pela negociação, o Pacto Social, objeto do presente estudo, é utilizado em excepcionais circunstâncias, como, por exemplo, momentos de crises sociais, em que se impõem ampla interlocução social e planejamento.

Exsurgem, portanto, geralmente, em situações nas quais a ordem sociojurídica esteja abalada, como ocorre, por exemplo, no cenário da crise econômica mundial. Referido evento implica, diretamente, em repercussões no âmbito das relações laborais, em específico no que diz respeito ao desemprego acentuado e sucateamento das condições de trabalho, tudo visando à redução dos custos operacionais e à manutenção da atividade profissional enquanto a crise econômica assolar a comunidade mundial.

4.1. Conceito e denominações

A doutrina oferece diversos conceitos de Pacto Social, destacando-se aqueles cuja clareza e precisão permitem melhor compreender este mecanismo.

José Augusto Rodrigues Pinto⁽¹⁵⁾ define-o como:

“(...) um acordo de vontades, estabelecido entre o Estado e as representações de trabalhadores e empresas, para determinar uma

ampla política econômica de equilíbrio da produção e do emprego, que sirva de base para a normatização coletiva das condições de trabalho pelas respectivas categorias.”

Amauri Mascaro Nascimento⁽¹⁶⁾ conceitua o Pacto Social como “o autoplanejamento, pela própria nação, das linhas básicas que, pelo consenso dos interlocutores sociais e do Estado, constituirão o programa de ação para o país”. Esse conceito é calcado na ideia de planejamento social (definição das metas e dos meios adequados para alcançá-las) e consenso social (participação de toda a sociedade — Estado e representantes de empregados e empregadores — na elaboração desse plano).

Ainda na busca de conceituação mais ampla, Amauri Mascaro Nascimento⁽¹⁷⁾ refere o estudo publicado no livro *La concertación social*, de Oscar Ermida Uriarte, o qual define o pacto social “como a participação do setor sindical, do setor empresarial e do Estado na planificação ou adoção de decisões que recaem nos diferentes âmbitos, mas especialmente no econômico e social.” Segundo o autor uruguaio, o pacto social visa à redução da conflitividade.

Quanto às denominações do instrumento coletivo em estudo, aqui tratado como Pacto Social, é possível encontrar diversas, tais como acordos sociais, acordos nacionais, macroacordos, entendimentos, planificação concertada, planificação pactuada, etc.

Nos países de língua espanhola, utiliza-se a denominação concertação (ou concerto) social, que é criticada por Amauri Mascaro Nascimento⁽¹⁸⁾, ao sustentar que Pacto Social:

“É um procedimento ou método de negociação em nível mais alto do que o da negociação

(14) *Ibidem*, p. 187.

(15) PINTO, José Augusto Rodrigues. *Direito sindical e coletivo do trabalho*. São Paulo: LTr, 1998. p. 198.

(16) NASCIMENTO, Amauri Mascaro. A negociação coletiva no contexto democrático – sistema brasileiro e avaliação de experiências pós-corporativas estrangeiras. In: *Revista LTr*, v. 49, n. 10, out. 1985. p. 1.180.

(17) URIARTE *apud* NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de direito sindical*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2005. p. 203.

(18) NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de direito sindical*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2005. p. 202.

coletiva. Os pactos sociais têm a finalidade mais ampla, predominantemente programática, mas também organizacional, por meio da qual é discutido o pacto social. Assim, parece-nos melhor entender por concertação social o procedimento e por pacto social o instrumento.”

Idêntica crítica é oferecida por *Cássio Mesquita de Barros*⁽¹⁹⁾. *José Augusto Rodrigues Pinto*, por sua vez, distingue o Pacto Social, que representa “a instrumentação formal de um processo de negociação coletiva deliberadamente instalada para alcançá-la”, da concertação social, que é “apenas a troca informal de pontos de vista que possam dar lastro à normatização estatal ou profissional.”⁽²⁰⁾

Não obstante as divergências quanto à denominação e, também, quanto ao conceito, colhem-se da doutrina subsídios que permitem identificar o Pacto Social como um instrumento relevante de negociação coletiva, constituindo fonte de disposições normativas e de contratos coletivos, não sendo vinculadores e, em regra, não contendo meios coercitivos de exigibilidade.

4.2. Fundamentos

O que justifica a celebração do Pacto Social é, em parte, a existência de uma crise econômica e social, sendo essencial o consenso entre os diversos atores sociais e o empenho desses em vencer a crise e as dificuldades dela resultantes. Há possibilidade, no entanto, e a doutrina assim adverte, de ser celebrado o Pacto independentemente da situação de crise, pois trata-se de instrumento utilizável também como norma programática.

Afirma *José Augusto Rodrigues Pinto*⁽²¹⁾ que: “O fundamento para a celebração do Pacto Social é a existência de uma crise econômica

e social que exija uma estreita cooperação de vontades dos agentes econômicos da produção (trabalhadores e empresas) com o propósito de solucioná-las de modo *socializado*, ou seja, que beneficie toda a *sociedade* com um mínimo de sacrifício ou perda de interesses dos interlocutores.”

Entende *Amauri Mascaro Nascimento*⁽²²⁾ que não é necessária a existência de um Estado em crise para a celebração dos Pactos Sociais. Ele afirma:

“Os pactos sociais podem servir de inspiração para as convenções coletivas de trabalho, que neles podem encontrar parâmetros, de modo que, nesse sentido, balizam as convenções coletivas, verdadeiras fontes primeiras dos demais acordos coletivos desenvolvidos em níveis menores.”

Para *Carlos López-Monis*⁽²³⁾, embora seja o Pacto Social imprescindível em contextos de crise, como narra a experiência espanhola na origem dos Pactos de Moncloa⁽²⁴⁾, também se revela importante no curso da estabilidade política e socioeconômica, a exemplo da situação espanhola no final da década de 1980, e a necessidade de aceitação das medidas pela sociedade com vista à legitimação do pacto e consecução dos fins almejados.

4.3. Origem

Não é pacífica a doutrina especializada quanto à origem do Pacto Social. No entanto, predomina a origem escandinava do instrumento. Assim, aduz *José Augusto Rodrigues Pinto*⁽²⁵⁾ que o Pacto Social teria, provavelmente, origem escandinava, nos chamados

(19) BARROS, Cássio Mesquita. Pacto social e a construção de uma sociedade democrática. In: *Revista LTr*, v. 52. n. 03. mar. 1988. p. 283.

(20) PINTO, José Augusto Rodrigues. *Direito sindical e coletivo do trabalho*. São Paulo: LTr, 1998. p. 199.

(21) *Ibidem*, p. 196.

(22) NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de direito sindical*. 4 ed. São Paulo: LTr, 2005. p. 315

(23) LÓPEZ-MONIS, Carlos. Os pactos sociais na Espanha. In: TEIXEIRA FILHO, João de Lima (Coord.). *Relações coletivas de trabalho: estudos em homenagem ao Ministro Arnaldo Süssekind*. São Paulo: LTr, 1989. p. 116-117.

(24) Os Pactos de Moncloa serão objeto de breve análise em tópico posterior.

(25) PINTO, José Augusto Rodrigues. *Direito sindical e coletivo do trabalho*. São Paulo: LTr, 1998. p. 196.

“acordos básicos”,⁽²⁶⁾ cujo mais antigo foi datado de 1899, na Dinamarca, e logo após, o de 1902, na Noruega. Também *Amauri Mascaro do Nascimento*⁽²⁷⁾ afirma que “os pactos sociais nasceram nos países escandinavos com os Acordos Básicos Nacionais.” Ambos apontam a adoção dos pactos sociais em diversos outros países, em momentos posteriores, tema que será adiante examinado.

O Pacto Social, embora seja instrumento voltado à solução de conflitos coletivos trabalhistas, a tanto não se restringe. Nas palavras de *José Augusto Rodrigues Pinto*⁽²⁸⁾, originalmente:

“(...) o pacto social não mostra uma relação absoluta com estados agudos de crise econômica, que hoje costuma oferecer. Voltaram-se mais para a conveniência de *articulação* da política econômica de governo com o conteúdo jurídico da relação trabalhista”.

Desde a origem, então, os Pactos Sociais foram mecanismos de maior amplitude, envolvendo questões de economia, política fiscal e previdência social, objetivando redução da conflitualidade entre os atores sociais.

4.4. Natureza jurídica

Por ser um instrumento de utilização volitiva e não obrigatória, é difícil definir a natureza jurídica do Pacto Social, não encontrando, a doutrina, consenso sobre a matéria. *Octavio Bueno Magano*⁽²⁹⁾, ao discorrer sobre o tema, considera a natureza jurídica do Pacto

Social como uma incógnita. No entanto, em momento anterior, fez o seu enquadramento na categoria dos negócios jurídicos, tratando-se de manifestação da autonomia coletiva, consoante *Ronaldo Lima dos Santos*⁽³⁰⁾.

José Augusto Rodrigues Pinto, ao analisar a matéria, destaca a identificação de uma mesma natureza para todos os instrumentos de negociação coletiva, atendendo às peculiaridades de cada um, incluindo o Pacto Social. Segundo o autor, há falta de clareza para definir tal natureza, adotando o posicionamento de *Orlando Gomes*, que diz tratar-se de “contrato normativo” e acrescenta: “Normativo, sim, mas contrato, e não lei.”⁽³¹⁾

Considerando que o Pacto Social surge em momentos de crises e abalo da ordem sociojurídica, poder-se-ia lhe atribuir uma natureza social, pois nasce naturalmente (não há nada que lhe torne cogente, pressupondo a livre manifestação de vontade dos envolvidos), de uma manifestação de vontade tripartite, uma vez que envolve o Estado, além dos representantes de empregados e empregadores.

Maria Nieves Moreno Vida, citada por *Ronaldo Lima dos Santos*, posiciona-se nesse sentido, ao dizer que a natureza do Pacto Social seria “uma expressão formalizada da concertação social”. Para essa autora, o mais adequado seria qualificá-lo de “pacto-político-social”, por possuir apenas eficácia política e estar desprovido de valor jurídico; os pactos, por operarem de forma indireta, por meio de outros instrumentos normativos, teriam apenas transcendência jurídica.⁽³²⁾

4.5. Pressupostos

Adota-se a doutrina de *Cássio Mesquita de Barros*, seguida por *José Augusto Rodrigues Pinto*,

(26) Ensina *José Augusto Rodrigues Pinto* in *Direito Sindical e Coletivo do Trabalho* (p. 196) que os “acordos básicos objetivaram, como sua denominação está a indicar, a celebração entre os interlocutores das relações de trabalho e o Estado de uma espécie de lastro abrangente de seus aspectos mais tormentosos (prerrogativas hierárquicas da empresa e representativas do sindicato profissional, modo de solução dos conflitos, procedimentos de negociação, etc.).”

(27) *NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Compêndio de direito sindical*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2005. p. 202.

(28) *Pinto, José Augusto Rodrigues. Direito sindical e coletivo do trabalho*. São Paulo: LTr, 1998. p. 196-197.

(29) *MAGANO, Octavio Bueno. Política do trabalho*. São Paulo: LTr, 2001. v. 4. p. 183.

(30) *SANTOS, Ronaldo Lima. Teorias das normas coletivas*. São Paulo: LTr, 2007. p. 179.

(31) *GOMES apud PINTO, José Augusto Rodrigues. Direito sindical e coletivo do trabalho*. São Paulo: LTr, 1998. p. 199.

(32) *SANTOS, Ronaldo Lima. Teoria das normas coletivas*. São Paulo: LTr, 2007. p. 179-180.

de acordo com a qual são três os elementos considerados como pressupostos ao Pacto Social: político, volitivo e finalístico.

O elemento político estabelece bases para tutelar um interesse mais amplo do que simplesmente a criação de normas de conduta para os atores da relação de emprego. Abrange toda a sociedade, mediante instrumentos de elaboração estatal (ex.: leis) ou profissional (ex.: convenção e acordo coletivos).

Por sua vez, o elemento volitivo é inerente a qualquer pacto, que pressupõe a convergência de vontades. Trata-se da conjugação de dois estágios da vontade livre: o de discutir um contraditório; e o de dar-lhe solução consensual.

Por fim, o elemento finalístico é o próprio objetivo do Pacto Social, que visa a atacar as repercussões trabalhistas de uma crise econômica, por meio da adoção de medidas de “controle da inflação, o combate à recessão, a manutenção de níveis de emprego, tudo isso visceralmente ligado à presença da vontade política de assentar bases de política econômica benéfica às relações de trabalho”.⁽³³⁾

Ainda, a celebração de um Pacto Social pressupõe dois fatores para sua ambientação: a ocorrência de uma crise, assim entendida como “manifestação aguda de ruptura de equilíbrio”⁽³⁴⁾ e, portanto, é natural que ocorra em uma sociedade democrática, ou seja, naquela em que se “pode escolher livremente o governo e fiscalizar suas ações”⁽³⁵⁾.

Como antes referido, não há consenso quanto à necessidade de haver crise para que possa ser celebrado o Pacto Social, podendo ocorrer apenas como resultante de negociações entre os atores sociais.

Em relação aos sujeitos, a relação é tripartite e, portanto, necessária à caracterização do Pacto

Social, à participação conjunta do Estado e dos representantes de empregados e empregadores. Contudo, *Amauri Mascaro Nascimento*⁽³⁶⁾ adverte que:

“(...) o governo está, quase sempre, presente, ou se engaja na consecução das suas metas, o que os caracteriza como instrumentos tripartites, embora, excepcionalmente, bilaterais, caso em que perdem um pouco dessa característica”.

Assim, em que pese a posição restritiva, não há dúvida de que a relação segue tripartite, porém com maior ou menor matização da participação do Estado. Nesse sentido, o papel do Estado deve ser ativo, seja na mesa de negociação ou fora dela. Alerta *Carlos López-Monis*⁽³⁷⁾ que a:

“(...) triangularização do protagonismo nas relações trabalhistas deve ser inevitável e conveniente, dada a incidência que tem na convenção coletiva, efeito último da concertação na área laboral, a legislação sobre política de rendimentos, fiscalização, gasto público e seguridade social, que, em todo o caso, seriam condicionalmente ou, pelo menos, frutos determinantes de uma concertação”.

Sergio Pinto Martins⁽³⁸⁾ vai além, entendendo que inclusive partidos políticos poderiam participar do Pacto Social.

4.6. Conteúdo e objetivos

Decorrencia da própria conceituação de Pacto Social, instrumento de negociação caracterizado por amplitude e abrangência, seu conteúdo corresponde a questões de alta envergadura, de ordem econômica, social, política e trabalhista. Caracteriza-se, nas palavras de

(33) PINTO, José Augusto Rodrigues. *Direito sindical e coletivo do trabalho*. São Paulo: LTr, 1998. p. 197.

(34) FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio* — o dicionário da língua portuguesa. Rio de Janeiro: Nova Fronteira. p. 581.

(35) PINTO, José Augusto Rodrigues. *Direito sindical e coletivo do trabalho*. São Paulo: LTr, 1998. p. 196.

(36) *Ibidem*, p. 314.

(37) LÓPEZ-MONIS, Carlos. Os pactos sociais na Espanha. In: TEIXEIRA FILHO, João de Lima (Coord.). *Obra coletiva em homenagem ao Ministro Arnaldo Süsskind*. São Paulo: LTr, 1989. p. 114.

(38) MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do trabalho*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 712.

Amauri Mascaro do Nascimento⁽³⁹⁾, como “macroacordo, planejamento geral de natureza socioeconômica”.

Para esse autor, a ideia sobre o conteúdo dos Pactos Sociais “é a de colaboração dos grupos sociais com o governo, para elaboração conjunta de um plano de política econômica e social, em troca de deveres que as partes assumem, visando à consecução do objetivo comum (...)”.

Analisando o conteúdo do Pacto Social, *José Augusto Rodrigues Pinto*⁽⁴⁰⁾ conclui que “é um instrumento de negociação coletiva, que tem conteúdo programático, abrindo caminho para a normatização imperativa consensual”.

Resulta, o Pacto Social, como se vê, da soma das forças sociais, agregadas à atuação do governo, constituindo autênticas fontes normativas, hábeis à inspiração para as convenções coletivas e os acordos coletivos.

Quanto aos objetivos do Pacto Social, *Carlos López-Monis*⁽⁴¹⁾ enfatiza que:

“(...) perseguem-se alguns dos seguintes objetivos ou todos eles, seja simultânea ou sucessivamente: a) administrar de forma solidária uma situação de crise, procurando aumentar o crescimento econômico, a estabilidade de preços e salários e a redução nas taxas de desemprego; b) reformular o sistema de relações trabalhistas do país, introduzindo modificações de fundo no modelo de organização sindical, na regulamentação do direito de greve e na participação dos trabalhadores na empresa; c) fixar, com o maior grau de consenso possível, os princípios de um novo quadro de valores econômicos e sociais, a serem plasmados em um texto constitucional que inaugure uma nova etapa na vida do país”.

(39) NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de direito sindical*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2005. p. 314.

(40) PINTO, José Augusto Rodrigues. *Direito sindical e coletivo do trabalho*. São Paulo: LTr, 1998. p. 198.

(41) LÓPEZ-MONIS, Carlos. Os pactos sociais na Espanha. In: TEIXEIRA FILHO, João de Lima (Coord.). *Relações coletivas de trabalho: estudos em homenagem ao Ministro Arnaldo Süssekind*. São Paulo: LTr, 1989. p. 114.

Percebe-se que a amplitude e o conteúdo do Pacto Social não são rígidos, não comportando limitações, o que é bastante natural, especialmente considerando que o Pacto Social é decorrente das circunstâncias sociopolíticas e econômicas que caracterizam o momento de sua celebração.

4.7. Legitimidade

A identificação dos legitimados, no que respeita aos entes representantes de empregados e empregadores, encontra obstáculos em razão do próprio conteúdo do Pacto Social. A questão consiste em apontar os participantes da negociação e, em decorrência, os habilitados a propor o comprometimento. Diz-se comprometimento porque, em face da ausência de coercibilidade, não se teria uma obrigação dos pactuantes, mas tão somente um compromisso moral e pessoal.

Carlos López-Monis⁽⁴²⁾ diz que a representação poderia partir:

“(...) tanto das centrais sindicais representantes dos trabalhadores, através de um processo democrático de eleição, como das associações empresariais que se sentem à mesa de negociação (...), e, obviamente, o mesmo tipo de legitimidade do processo surgido das eleições gerais diretas, nas quais disputem todos os partidos políticos.”

Ressalta-se a importância de um líder carismático para incitar e conclamar a participação de toda a sociedade, o qual poderia, em princípio, ser originário de qualquer um dos participantes da futura relação tripartite.

Quanto à parte estatal, não haveria grandes problemas em relação à indicação do representante, pois naturalmente decorreria de uma indicação política do governo.

Entretanto, problema de realce surge em relação aos porta-vozes dos empregados e empregadores, pois os substitutos, obrigatoriamente,

(42) LÓPEZ-MONIS, Carlos. Os pactos sociais na Espanha. In: TEIXEIRA FILHO, João de Lima (Coord.). *Relações coletivas de trabalho: estudos em homenagem ao Ministro Arnaldo Süssekind*. São Paulo: LTr, 1989. p. 118.

precisam ter efetiva representabilidade de seus respectivos grupos, sob pena de não haver legitimação e comprometimento com a causa. Quiçá, com o advento da Lei n. 11.648/08, que regulamentou as Centrais Sindicais, essas poderiam ser representantes a altura dos empregados e, quanto ao empregador, cogita-se de uma comissão eleita a partir das Confederações, já que, em tese, concentram a maior representatividade do grupo patronal.

4.8. Eficácia

Os Pactos Sociais não possuem eficácia jurídica, pois se consubstanciam em normas programáticas, que versam sobre planejamentos (econômicos ou sociais), não sendo dotados, como antes mencionado, de poderes coercitivos.

Seus efeitos, em razão de tratar-se de instrumento geral e abrangente, projetam-se restritivamente aos agentes envolvidos e, naturalmente, às entidades representadas. Entretanto, “seu descumprimento não autoriza o prejudicado a pedir a tutela jurisdicional”.⁽⁴³⁾

A eficácia real que se pode atribuir ao Pacto Social é a política, pois figura como um “pacto entre cavalheiros”,⁽⁴⁴⁾ repousando na força e na coação social e política que os agentes possuem.

5. Pacto social na história

O Pacto Social, como já mencionado anteriormente, teria sua origem mais provável nos países Escandinavos.

Em diversos outros países, houve iniciativas de celebração de Pactos Sociais, ao longo do tempo, destacando-se, inicialmente, as experiências ocorridas na Alemanha, Áustria, Espanha, Itália e França.

Alemanha e Áustria adotam a prática da concertação social desde a década de 1970. Essa prática é realizada informalmente, sem celebração do instrumento correspondente, e por

isso é denominada concertação social (e não Pacto Social). São estabelecidos parâmetros à organização da política econômica e social; os resultados são divulgados; e às partes cabe o compromisso moral de observar o que foi proposto.

Na Espanha, conforme se extrai da doutrina especializada, os Pactos de Moncloa (expressão plural em razão de terem sido firmados vários documentos, referentes a conteúdos políticos, sociais e econômicos), celebrados em 1977, constituem o marco inicial, estabelecendo, nas palavras de *Hermes Afonso Tupinambá Neto*⁽⁴⁵⁾, “as bases para a celebração de pactos e indicando suas função na reordenação e democratização da sociedade”.

Lembra *Carlos López-Monis* que:

“Quando o General Franco morre, em novembro de 1975, foi preciso enfrentar o desafio de transformar um regime autoritário e de natureza corporativa em um sistema de pluralismo democrático e de respeito à autonomia da vontade no campo trabalhista. (...) Existiam, naquele momento, razões políticas e sociais que podiam dificultar aquela transição. Uma delas era o modelo fascista de organização sindical, que durante quase 40 anos havia funcionado no país. Como foi possível, então, levar a cabo, em tão poucos anos, essa profunda transformação? Houve, sem dúvida, uma série de fatores que contribuíram para aquela mudança. A ratificação, em 1977, da Convenção n. 87 da OIT sobre liberdade sindical provocou a morte do sindicalismo vertical e abriu o caminho para a democratização do mundo sindical. Havia também um generalizado desejo de liberdades na maioria do povo espanhol, que impulsionou o movimento de transformação.”⁽⁴⁶⁾

(43) NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de direito sindical*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2005. p. 315.

(44) SANTOS, Ronaldo Lima. *Teoria das normas coletivas*. São Paulo: LTr, 2007. p. 180.

(45) TUPINAMBÁ NETO, Hermes Afonso. *A solução jurisdicional dos conflitos coletivos no direito comparado: uma visão crítica*. São Paulo: LTr, 1993. p. 76.

(46) LÓPEZ-MONIS, Carlos. Os pactos sociais na Espanha. In: TEIXEIRA FILHO, João de Lima (Coord.). *Relações*

Os Pactos de Moncloa se prolongaram até 1985-1986, com conteúdo basicamente sociolaboral, tendo eles contribuído para a consolidação da democracia, a elaboração da Constituição de 1978 e o desenvolvimento de uma política econômica capaz de situar o país em condições de integrar-se na Comunidade Econômica Europeia.

Na Itália, o primeiro pacto surgiu em 22 de janeiro de 1983, discutindo conteúdos de emprego e salário. Todavia, um desentendimento entre as centrais sindicais acabou por descortinar uma série de acontecimentos que resultou na impossibilidade da celebração do pacto, o qual se transformou em um decreto-lei de iniciativa do governo italiano.

Gino Giugni⁽⁴⁷⁾ dá conta da celebração de Acordos Trilaterais entre Governo e Organizações Sindicais de Trabalhadores e de Empresários, nas datas de 22.1.1983 e 14.2.1984, que são exemplos de pactos sociais firmados na Itália, havendo, ainda, o Acordo Nacional Italiano de julho de 1993.⁽⁴⁸⁾

A França não criou um verdadeiro Pacto Social, mas sim uma espécie de protocolo de flexibilidade. Como refere Octavio Bueno Magano⁽⁴⁹⁾: “Flexibilização das leis surgidas após o advento do governo socialista, que tornaram muito rígida a legislação, sobretudo a relativa à despedida.” Esse protocolo contendo cláusulas de flexibilidade também gerou vários impasses entre as centrais sindicais francesas, o que ensejou sugestões no sentido da edição de medida legislativa flexibilizadora.

coletivas de trabalho: estudos em homenagem ao Ministro Arnaldo Süssekind. São Paulo: LTr, 1989. p. 114.

(47) GIUGNI, Gino. *Direito sindical*. Traduzido por Eiko Lúcia Itioka. São Paulo: LTr, 1991 – Apêndice 3, p. 246-255.

(48) A respeito, ver BRECARINI, Luis Paulo; BENITES FILHO, Flavio Antonello. *Negociações tripartites na Itália e no Brasil: o acordo nacional e as câmaras setoriais*. São Paulo: LTr, 1995.

(49) MAGANO, Octavio Bueno. *Política do trabalho*. São Paulo: LTr, 2001. v. 4. p. 180.

Amauri Mascaro Nascimento⁽⁵⁰⁾ aponta diversas tentativas de Pactos Sociais bem-sucedidas, quais sejam:

“(...) o Avenimiento Obrero-Patronal (1958), na Venezuela; a Gran Comisión (1965), na Colômbia; a Acta del Compromiso Nacional (1973), na Argentina; o Pacto de Estabilidade e Crescimento Econômico do México (1988); a Concertação Programática do Uruguai (1985); e outras.”

A pesquisa doutrinária revela que a experiência de maior sucesso corresponde à espanhola, salientando-se que os Pactos de Moncloa são os mais abrangentes, alcançando disposições pertinentes a salários, política fiscal diferenciada para atividades essenciais ao desenvolvimento econômico, medidas tendentes ao fomento do emprego, sendo preconizadores da racionalização dos acordos coletivos e estimulando os procedimentos voluntários de solução dos conflitos coletivos.

6. Convenções coletivas de trabalho e pacto social

Os pactos sociais se aproximam das convenções coletivas de trabalho, mas há, no entanto, distinções entre os dois instrumentos.

Quanto aos sujeitos, os Pactos Sociais se consubstanciam em relação trilateral (Estado, empregados e empregadores), ao passo que nas convenções coletivas a relação é bilateral (apenas sindicatos das categorias profissionais e sindicatos de categorias econômicas).

Em relação ao objetivo, observa-se que é mais amplo no Pacto Social, em que se busca o estabelecimento de parâmetros gerais que podem extrapolar os meros aspectos pertinentes às relações trabalhistas, esses, objeto das convenções ou dos acordos coletivos. Aquele não é apenas mecanismo de Direito do Trabalho, objetivando um consenso entre os diversos interlocutores sociais.

(50) NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de direito sindical*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2005. p. 202.

No que tange à coercibilidade, não está presente nos Pactos Sociais, que contêm diretrizes gerais correspondentes a uma programação, sem caráter vinculativo às partes. Há compromissos entre os interlocutores, mas não há estipulação de sanções. Nas convenções e nos acordos coletivos, constata-se a exigibilidade em relação aos signatários. Com efeito, o conteúdo das cláusulas pactuadas incide no âmbito das relações individuais de trabalho que se estabeleçam entre empregados e empregadores das respectivas categorias representadas pelas entidades-parte.

7. Pacto social e sindicalismo brasileiro

Partindo do pressuposto de que o Pacto Social surge em meio à crise e, portanto, autorizando a ruptura de paradigmas, não se constata, em princípio, nenhum impedimento a sua adoção no sistema sindical brasileiro, comparando-se a sua celebração com o estabelecimento de uma nova ordem constitucional instituída pelo poder constituinte originário. Nesse contexto, seria possível admitir um Pacto Social independentemente de autorização constitucional e/ou legal, pois emergente de uma sociedade instável e carente de reorganização para sua manutenção.

Não se identifica, ainda, qualquer oposição do Pacto Social em relação ao princípio da autonomia sindical ou qualquer outro dispositivo constitucional, ou mesmo da legislação infraconstitucional pertinente à disciplina das formas de solução dos conflitos coletivos e da organização sindical brasileira. Nessa linha de raciocínio, não havendo proibição⁽⁵¹⁾, nem incompatibilidade com o sistema, seria viável a utilização do mecanismo.

(51) BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 40 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. "Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) II – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei".

Embora a Constituição vigente reconheça expressamente as convenções e acordos coletivos (art. 7º, XXVI, CF), os atores sociais são livres para utilizar outros instrumentos de negociação, mormente o Pacto Social, face ao caráter inédito da medida, posto ser extrema e, sobretudo, atrelada a uma realidade fático-social que, por vezes, clama por harmonização e pacificação.

Cumprido ressaltar que o art. 8º, inciso I, da CF, consagra a proibição de interferência e intervenção do Estado nas organizações sindicais. Contudo, o Pacto Social de forma alguma seria um instrumento de imposição do Estado em relação aos particulares. Ao contrário, é fruto de uma negociação tripartite, mediante participação igualitária do Estado e de representantes de empregados e empregadores. No Pacto Social, de forma alguma o Estado usurpava a competência dos sindicatos para representar suas respectivas categorias (art. 8º, III, CF). Ao contrário, os sindicatos estariam transcendendo à representação das categorias e, mediante o exercício de uma função social, todos estariam oprimando em conjunto para a construção de uma sociedade melhor.

Por óbvio, como se trata de uma relação tripartite, em nenhuma hipótese os sindicatos ficariam afastados das negociações coletivas (art. 8º, VI, CF), ao ser adotado o Pacto Social.

A par das possibilidades do ponto de vista legal, há aspectos fáticos que dificultam a adoção do Pacto Social no Brasil. Diz-se isso em virtude da dimensão geográfica continental do País, que abrange diversidade de características econômicas e sociais, tornando praticamente utópica a convergência de vontades e a consequente celebração de Pacto Social. Por certo, poder-se-ia pensar em pactos de abrangência regional ou até mesmo envolvendo um único Estado da Federação e, então, não se vislumbraria tal obstáculo.

Além disso, a fragilidade da autonomia coletiva, a não concretizada liberdade sindical e a pouca representatividade de grande número

de entes sindicais também constituem obstáculos para a realização de um Pacto Social no Brasil.

Entendido o Pacto Social sob a mesma ótica de *Amauri Mascaro Nascimento*, para quem as centrais sindicais e os Pactos Sociais estão relacionados e podem atuar, no interesse geral, para atingir diversos fins, inclusive o debate e a implementação de reformas do sistema trabalhista, pode-se afirmar a ocorrência recente de um Pacto Social no Brasil. Trata-se do Fórum Nacional do Trabalho, realizado em 2004, de composição tripartite, que consistiu em um amplo diálogo social, responsável pelo encaminhamento de propostas da Reforma Sindical, traduzidas em um Anteprojeto de Lei e em um Projeto de Emenda Constitucional.

Sem adentrar ao mérito das discussões travadas no Fórum e dos embates havidos em torno da matéria a ele conduzida, reuniram-se representantes do governo, dos empregados e dos empregadores, para debater o futuro do Direito do Trabalho, tanto em caráter individual como coletivo.

Embora a grande maioria das propostas reformistas referidas não tenham se concretizado até o momento, impõe-se referir, novamente, a edição da Lei n. 11.648/08, que dispõe sobre o reconhecimento formal das centrais sindicais como entidades de representação geral dos trabalhadores em âmbito nacional. Consoante expressa previsão do texto, as centrais sindicais, no exercício da representação dos trabalhadores, por meio das organizações sindicais a elas filiadas, têm a prerrogativa de “participar de negociações em fóruns, colegiados de órgãos públicos e demais espaços de diálogo social que possuam composição tripartite, nos quais estejam em discussão assuntos de interesse geral dos trabalhadores” (art. 1º, II).

Assim sendo, entende-se que estão postas, na atualidade, bases firmes para a atuação dos entes sindicais, especialmente das Centrais Sindicais, no sentido de avançar no plano das

negociações coletivas, com perspectivas de adoção de mecanismos mais amplos, como os Pactos Sociais.

Por fim, o Estado Democrático de Direito, fundamentado no pluralismo político e tendo como um de seus objetivos o solidarismo, constitui campo fértil para implementação de um Pacto Social, ideia que se perfectibiliza quando se observa a possibilidade de sua adequação ao modelo de organização sindical brasileira.

8. Conclusão

A breve pesquisa doutrinária realizada permite concluir que o Pacto Social consiste em mecanismo de negociação coletiva de caráter amplo e abrangente, celebrado, em regra, em momentos de crise. Verifica-se que há uma variação bastante considerável acerca das condições e dos objetos envolvidos na celebração do Pacto Social. A doutrina, contudo, é uníssona ao afirmar que o Pacto Social é uma reação social, coletiva e tripartite — com a participação do governo e de representantes de empregados e empregadores — que visa à superação de dificuldades ou problemas que afligem a sociedade de forma geral, mediante o comprometimento recíproco de toda a sociedade.

Seu conteúdo extrapola as simples divergências oriundas do embate entre empregados e empregadores, coletivamente considerados, podendo alcançar outras questões como aquelas de natureza previdenciária e fiscal, além de visarem a estabelecer novos paradigmas sociais, econômicos e políticos.

Nesse aspecto, o Pacto Social trilha o caminho da maior valorização do negociado sobre o legislado, mormente considerando que, a partir de sua celebração, podem ser originadas leis e outros instrumentos coletivos de abrangência setorializada.

Em sendo a República Federativa do Brasil, constituída em Estado Democrático de Direito, fundamentada no pluralismo político e tendo como um de seus objetivos o solidarismo, o

Pacto Social encontra campo fértil para seu desenvolvimento, ideia que se perfectibiliza quando se observa a adequação do mecanismo aos princípios constitucionais que orientam a organização sindical brasileira, assim como ao regramento infraconstitucional pertinente.

Constatou-se, por derradeiro, que, no atual contexto político-social e econômico, as alterações que estão ocorrendo, em relação à estruturação do sindicalismo brasileiro, com a regularização formal das centrais sindicais, às quais é atribuído relevante papel no diálogo social, reforçam as bases para, quiçá, implementar um autêntico Pacto Social, capaz de harmonizar interesses de toda a sociedade e promover a paz e o progresso, com a consequente dignificação do povo brasileiro.

9. Referências bibliográficas

- BARROS, Cássio Mesquita. Pacto social e a construção de uma sociedade democrática. In: *Revista LTr*, v. 52. n. 3. março de 1988.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BRECARINI, Luis Paulo; BENITES FILHO, Flavio Antonello. *Negociações tripartites na Itália e no Brasil: o acordo nacional e as câmaras setoriais*. São Paulo: LTr, 1995.
- DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2005.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio — o dicionário da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira.
- GIUGNI, Gino. *Direito sindical*. Tradução de Eiko Lúcia Itioka. São Paulo: LTr, 1991 – Apêndice 3.
- LÓPEZ-MONIS, Carlos. *Os pactos sociais na Espanha: obra coletiva em homenagem ao Ministro Arnaldo Sússekind*. João de Lima Teixeira Filho (Coord.). São Paulo: LTr, 1989.
- MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do trabalho*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- MORAES FILHO, Evaristo de. *Introdução ao direito do trabalho*. 9. ed. São Paulo: LTr, 2003.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de direito sindical*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2005.
- _____. *Curso de direito do trabalho*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- _____. A negociação coletiva no contexto democrático – sistema brasileiro e avaliação de experiências pós-corporativas estrangeiras. In: *Revista LTr*, v. 49, n. 10, out. 1985.
- MAGANO, Octavio Bueno. *Política do trabalho*. São Paulo: LTr, 2001. v. 4. 2001.
- PINTO, José Augusto Rodrigues. *Direito sindical e coletivo do trabalho*. São Paulo: LTr, 1998.
- SANTOS, Ronaldo Lima. *Teorias das normas coletivas*. São Paulo: LTr, 2007.
- TUPINAMBÁ NETO, Hermes Afonso. *A solução jurisdicional dos conflitos coletivos no direito comparado: uma visão crítica*. São Paulo: LTr, 1993.

A ação civil pública na Justiça do Trabalho

Rubens Fernando Clamer dos Santos Júnior^(*)

Resumo:

- ▶ As ações coletivas são tidas como um dos melhores e mais eficazes instrumentos de proteção dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, com o propósito de atenderem as demandas do mundo moderno, decorrentes da massificação dos conflitos. Surgem com o intuito primordial da prevenção e não meramente da reparação do direito, de propiciarem um maior e real acesso ao Judiciário e de ocasionarem uma economia processual com a redução dos processos individuais. Face ao que dispõe a Constituição, quando estabelece os valores do Estado e as funções institucionais do Ministério Público, cabe ao Ministério Público do Trabalho a defesa dos direitos difusos e coletivos, mas principalmente a defesa dos direitos individuais homogêneos dos trabalhadores.

Palavras-Chave:

- ▶ Ação civil pública — Ministério Público.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Aspectos gerais
 - ▶ 2.1. Retrospectiva histórica
 - ▶ 2.2. Natureza jurídica. Conceito. Espécies
 - ▶ 2.3. Terminologia. Cabimento na Justiça do Trabalho
- ▶ 3. Objeto
- ▶ 4. A legitimidade do Ministério Público do Trabalho para a defesa dos direitos individuais homogêneos dos trabalhadores
- ▶ 5. Conclusão
- ▶ 6. Referências bibliográficas

Abstract:

- ▶ Class actions are seen as one of the best and most effective instruments for the protection of diffuse rights, class and individual homogeneous, in order to meet the demands of

(*) Juiz do Trabalho do TRT da 4ª Região - Titular da Vara de Frederico Westphalen; Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela UNISC-RS; Mestrando em Direito pela PUC-RS; professor de Direito do Trabalho e de Processo do Trabalho. Secretário-geral da Amatra 4.

the modern world, deriving from the mass of conflicts. They appear as the primary focus of prevention and not merely repair the law, providing us with a greater and real access to the Judiciary and occasioning a judicial economy by reducing individual cases. Face to Constitution when establishing the values of the state and institutional functions of the Brazilian Public Ministry, it is the Brazilian Public of Labour Ministry the defense of diffuse and class rights, but mainly the protection of individual rights homogeneous of workers.

Key-words:

► Class actions — Brazilian Public Ministry.

1. Introdução

Pretendemos examinar o instituto da tutela coletiva de direitos a partir do sistema jurídico constitucional consagrado com a Constituição Federal de 1988, sobretudo de acordo com as premissas estabelecidas no art. 5º, incisos XXXV e LXXVIII, que consagram os princípios da prestação jurisdicional efetiva e da razoável duração do processo.

O mundo mudou. A sociedade se alterou. Vivemos novos fenômenos. Novas crises, novas necessidades e novas demandas. O século XXI não é o século XX e tão pouco o século XIX. Os conflitos se massificaram, inclusive no mundo do trabalho, em razão da globalização, razão pela qual a concepção individualista, consagrada no modelo processual do Código de Processo Civil concebido por Alfredo Buzaid deixou de atender satisfatoriamente estas demandas, com o intuito de resolvê-las efetivamente.

Nessa nova perspectiva, as ações coletivas surgem como instrumento de solução para essas novas demandas, com intuito de resolver os conflitos de massa da sociedade contemporânea, espelhadas no Direito americano, com origens no Direito inglês, bem como nas lições da doutrina italiana.

As ações coletivas passam a trabalhar com o intuito focado essencialmente na prevenção do conflito e não apenas na mera reparação, objetivando propiciar maior acesso do cidadão comum ao Judiciário, com a concretude efetiva

do direito de ação assegurado no texto constitucional.

Nesse sentido, buscaremos demonstrar os objetivos e as finalidades da tutela coletiva, estabelecidos no texto constitucional e na legislação infraconstitucional. Para tanto, será necessária uma abordagem acerca dos objetivos, valores e princípios impostos ao Estado, a fim de que, a partir dessas premissas, também traçamos as diretrizes direcionadas ao Ministério Público. Com isto, tentaremos demonstrar a legitimidade plena do Ministério Público do Trabalho para defesa dos direitos individuais homogêneos dos trabalhadores. Todavia, tudo isto sem antes buscarmos entender as origens da tutela coletiva, a sua natureza jurídica, seu conceito e as espécies de direitos transindividuais (difusos, coletivos e individuais homogêneos), bem como o cabimento da ação coletiva na Justiça do Trabalho.

2. Aspectos gerais

2.1. Retrospectiva histórica

O sistema processual brasileiro sempre teve uma forte concepção individualista, cujo traço vem estabelecido principalmente no Código de Processo Civil de 1973, conhecido como o código de Alfredo Buzaid. Referem *Didier Jr.* e *Zaneti Jr.* que o processo civil brasileiro tem a ação individual como centro e base de todo o sistema.⁽¹⁾ Este modelo teve necessariamente

(1) DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil. Processo coletivo*. v. 4. 4. ed. Salvador: Jus Podivm, 2009. p. 30.

que ser revisto, pois não se mostrou mais capaz de solucionar os chamados conflitos de massa, em razão dos novos problemas e litígios surgidos principalmente a partir do final do século XX.⁽²⁾ Na seara trabalhista, crescem os grandes conglomerados econômicos, as empresas multinacionais, cujo fenômeno acaba trazendo consigo litígios que, muitas vezes, envolvem um universo de trabalhadores a respeito de uma mesma demanda. A globalização dissemina conflitos transsubjetivos, fragmentados e massificados, não se mostrando o processo civil clássico mais capaz de solucionar estas demandas, em virtude do seu caráter individualista, privatístico e ritualista.⁽³⁾

A constatação deste problema, decorrente dos avanços sociais, econômicos, culturais e tecnológicos da sociedade pós-moderna, torna também evidente que os instrumentos até então utilizados pelo Estado para a solução dos litígios existentes não estavam mais sendo capazes de solucioná-los. Isto fez que o Estado pensasse em outros e novos instrumentos processuais, mais aptos para a concessão da tutela em juízo.⁽⁴⁾

Conforme aduz Arruda Alvim, as ações coletivas surgem como um efetivo mecanismo de solução desses novos conflitos, na medida em que o processo individualista se mostrava impróprio e intencionalmente inepto e ineficaz para a proteção de situações coletivas, às quais as sociedades eram avessas quando se formou essa concepção de processo, nos séculos XIX e limiar do século XX.⁽⁵⁾

As ações coletivas surgem inicialmente nos Estados Unidos, com antecedentes no direito inglês. Este modelo provocou uma alteração radical no pensamento jurídico sedimentado na época, por romper com um modelo essencialmente individualista, direcionado para a solução dessa espécie de conflitos.⁽⁶⁾

No Brasil, a primeira legislação sobre a ação civil pública foi a Lei Complementar n. 40/81 — Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, ainda que de maneira bem restritiva. Posteriormente, o avanço sobre o tema foi significativo com o advento da Lei n. 7.347/85, sendo consagrada a partir da Constituição Federal de 1988, quando foi reconhecida como verdadeiro instrumento de cidadania, destinado à defesa de quaisquer interesses metaindividuais da sociedade, conforme salienta Raimundo Simão de Melo.⁽⁷⁾ A Lei da Ação civil Pública foi inspirada na doutrina italiana da década de 70, com ênfase nas lições de Michele Taruffo, Mauro Cappelletti, Vincenzo Vigoriti, Proto Pisani, dentre outros, acrescentando Antonio Gidi que o Brasil é o pioneiro entre os países de *civil law* na tutela coletiva.⁽⁸⁾

2.2. Natureza jurídica. Conceito. Espécies

A ação civil pública tem como finalidade impor o cumprimento de uma obrigação de fazer ou não fazer ou ainda a condenação do infrator em pecúnia, conforme dispõe o art. 3º da Lei n. 7.347/85.⁽⁹⁾ Desse modo, esta ação, que é destinada a resguardar os interesses

situações coletivas. In: MILARÉ, Édis (Org.). *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 73.

- (2) Cf. DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil*. Processo coletivo. v. 4. 4. ed. Salvador: Jus Podivm, 2009. p. 49, ao enfatizarem que esta tradicional visão individualista do processo se tornou insuficiente para a tutela dos direitos coletivos, sobretudo no caso específico dos direitos individuais homogêneos.
- (3) Cf. FAVA, Marcos Neves. *Ação civil pública trabalhista*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2008. p. 64-66.
- (4) MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 99.
- (5) ALVIM, Arruda. Ação civil pública: sua evolução normativa significou crescimento em prol da proteção às

- (6) *Ibidem*, p. 73 e 75.
- (7) MELO, Raimundo Simão de. Ação civil pública na justiça do trabalho. São Paulo: LTr, 2002. p. 91.
- (8) GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de Processo Civil coletivo: a codificação das ações coletivas do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 32-34.
- (9) Cf. TEIXEIRA FILHO, João de Lima. *Instituições de direito do trabalho*. v. 2. 19. ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 1345.

transindividuais, possui natureza jurídica condenatória.⁽¹⁰⁾

As ações coletivas são tidas como gênero que tem como uma das espécies a ação civil pública.⁽¹¹⁾ Já, segundo *Raimundo Simão de Melo*, a ação civil pública é tida como gênero das ações coletivas, tendo como finalidade a proteção dos direitos e interesses metaindividuais — difusos, coletivos e individuais homogêneos — de ameaças e lesões.⁽¹²⁾

Na lição de *Bezerra Leite*, a ação civil pública é o meio constitucionalmente assegurado ao Ministério Público, ao Estado ou a outros entes coletivos autorizados por lei, para promover a defesa judicial dos interesses ou direitos metaindividuais. As espécies dos chamados direitos metaindividuais são os interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.⁽¹³⁾

O art. 81 da Lei n. 8.078/90, a seguir transcrito, se não traz o conceito dos chamados direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, ao menos traz os elementos necessários para a configuração desses conceitos:

Art. 81 – A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único – A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I – interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II – interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe

de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica-base;

III – interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Portanto, os direitos difusos são de natureza indivisível, cujos titulares são pessoas não identificadas, que estejam ligadas por um fato comum. Segundo *Didier Jr. e Zaneti Jr.*, reputam-se difusos aqueles direitos transindividuais (pertencentes a uma coletividade), de natureza indivisível, e cujos titulares sejam pessoas indeterminadas ligadas por circunstâncias de fato, não existindo um vínculo comum de natureza jurídica.⁽¹⁴⁾ No campo trabalhista são exemplos de interesses difusos a greve que venha a exigir a manutenção de serviços essenciais à sociedade⁽¹⁵⁾, o combate à discriminação no emprego e a contratação de servidores públicos sem concurso e a defesa do meio ambiente do trabalho.⁽¹⁶⁾ *Aluisio de Castro Mendes* conclui que o interesse difuso será reconhecido por exclusão, isto é, quando não for coletivo em sentido estrito, porque inexistentes a determinação e a relação jurídica base das pessoas entre si ou com a parte contrária.⁽¹⁷⁾

Segundo *Mauricio Godinho Delgado*, os direitos coletivos também têm qualidade massiva por sua própria natureza, tendo como titulares pessoas determinadas, ou ao menos determináveis, por se vincularem em torno da causa propiciadora do interesse e do direito almejado, entre si ou com a parte contrária, ligadas por uma relação jurídica estabelecida.⁽¹⁸⁾ *Teixeira*

(10) SCHIAVI, Mauro. *Manual de direito processual do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 1034-1035.

(11) BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. *Curso de direito processual do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2005. p. 894.

(12) MELO, Raimundo Simão de. *Ação civil pública na justiça do trabalho*. São Paulo: LTr, 2002. p. 93.

(13) BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. *Curso de direito processual do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2005. p. 895-896.

(14) DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil*. Processo Coletivo. v. 4. 4. ed. Salvador: Jus Podivm, 2009. p. 74.

(15) TEIXEIRA FILHO, João de Lima. *Instituições de direito do trabalho*. v. 2. 19. ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 1346.

(16) Cf. SCHIAVI, Mauro. *Manual de direito processual do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 75-1036.

(17) MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002 (Coleção Temas atuais de direito processual civil; v. 4), p. 220.

(18) DELGADO, Mauricio Godinho. *Direito coletivo do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2003. p. 226.

Filho traz como exemplo de direitos transindividuais de natureza coletiva a transgressão a um direito social que afete a todos os trabalhadores ou que se confina a uma categoria profissional, tendo em vista que a empresa e seus trabalhadores estão ligados por uma relação jurídica-base, fundada no contrato de trabalho, cujo conteúdo mínimo é irrenunciável, conforme dispõe o art. 444 da CLT. Cita como exemplo também o direito a um ambiente de trabalho salubre para todos os empregados.⁽¹⁹⁾

A singeleza do texto legal acerca da definição dos direitos individuais homogêneos não suscita, ou ao menos não deveria suscitar, maiores dúvidas. *Didier Jr. e Zaneti Jr.* trazem com clareza as características dessa espécie de direitos:

O que têm em comum esses direitos é a procedência, a gênese na conduta comissiva ou omissiva da parte contrária, questões de direito ou de fato que lhes conferem características de homogeneidade, revelando, nesse sentir, prevalência de questões comuns e superioridade na tutela coletiva.⁽²⁰⁾

Conforme já referido acima, esta espécie de direito tem origem comum, sendo divisíveis e individuais, tendo assim uma titularidade determinada. Esta origem comum dos direitos individuais homogêneos evidencia uma lesão massiva e genérica, ensejando uma tutela jurídica de natureza global, mesmo que a reparação possa vir a ser individualizada, como enfatiza *Mauricio Godinho Delgado*.⁽²¹⁾ Mostra-se importante distinguir os interesses puramente individuais dos interesses individuais homogêneos. Na lição de *Marcos Fava*, interesse individual homogêneo seria aquele em decorrência do fato comum, que abrange vários indivíduos sofrendo da mesma lesão.⁽²²⁾

2.3. Terminologia. Cabimento na Justiça do Trabalho

A doutrina diverge a respeito da terminologia adotada para a defesa dos direitos transindividuais difusos, coletivos e individuais homogêneos, tendo em vista a previsão da ação civil pública e da ação civil coletiva em nosso sistema jurídico. Para *Schiavi* a ação civil coletiva não difere ontologicamente da ação civil pública.⁽²³⁾ Na verdade, tanto a ação civil pública como a ação civil coletiva vêm sendo utilizadas indistintamente na Justiça comum para a defesa de interesses individuais homogêneos, conforme aduz *Bezerra Leite*.⁽²⁴⁾

Antonio Gidi assevera que a maioria da doutrina tem usado as duas expressões como sinônimas, o que causa confusão desnecessária, sendo apropriada a uniformização da terminologia a ser utilizada para designar a tutela jurisdicional dos direitos de grupo, a fim de se evitar ambiguidades interpretativas.⁽²⁵⁾ Segundo *Gidi*, a expressão “ação civil pública” é uma idiosincrasia exclusivamente brasileira, na medida em que nenhum país do mundo se vale dessa expressão, mas sim de nomes mais comuns como ação de grupo, ação coletiva, ação de classe e ação popular.⁽²⁶⁾

Feitas estas considerações, iremos utilizar as expressões como sinônimas na medida em que o objetivo principal deste exame não diz respeito a este aspecto particular, mas sim aos objetivos delimitados à ação civil pública.

Com respeito ao seu cabimento na Justiça do Trabalho, a doutrina também não possui divergências significativas. De acordo com o art. 83, III, da Lei Complementar n. 75/93, compete à Justiça do Trabalho processar e julgar

(19) Cf. TEIXEIRA FILHO, João de Lima. *Instituições de direito do trabalho*. v. 3. 19. ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 1347.

(20) DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil*. Processo coletivo. v. 4. 4. ed. Salvador: Jus Podivm, 2009. p. 77.

(21) DELGADO, Mauricio Godinho. *Direito coletivo do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2003. p. 226.

(22) FAVA, Marcos Neves. *Ação civil pública trabalhista*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2008. p. 40.

(23) SCHIAVI, Mauro. *Manual de direito processual do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 1046.

(24) BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. *Curso de direito processual do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2005. p. 907.

(25) GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de Processo Civil coletivo*: a codificação das ações coletivas do Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 382-384.

(26) *Ibidem*, p. 389.

a ação civil pública para a defesa de interesses coletivos, quando desrespeitados os direitos sociais constitucionalmente garantidos. Já o art. 129, III, da Constituição Federal estabelece, como função institucional do Ministério Público, a promoção do inquérito civil e da ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

Assim, não há dúvidas a respeito do cabimento da ação civil pública para a defesa dos interesses⁽²⁷⁾ difusos e coletivos no âmbito da Justiça do Trabalho, não havendo nem mesmo a necessidade do intérprete se socorrer da norma constante no art. 769 da CLT para a defesa deste cabimento, na medida em que não se trata da utilização do Direito Processual Comum como fonte subsidiária do Processo do Trabalho, em razão da referida norma constitucional estabelecer as funções institucionais do Ministério Público e o art. 83, III, da Lei Complementar n. 75/93, dispor especificamente sobre a competência junto à Justiça do Trabalho.

A divergência maior reside no cabimento desta ação para a defesa de interesses individuais homogêneos. Todavia, a interpretação conjugada dos arts. 127 e 129, ambos da Constituição Federal, também levam à conclusão do cabimento desta ação na Justiça do Trabalho. Segundo o art. 127, III, da CF, cabe ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, dispondo o inciso IX do art. 129 da CF, a respeito do exercício de outras funções conferidas ao Ministério Público, desde que compatíveis com sua finalidade, vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

(27) Didier Jr. e Zaneti Jr. reputam equivocada a utilização do termo "interesses", pois não se trata da defesa de interesses e sim de direitos, que muitas vezes estão previstos no próprio texto constitucional. DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil*. Processo coletivo. v. 4. 4. ed. Salvador: Jus Podivm, 2009. p. 86-87.

Portanto, é cabível a ação civil pública na Justiça do Trabalho para a defesa dos interesses sociais, individuais indisponíveis e homogêneos.⁽²⁸⁾

3. Objeto

Os conflitos do mundo moderno se alteraram, se agravaram substancialmente, tornando-se não mais conflitos necessariamente individualizados, passíveis de serem resolvidos pelos mecanismos processuais ordinários postos à disposição da sociedade. Vivemos o fenômeno da massificação dos conflitos. Essas transformações sociais e do próprio Estado acarretaram o surgimento de novas alternativas para a solução desses conflitos típicos da sociedade de massa, acarretando por conseguinte também um novo processo civil.⁽²⁹⁾

Esse fenômeno também provocou uma verdadeira avalanche de ações no Judiciário, causando o congestionamento de processos e, com isso, o retardamento na solução dessas lides.⁽³⁰⁾ Por esta razão, pensou-se também na utilização de caminhos diversos à clássica ação individualista para a reparação de um dano, como forma de desafogar o Judiciário e assim tornar mais rápida e efetiva a tutela jurisdicional. Desse modo, o aperfeiçoamento do sistema das ações coletivas é visto como mecanismo de economia judicial e processual, como verdadeira solução para a sobrecarga do Poder Judiciário.⁽³¹⁾

(28) Cf. BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. *Curso de direito processual do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2005. p. 899.

(29) MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 99.

(30) O Art. 3º do Projeto de Lei n. 5.139/09, que disciplina a ação civil pública para a tutela de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, estabelece que o processo civil coletivo rege-se também pelos princípios da isonomia, economia processual, flexibilidade procedimental e máxima eficácia.

(31) Cf. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002 (Coleção Temas atuais de direito processual civil; v. 4), p. 35.

Na seara trabalhista, a necessidade de uma nova e mais efetiva alternativa de tutela jurisdicional resta mais evidente em razão da demanda reprimida de trabalhadores que estão sendo lesados em algum dos seus direitos, que acabam não se valendo do Judiciário por medo de perderem o emprego ou de serem alijados do mercado de trabalho, com receio de não serem contratados posteriormente em virtude de uma ação trabalhista interposta. Este receio é real, de que esses trabalhadores venham a sofrer retaliações ou discriminações futuras, visto que o índice de trabalhadores ocupados que trabalham sem as garantias previstas na legislação trabalhista gira em torno de cinquenta por cento.⁽³²⁾

Esta possibilidade dos direitos serem defendidos concomitantemente faz que a parte individualmente fraca torne-se razoavelmente forte quando agrupada.⁽³³⁾ *Aluisio de Castro Mendes* chama a atenção que a defesa coletiva de direitos individuais permite e amplia o acesso à Justiça, principalmente para conflitos em que o pequeno valor da causa desestimularia a formulação da demanda, tendo também como função resolver molecularmente as causas denominadas de *repetitivas*.⁽³⁴⁾

Surgem as ações coletivas como um instrumento de tutela dos litígios de natureza meta-individual ou supraindividual, para a consecução da tão almejada efetividade do processo, a fim de buscar solucionar os conflitos de massa, advindos de uma sociedade contemporânea.⁽³⁵⁾

Resta percebido que passa a ser imprescindível a atuação preventiva e assim a tutela inibitória por parte do Estado.⁽³⁶⁾

Portanto, a tutela coletiva surge como mecanismo para a solução dos novos conflitos de massa conflagrados no mundo contemporâneo; surge com o propósito de desafogar o Poder Judiciário com ações repetitivas, com o mesmo objeto; mas principalmente advém da nova concepção do processo, no sentido de trabalhar com um propósito de prevenção e não apenas de reparação do dano já ocorrido, em sentido oposto às ideias individualistas, patrimonialistas e que privilegiavam a tutela repressiva, previstas do Código de Buzaid. Estas novas premissas estabelecidas necessariamente passam a trabalhar em sintonia com os princípios fundamentais da prestação jurisdicional efetiva e da razoável duração do processo, consagrados no art. 5º, incisos XXXV e LXXVIII, da Constituição Federal. Segundo *Didier Jr. e Zaneti Jr.*, as ações coletivas têm geralmente duas justificativas atuais, de ordem sociológica e política, revelando-se a primeira no princípio do acesso à Justiça e a segunda, de política judiciária, no princípio da economia processual.⁽³⁷⁾

Conforme exposto inicialmente, a ação civil coletiva tem como propósito, como um dos seus princípios nucleares, garantir o amplo acesso à justiça.⁽³⁸⁾ Na seara trabalhista é uma

(32) Conforme dados trazidos por Périssé, a partir de pesquisa realizada pelo IBGE. PÉRISSE, Paulo Guilherme Santos. Interesses tuteláveis por meio da Ação Coletiva. In: RIBEIRO JR., José Hortêncio; CORDEIRO, Juliana Vignoli; FAVA, Marcos Neves; CAIXETA, Sebastião Vieira (Org.). *Ação coletiva na visão de juízes e procuradores do trabalho*. São Paulo: LTr, 2006. p. 121.

(33) Cf. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002 (Coleção Temas atuais de direito processual civil; v. 4), p. 38.

(34) *Ibidem*, p. 221.

(35) TOLEDO FILHO, Manoel Carlos. *Fundamentos e perspectivas do processo trabalhista brasileiro*. São Paulo: LTr, 2006. p. 180.

(36) MARINONI, Luiz Guilherme, *A tutela inibitória*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 95.

(37) DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil*. Processo coletivo. v. 4. 4. ed. Salvador: Jus Podivm, 2009. p. 34.

(38) O Art. 3º do Projeto de Lei n. 5.139/09, que disciplina a ação civil pública para a tutela de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, estabelece que o processo civil coletivo rege-se pelos seguintes princípios: I – amplo acesso à justiça e participação social; II – duração razoável do processo, com prioridade no seu processamento em todas as instâncias; III – isonomia, economia processual, flexibilidade procedimental e máxima eficácia; IV – tutela coletiva adequada, com efetiva precaução, prevenção e reparação dos danos materiais e morais, individuais e coletivos, bem como punição pelo enriquecimento ilícito; V – motivação específica de todas as decisões judiciais, notadamente quanto aos conceitos

falácia se dizer que já está garantido este amplo acesso à justiça pelas ações individuais postas à disposição dos trabalhadores. Inicialmente porque grande parte dos trabalhadores deixa de buscar seus direitos em juízo com receio de não virem a conseguir nova colocação no mercado de trabalho, justamente por terem ingressado com alguma ação na Justiça do Trabalho. As discriminações e as retaliações ocorridas nestes casos são corriqueiras e acabam afugentando boa parte dos trabalhadores do Judiciário, que deixam de pleitear seus direitos para não serem efetivamente excluídos do mercado de trabalho.

Em segundo lugar porque a grande maioria dos trabalhadores não busca seus direitos em juízo quando está empregada, mesmo quando aflorado o desrespeito a alguma norma protetiva, na medida em que qualquer sinalização nesse sentido, muitas vezes, acaba sinalizando a despedida sumária e imediata do trabalhador. Este segundo obstáculo gera, inúmeras vezes, a convalidação de uma fraude ou de um ilícito, até mesmo por vir a ser fulminado pela prescrição.

Aluisio Gonçalves de Castro Mendes chama a atenção para o problema do desequilíbrio financeiro entre as partes, fazendo com que a pessoa lesada deixe de buscar individualmente a proteção judicial, tendo em vista a maior disposição de recursos materiais e humanos que dispõe o causador da lesão. Enfatiza o autor que com a cumulação de demandas a situação se inverte tendo em vista que o próprio valor individual da causa passa a ser expressivo, que individualmente seria praticamente inexpressivo, concluindo que:

indeterminados; VI – publicidade e divulgação ampla dos atos processuais que interessem à comunidade; VII – dever de colaboração de todos, inclusive pessoas jurídicas públicas e privadas, na produção das provas, no cumprimento das decisões judiciais e na efetividade da tutela coletiva; VIII – exigência permanente de boa-fé, lealdade e responsabilidade das partes, dos procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo; e IX – preferência da execução coletiva.

As ações coletivas, se bem estruturadas, podem ser, portanto, um efetivo instrumento para o aperfeiçoamento do acesso à Justiça, eliminando os entraves relacionados com os custos processuais e o desequilíbrio entre as partes.⁽³⁹⁾

A situação aventada é corriqueira nas relações de emprego, donde normalmente o empregado está em situação de inferioridade econômica, social e cultural em relação ao empregador, denotando um entrave para a busca dos direitos porventura lesados.

O sistema de tutela coletiva dos direitos trabalhista com um modelo essencialmente de prevenção e não apenas ressarcitório do dano causado. Há uma mudança de prisma, com uma preocupação de ser solucionada a lide potencial e não apenas de forma reparadora, servindo a ação coletiva para disponibilizar uma proteção genérica aos trabalhadores, sem comprometimento do emprego em vigor e com o aproveitamento dos efeitos da coisa julgada *ultra partes*.⁽⁴⁰⁾

Destarte, conforme assevera Bezerra Leite, as ações coletivas visam à proteção de qualquer interesse difuso, coletivo ou individual homogêneo.⁽⁴¹⁾

4. A legitimidade do Ministério Público do Trabalho para a defesa dos direitos individuais homogêneos dos trabalhadores

É tormentosa na doutrina e na jurisprudência a admissibilidade do Ministério Público do Trabalho para a interposição da ação civil pública na defesa dos direitos individuais homogêneos dos trabalhadores. Em sentido contrário, o entendimento se mostra mais tranquilo no que

(39) MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002 (Coleção Temas atuais de direito processual civil; v. 4), p. 31.

(40) Cf. FAVA, Marcos Neves. *Ação civil pública trabalhista*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2008. p. 85.

(41) BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. *Curso de direito processual do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2005. p. 900.

tange à legitimidade para a defesa dos direitos difusos e coletivos. Obviamente que todos os argumentos jurídicos apresentados em ambos os sentidos são respeitáveis. No entanto, após o exame das funções institucionais do Ministério Público, dos princípios que norteiam a sua atuação e também dos princípios que sustentam as ações coletivas, entendemos que a resistência na aceitação dessa legitimidade ao MPT é bem mais cultural, sociológica e ideológica do que propriamente jurídica. Isto não quer dizer que estaremos a defender essa legitimidade apenas com base nesses argumentos (o que a nosso entender seriam suficientes) mas também e principalmente com fulcro nos textos legais, sobretudo no texto constitucional. Desde já, a respeito da legitimidade do Ministério Público para a defesa dos direitos individuais homogêneos, é interessante trazermos as lições de *Didier Jr. e Zaneti Jr.*:

A jurisprudência e a doutrina tendem a permitir o ajuizamento das ações, reconhecendo a legitimidade ativa, quer seja indisponível ou disponível o direito homogêneo alegado, desde que, neste último, se apresente com relevância social (presença forte do interesse público primário) e amplitude significativa (grande o número de direitos individuais lesados). Nestes casos, não serão simples direitos individuais, mas interesses sociais que se converteram, em razão de sua particular origem comum, em direitos individuais homogêneos. A finalidade social afeta 'sempre' o Ministério Público.⁽⁴²⁾

Estas considerações iniciais são necessárias porque na verdade a primeira barreira que temos que superar é, sem sombra de dúvidas, de natureza ideológica. Antes de mais nada temos que definir a concepção que temos a respeito das funções institucionais do Ministério Público e das finalidades atribuídas às ações coletivas. A propósito, sustentam *Didier Jr. e Zaneti Jr.*:

O único freio ao ajuizamento de demandas coletivas pelo Ministério Público deverá ser, portanto, a existência de finalidade afeta à instituição, até porque a norma de fechamento prevista na Constituição Federal expressamente determina que são funções institucionais do MP: "exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com a sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas" (art. 129, IX).⁽⁴³⁾

Esta primeira análise é essencial, porque será a partir dela que o operador irá firmar seu convencimento, de maneira mais ou menos restritiva ao instituto, pois, em verdade, o texto legal normalmente admite mais de uma interpretação.

Segundo *Raimundo Simão de Melo*, as ações coletivas foram concebidas como operosos instrumentos de defesa dos interesses da sociedade, de caráter ideológico, que ainda são vistas de forma preconceituosa por boa parte dos operadores do Direito. Essa ação é considerada um verdadeiro instrumento ideológico de satisfação dos direitos e interesses fundamentais da sociedade moderna, representando uma adequada forma de acesso do cidadão ao direito de ação.⁽⁴⁴⁾

No campo trabalhista essa função das ações coletivas torna-se mais evidente, eis que há rotineiramente o problema da retaliação dos trabalhadores que buscam seus direitos individualmente em juízo, e, principalmente, a subordinação econômica do trabalhador em relação ao empregador acaba impedindo o livre exercício desse direito de maneira individual, na medida em que é voz corrente entre muitos trabalhadores que acabariam sendo alijados do seu mercado de trabalho caso viessem a interpor uma reclamatória trabalhista. Esta é uma realidade que não podemos abstrair.

(42) DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil*. Processo coletivo. v. 4, 4. ed. Salvador: Jus Podivm, 2009. p. 334.

(43) *Ibidem*, p. 335.

(44) MELO, Raimundo Simão de. *Ação civil pública na justiça do trabalho*. São Paulo: LTr, 2002. p. 92-3.

A partir desse contexto é que se deve iniciar esta análise; caso contrário todo este processo interpretativo torna-se viciado, pois parte de uma premissa equivocada, que não corresponde à realidade brasileira, tendo em vista que não há liberdade plena e absoluta para os trabalhadores, regra geral, de buscarem seus direitos na Justiça do Trabalho. A propósito sustenta Antonio Gidi que “é lugar comum dizer que o indivíduo é demasiadamente frágil para enfrentar o réu, muito mais experiente, poderoso e rico”.⁽⁴⁵⁾

Esta análise, como dito, não pode deixar de ter início a partir das funções, dos objetivos e dos valores estabelecidos ao Estado brasileiro, consagrados no texto constitucional. Dispõe a Constituição Federal que o Estado brasileiro tem como objetivo assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, tendo como valores supremos a igualdade e a justiça. Em seu art. 1º estabelece como seus fundamentos a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho, tendo como objetivo a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, bem como buscar a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais (art. 3º da CF).

A partir dessas diretrizes estabelecidas ao Estado brasileiro, temos que buscar analisar qual o papel do Ministério Público neste contexto. Desde já, podemos afirmar que o Ministério Público não está à margem dessas funções destinadas ao Estado, pois cumpre também a ele buscar a efetiva concretização desses valores, desses objetivos e desses princípios fundamentais expressos na Constituição, conforme resta evidente pela leitura do art. 127, da Constituição:

“O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.” (grifei).

(45) GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de Processo Civil coletivo: a codificação das ações coletivas do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 225.

Por sua vez, o art. 129, inciso III, da Constituição atribui que uma das funções constitucionais do MP é a defesa de outros interesses coletivos, sendo estes os interesses individuais homogêneos por assumirem uma feição coletiva. Nesse sentido sustentam *Didier Jr. e Zaneti Jr.*:

“Denominam-se *direitos coletivos lato sensu* os direitos coletivos entendidos como gênero, dos quais são espécies: os direitos difusos, os direitos coletivos *stricto sensu* e os direitos individuais homogêneos.”⁽⁴⁶⁾

Sustenta *Schiavi* que o art. 129, inciso III, da CF atribui legitimidade ao MP para promover a ação civil pública para proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, sendo que outros interesses coletivos somente podem ser os individuais homogêneos. Argumenta, em suma, que quando há lesão individual homogênea há o interesse social que justifica a intervenção do MP.⁽⁴⁷⁾

Havendo lesão individual homogênea há o interesse social que justifica a intervenção do MP, conforme se pode extrair dos princípios norteadores da função institucional do Ministério Público, consagrados nos arts. 1º, 5º e 84, todos da Lei Complementar n. 75/93, correlacionados com os princípios e valores fundamentais trazidos na CF.

Portanto, a interpretação não pode ser restritiva, mas sim ampliativa, no sentido de ser sistemática, de acordo com os valores, funções, objetivos e fundamentos traçados ao Estado brasileiro em sintonia com as atribuições constitucionais dirigidas ao Ministério Público. *Bezerra Leite* sustenta que de acordo com uma interpretação extensiva e sistemática dos arts. 129, incisos III e IX e 127, ambos da CF, alargam-se o espectro da ação civil pública para a

(46) DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil*. Processo coletivo. v. 4, 4. ed. Salvador: Jus Podivm, 2009. p. 73.

(47) SCHIAVI, Mauro. *Manual de direito processual do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 1040-1041.

defesa dos interesses sociais, individuais indisponíveis e homogêneos.⁽⁴⁸⁾ Segundo *Antonio Gidi*, por muito tempo as interpretações específicas sobre a matéria foram interpretações estreitas e retrógradas, sustentando que nos processos coletivos a norma requer uma interpretação aberta e flexível:

“Hoje, tem sabor de lugar comum dizer que as leis processuais coletivas devem sempre ser interpretadas de forma criativa, aberta e flexível, evitando-se aplicações extremamente técnicas, incompatíveis com a tutela coletiva dos direitos transindividuais e individuais homogêneos.”⁽⁴⁹⁾

No plano infraconstitucional, a conclusão que podemos chegar é idêntica, de acordo com o disposto no art. 84 da Lei Complementar n. 75/93, ao dizer que incumbe ao MPT exercer as funções contidas também no título I, capítulo II da citada lei. Justamente no título I, capítulo II referido, precisamente nos arts. 6º a 8º estão arrolados os instrumentos de atuação de todos os ramos do MP, inclusive do Ministério Público do Trabalho, dentre os quais a ação civil pública, dispondo ser essa ação cabível para a defesa de outros interesses individuais indisponíveis, homogêneos e sociais.⁽⁵⁰⁾

Há também dissenso quanto à legitimidade do MPT por ser o interesse individual homogêneo divisível e em regra disponível. Todavia, conforme leciona *Schiavi*, o interesse individual homogêneo é uma subespécie de interesse transindividual, arrolado no art. 81 da Lei n. 8.078/90, tendo portanto feição coletiva.⁽⁵¹⁾ *Bezerra Leite* sustenta que a ação civil pública

visa proteger quaisquer interesses coletivos *lato sensu*. É concebida sob a perspectiva da função promocional do Estado contemporâneo, na defesa dos direitos sociais. A expressão “e de outros interesses difusos e coletivos”, contida no art. 129, III, da CF, comporta interpretação extensiva, compreendendo também outros direitos socialmente relevantes, como podem ser os direitos individuais homogêneos.⁽⁵²⁾

Outro argumento utilizado para afastar a legitimidade do MPT para a defesa dos interesses individuais homogêneos reside no fato de ser possível a ação individual para a busca deste direito. Todavia, este argumento não é científico, na medida em que as ações coletivas não têm a finalidade de substituírem as ações individuais, consoante se conclui pelas lições de *Didier Jr. e Zaneti Jr.*:

O fato de ser possível determinar individualmente os lesados não altera a possibilidade e pertinência da ação coletiva. Permanece o traço distintivo: o tratamento molecular, nas ações coletivas, em relação à fragmentação da tutela (tratamento atomizado), nas ações individuais. É evidente a vantagem do tratamento uno, das pretensões em conjunto, para obtenção de um provimento genérico.⁽⁵³⁾

Por óbvio, o direito poderá ser reivindicado individualmente pelo cidadão, mas isto não gera a impossibilidade do mesmo direito ser buscado por intermédio da ação civil pública, que tem como finalidade, dentre tantas, a agilização da justiça, a economia processual, a efetividade e a razoável duração dos processos ocasionada pela diminuição das ações individuais perante o Judiciário.

Não se pode esquecer que um dos maiores objetivos das ações coletivas na Justiça do Trabalho é facilitar o acesso do trabalhador à Justiça,

(48) BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. *Curso de direito processual do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2005. p. 897.

(49) GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de Processo Civil coletivo: a codificação das ações coletivas do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 162-163.

(50) Cf. BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. *Curso de direito processual do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2005. p. 898-899.

(51) SCHIAVI, Mauro. *Manual de direito processual do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 1040-1041.

(52) BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. *Curso de direito processual do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2005. p. 895.

(53) DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil*. Processo coletivo. v. 4, 4. ed. Salvador: Jus Podivm, 2009. p. 77.

evitando-lhe eventuais retaliações por parte do empregador. A ação coletiva é tida como uma garantia fundamental dos direitos individuais. Esse perfil leva em conta a proteção (prevenção) daqueles direitos e não apenas a reparação, cuja conclusão se extrai do disposto no art. 25, inciso IV, alínea “a”, da Lei n. 8.625/93 — LONMP.⁽⁵⁴⁾

Importante ressaltar também que o art. 21 da Lei n. 7.345/85, que disciplina a ação civil pública, de incontroversa aplicação no Processo do Trabalho, manda aplicar o título III do Código de Defesa do Consumidor no que couber. A propósito, lembram *Didier Jr. e Zaneti Jr.* que o art. 1º do CDC o define como norma de ordem pública e interesse social, enfatizando a sua eficácia sobre as demais normas integradoras do sistema.⁽⁵⁵⁾ Dentre as normas do título III está o art. 83, que justamente diz que para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este Código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.⁽⁵⁶⁾ A propósito da referida norma salienta *Marinoni*:

A norma do art. 83 do CDC, portanto, ao falar de ações capazes de propiciar a tutela efetiva dos direitos, quer dizer que o autor tem o direito de propor uma ação estruturada com técnicas processuais capazes de permitir o efetivo encontro da tutela do direito material.⁽⁵⁷⁾

Importante registrar que o Código de Defesa do Consumidor é plenamente aplicável às ações coletivas no âmbito da Justiça do Trabalho, pois conforme assevera *Antonio Gidi*:

(54) BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. *Curso de direito processual do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2005. p. 900 e 1047.

(55) DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil*. Processo coletivo. v. 4. 4. ed. Salvador: Jus Podivm, 2009. p. 48.

(56) BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. *Curso de direito processual do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2005. p. 907.

(57) MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil*. v.1: teoria geral do processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 288.

No sistema jurídico brasileiro é impossível comentar a LACP sem comentar também o CDC: trata-se de um sistema único, dividido em tutela de direitos transindividuais (difusos e coletivos) e individuais. Em verdade, um processo com o nome “ação civil pública” não existe. O que existe é uma ação com a natureza coletiva.⁽⁵⁸⁾

Didier Jr. e Zaneti Jr. asseveram que o Código de Defesa do Consumidor se tornou um verdadeiro “Código Brasileiro de Processos Coletivos”, um “ordenamento processual geral” para a tutela coletiva, sendo encarado como um microssistema processual para as ações coletivas.⁽⁵⁹⁾ Sustentam os referidos autores que de acordo com o princípio do microssistema, que dispõe a respeito da aplicação integrada das leis para a tutela coletiva, deverá prevalecer a interpretação sistemática, decorrente das regras do CDC e da LACP, tendo em vista que o CDC instituiu uma mudança legislativa no art. 21 da LACP, criando um microssistema autorreferencial para a tutela coletiva no direito brasileiro, tendo o CPC função meramente residual.⁽⁶⁰⁾

O sistema integrado Constituição Federal, Lei Orgânica do Ministério Público, Lei da Ação Civil Pública e Código de Defesa do Consumidor consagram o acesso coletivo dos trabalhadores à Justiça do Trabalho, mostrando-se um dos mais eficazes sistemas capazes de propiciar a adequada e efetiva tutela, via ação civil pública, de qualquer direito metaindividual dos trabalhadores, sendo, assim, o Ministério Público do Trabalho parte legítima para interpor ação civil pública (cuja ação não difere ontologicamente da ação civil coletiva) para defesa dos direitos individuais homogêneos dos trabalhadores.⁽⁶¹⁾ Este foi o entendimento extraído

(58) GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de Processo Civil coletivo*: a codificação das ações coletivas do Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 24.

(59) DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil*. Processo coletivo. v. 4. 4. ed. Salvador: Jus Podivm, 2009. p. 48.

(60) *Ibidem*, p. 123-124.

(61) BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. *Curso de direito processual do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2005. p. 900-901.

na 1ª Jornada de direito material e processual na Justiça do Trabalho, promovida em conjunto pela ANAMATRA, TST e ENAMAT, realizada no ano de 2007, que redundou no Enunciado n. 75, abaixo transcrito:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. LEGITIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. I – O Ministério Público do Trabalho detém legitimidade para defender direitos ou interesses individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum, nos exatos termos do art. 81, inciso III, do CDC. II – Incidem na hipótese os arts. 127 e 129, inciso III, da Constituição Federal, pois a defesa de direitos individuais homogêneos quando coletivamente demandada se enquadra no campo dos interesses sociais previstos no art. 127 da Magna Carta, constituindo os direitos individuais homogêneos em espécie de direitos coletivos *lato sensu*.

Portanto, os direitos transindividuais e individuais homogêneos exigem a reestruturação dos antigos conceitos de legitimidade, ligados ao processo civil clássico, concebidos para solucionar notadamente os conflitos individuais.⁽⁶²⁾

5. Conclusão

As ações coletivas estão consagradas, atualmente, como sendo um dos melhores e mais eficazes instrumentos de proteção dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Este fenômeno decorre de diversos fatores, mas principalmente do efeito concreto, pedagógico, profilático gerado no causador do dano, de um ilícito, em razão da junção de diversos cidadãos lesados, na busca dos seus direitos.

A tutela coletiva tem como atender de maneira satisfatória as demandas do mundo moderno, decorrentes da massificação dos conflitos, na medida em que o sistema processual individualista e patrimonialista consagrado no sistema processual brasileiro concebido por Alfredo Buzaid não se mostrou mais capaz de atender

essas novas demandas, esses novos direitos e esses novos conflitos do mundo globalizado.

Surgem as ações coletivas com o propósito primordial da prevenção e não meramente da reparação do Direito, com o intuito de prevenir a configuração do dano, de propiciar um maior e real acesso ao Judiciário, de ocasionar uma economia processual com a redução dos processos individuais. Todos estes propósitos caminham para atender ao fim constitucional de o Estado prestar uma tutela efetiva, adequada e concreta, em um prazo razoável que somente poderá ser atendido se realmente o Judiciário não estiver afogado em centenas de milhares de ações individuais com o mesmo objeto, que certamente poderiam estar concentradas em uma só ação coletiva.

No Processo do Trabalho esses fatores ficam ainda mais evidentes, tornando-se a ação civil pública, muitas vezes, o único meio real e concreto para que o trabalhador possa salvaguardar ou reivindicar um direito que está sendo lesado, em virtude da retaliação e da discriminação que este trabalhador poderá ser vítima, na hipótese de ousar reclamar individualmente um direito seu na Justiça do Trabalho. Afinal de contas, não vá se pensar que um trabalhador, com contrato de trabalho em vigor, irá ingressar com uma reclamatória trabalhista, por exemplo, para impedir que os seus registros de horário sejam alterados, para exigir o registro nos efetivos horários de início e término da jornada de trabalho ou para exigir que o trabalho não seja executado em condições insalutíferas. Pensar que isso é possível é apenas um exercício de retórica, que nada tem a ver com o dia a dia de grande parte dos trabalhadores brasileiros.

O Ministério Público, especialmente o Ministério Público do Trabalho na situação enfocada, assume papel relevante, na defesa dos valores constitucionais e no exercício das diretrizes que lhe foram traçadas na própria Constituição Federal, pormenorizadas em diversos textos infraconstitucionais. Cabe ao

(62) Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 100.

MPT a defesa dos direitos difusos e coletivos, mas principalmente a defesa dos direitos individuais homogêneos dos trabalhadores, não se mostrando razoável qualquer interpretação restritiva aos inúmeros textos legais, examinados ao longo deste breve ensaio, que evidenciam esta legitimidade, pois tal interpretação estará indo ao encontro principalmente do que dispõe a própria Constituição, quando estabelece os valores do Estado e as funções institucionais do Ministério Público.

6. Referências bibliográficas

- ALVIM, Arruda. Ação Civil Pública: sua evolução normativa significou crescimento em prol da proteção às situações coletivas. In: MILARÉ, Êdis (Org.). *A Ação Civil Pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. *Curso de direito processual do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2005.
- DELGADO, Mauricio Godinho. *Direito coletivo do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2003.
- DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual Civil*. Processo coletivo. v. 4, 4. ed. Salvador: Jus Podivm, 2009.
- FAVA, Marcos Neves. *Ação civil pública trabalhista*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2008.
- GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de Processo Civil coletivo: a codificação das ações coletivas do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil*. v. 1: teoria geral do processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- _____. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- _____. *A tutela inibitória*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- MELO, Raimundo Simão de. *Ação civil pública na justiça do trabalho*. São Paulo: LTr, 2002.
- MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002 (Coleção Temas atuais de direito processual civil; v. 4).
- PÉRISSE, Paulo Guilherme Santos. Interesses tuteláveis por meio da Ação Coletiva. In: RIBEIRO JÚNIOR, José Hortêncio; CORDEIRO, Juliana Vignoli; FAVA, Marcos Neves; CAIXETA, Sebastião Vieira (Org.). *Ação coletiva na visão de juízes e procuradores do trabalho*. São Paulo: LTr, 2006.
- SCHIAVI, Mauro. *Manual de direito processual do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009.
- SÜSSEKIND, Arnaldo et al. *Instituições de direito do trabalho*. v. 2. 19. ed. São Paulo: LTr, 2000.
- TOLEDO FILHO, Manoel Carlos. *Fundamentos e perspectivas do processo trabalhista brasileiro*. São Paulo: LTr, 2006.

Práticas behavioristas e dignidade do empregado: um estudo de caso no Brasil

Antônio Nunes Pereira^(*) e Cíntia Aparecida Nunes Pereira^(**)

Resumo:

- ▶ O discurso motivacional é utilizado por algumas empresas para disciplinar os empregados que não alcançam as “metas” por elas estabelecidas. A partir do poder há a imposição do reforço negativo no meio ambiente de trabalho. Há argumentos jurídicos que possibilitam questionar práticas behavioristas (comportamentais), ditas motivacionais, à luz da dignidade do empregado. O presente artigo, de natureza documental e crítico/reflexiva, discutiu o uso de fantasias vexatórias como instrumento motivacional sob perspectiva multidisciplinar da gestão de pessoas, psicologia e direito. A relevância do debate reside na crescente difusão de práticas de constrangimento de o empregado, a exemplo, a instalação de câmeras de vigilância em sanitários e a execução de tarefas vexatórias, ambas justificadas nos poderes que o empregador possui de disciplinar, fiscalizar e organizar a empresa. Após o estudo é possível documentar alguns limites legais que os gestores de pessoas devem atentar quando escolherem práticas motivacionais conflitantes com a dignidade do empregado.

Palavras-Chave:

- ▶ Dignidade do empregado — teoria da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas — práticas behavioristas de gestão.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Descrição do caso
- ▶ 3. Poder diretivo
- ▶ 4. Práticas behavioristas de gestão
- ▶ 5. Direitos fundamentais
- ▶ 6. Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas
- ▶ 7. Dignidade do empregado
- ▶ 8. Considerações finais
- ▶ 9. Referências bibliográficas

(*) Mestre em Gestão e Estratégia em Negócios pela UFRRJ.

(**) Mestranda em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória.

Abstract:

- The motivational speech has been being used by some companies to discipline the employees who do not reach the “goals” for them established. From the power there is the imposition of penalties of work. There are juridical arguments that enable question motivational practices (behavioral), disciplinarian told, under the employee dignity concept. The present article aims to discuss the effectiveness theory of the fundamental rights in the relations private under the delimitation of an decision of an Brazilian Labour Court contrary to the fantasies utilization as discipline instrument. The present article of documental nature and critic-reflexive argued the humiliating fantasies use as a discipline instrument under diferents perspectives of human resources management, psychology and law. Relevance of theme is in the constraint practices increasing diffusion of the employee like videos of vigilance in toilets and humiliating pratices under the argument of being motivational practices. After the study is possible to document some law and regulatory limits that the managers should pay attention for behavioral practices adoption as occur shocks with employee’s dignity.

Key-words:

- Employee’s dignity — Effectiveness theory of the fundamental rights in the private relations — behavioral management practices.

1. Introdução

A observação de conflitos nas organizações é cada vez mais recorrente e caracterizável. É fato que o discurso motivacional tem sido utilizado por algumas empresas para disciplinar os empregados que não alcançam as “metas” por elas estabelecidas. Dessa feita, a partir do poder, há a imposição do reforço negativo no meio ambiente de trabalho. Há argumentos jurídicos que possibilitam questionar práticas behavioristas (comportamentais), ditas motivacionais, à luz da dignidade do empregado. O trabalho irá apresentá-los no âmbito da discussão.

A gestão de pessoas recepcionou há tempos aspectos dos estudos psicológicos para alcance de seus objetivos, sendo destacável a presença de Skinner. Esse autor estudou o comportamento condicionado e sua relação com o reforço negativo, elemento central da discussão do estudo. Adentrar na discussão dos limites legais da utilização do método, dito motivacional, o qual em alguns casos chega a ser vexatório, é o cerne da pesquisa. Uma síntese do pensamento é apresentada:

Focando apenas comportamentos observáveis, afirma [-se] que o comportamento condicionado se dá em consequência do reforço. Se uma determinada ação for recompensada, então a chance de que essa ação seja repetida aumenta. A ausência de qualquer recompensa reduz a probabilidade de que a ação seja repetida, como ocorre com a punição; mas esta tende a gerar medo ou ansiedade e conseqüentemente um comportamento de fuga (COHEN e FINK, 2003. p. 153).

A abordagem teórica da pesquisa contempla elementos de gestão de pessoas, psicologia e direito. Em especial são utilizados os conceitos de reforço negativo e a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. A relevância da discussão reside na contemporaneidade de diálogos entre várias disciplinas (administração, psicologia e direito). E, ainda, na crescente difusão de práticas de constrangimento de o empregado, a exemplo, a instalação de câmeras de vigilâncias em sanitários e a execução de tarefas vexatórias, ambas justificadas nos poderes

que o empregador possui de disciplinar, fiscalizar e organizar a empresa.

O presente artigo tratará de uma decisão da justiça trabalhista contrária à utilização de fantasias como instrumento motivacional. A decisão foi proferida pelo Tribunal Superior do Trabalho, em 2009. No caso em tela, observa-se o possível conflito entre a dignidade do empregado e práticas behavioristas de gestão. Assim, o estudo levanta o seguinte questionamento: Como medida motivacional, fere a dignidade do empregado obrigá-lo a se fantasiar no meio ambiente de trabalho?

O estudo possui atributos de pesquisa exploratória, a qual tem por finalidade tornar familiar o problema. As fontes textuais bibliográficas e as fontes documentais serão as utilizadas. Ainda, o trabalho possui atributo crítico/reflexivo e priorizou o diálogo multidisciplinar entre a gestão de pessoas, direito e psicologia, a partir das práticas de reforço negativo (CIRIBELLI, 2003); (GIL, 2002); (MARTINS E THEÓFILO, 2007); (MORIN; CIURANA e MOTTA, 2003).

2. Descrição do caso

O recurso de revista foi julgado pela terceira turma do Tribunal Superior do Trabalho, em 2009. O reclamante (empregado) alega ter sofrido assédio moral quando exercia o cargo de vendedor na Companhia de Bebidas das Américas (AMBEV).

Consta que os vendedores eram obrigados a se fantasiar no meio ambiente de trabalho quando a meta de vendas não era alcançada. Ainda, consta do julgado, que a conduta atendia a suposto método motivacional promovido pela gerência de vendas.

Assim, o reclamante teria sido obrigado a vestir “saia [vestimenta do gênero feminino], [a usar] capacete com chifres, perucas coloridas, batom e a desfilar nas dependências da empresa, além de ser alvo de xingamentos advindos dos superiores e gerentes”, por mais de três vezes (BRASIL, 2009).

O referido tribunal manteve a condenação da empresa, ao pagamento do valor arbitrado

pelo juízo de primeiro grau, em R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais), em decorrência do assédio moral causado ao empregado e do fim pedagógico a que se destina a indenização por danos morais, ou seja, que a punição elimine a conduta ofensiva.

3. Poder diretivo

O poder é o meio utilizado para resolver os conflitos de interesses. Na Antiguidade Romana a direção da pessoa pertencia ao *pater familias*. Na economia medieval, a relação de poder foi vislumbrada pelos vestígios deixados pela escravidão e, ainda, pelas corporações de ofício (mestre e aprendiz). Já no contexto liberal o detentor do capital teria a faculdade de exercer o poder de direção. Assim, “o fenômeno social apresenta, portanto, desde os primórdios duas manifestações: a da força, da autoridade, do poder, e da liberdade, da resistência” (BARROS, 2007).

O poder diretivo é a autorização ou faculdade que o empregador possui para disciplinar a atividade de trabalho. Há três correntes justificadoras da existência do mesmo: a) para a teoria da propriedade privada o empregador possui o poder diretivo por ser o proprietário da empresa; b) a teoria institucional analisa a empresa a partir de um contexto político e social — visão comunitária; c) já a teoria contratual informa que o poder advém do contrato no qual o empregador assume a postura de organizar e disciplinar o trabalho.

O titular do poder diretivo é o empregador ou os seus prepostos. Rodriguez se utiliza do princípio da razoabilidade para identificar o seu âmbito de alcance. Segue pontual análise para a presente abordagem do tema:

As faculdades patrimoniais não são concedidas para a arbitrariedade nem para que se cometam injustiças ou discriminações pessoais. O poder diretivo da empresa se legitima, na medida em que cada empresa deve ser conduzida e orientada, com um sentido de unidade, para a obtenção de seu fim econômico, que é o que justificou sua existência.

Mas não pode servir de vinganças nem perseguições pessoais, nem para a atuação caprichosa ou irracional (PLÁ RODRIGUES, 2000).

Os teóricos em organização, afirmam que o poder se caracteriza como a habilidade de conseguir que a pessoa faça algo que, de outra forma, não seria realizado (MORGAN, 1996). Dessa feita, no caso em análise, o empregador se utilizou do discurso motivacional para impor aos empregados o cumprimento de uma meta de vendas.

Os métodos coletivos constrangedores no meio ambiente de trabalho caracteriza o que a literatura denomina *mobbing* (do inglês *to mob*: maltratar, atacar). Ele “corresponde às perseguições coletivas e à organização, mas que podem incluir desvios que, progressivamente, transformam-se em violência física” (HIRIGOYEN, 2006. p. 78). No caso em análise, vislumbra-se a extrapolação do poder diretivo ao promover atividades coletivas não razoáveis (vexatórias) no meio ambiente de trabalho.

4. Práticas behavioristas de gestão

As práticas behavioristas de gestão, aos que as defendem, se legitimam pela motivação humana. Todavia, as “pressões psicológicas relacionadas aos novos métodos de gestão” são cada vez mais observáveis no meio ambiente de trabalho (HIRIGOYEN, 2006. p. 43).

A utilização de fantasias vexatórias como estímulo é mecanismo que se amolda à Teoria do Incentivo. Segundo a teoria “os estímulos externos motivam o indivíduo a executar uma ação para alcançar metas desejadas ou evitar situações indesejáveis” (HUFFMAN; VERNROY; VERNROY, 2003).

A teoria citada pertence à Escola Behaviorista ou Comportamental. A Escola surgiu nos Estados Unidos com John Watson (1878-1958). “A psicologia, para Watson, deveria ser a ciência do comportamento, um ramo experimental objetivo” (KAHHLE, 2008). Segue explicação:

[Os estudiosos da escola] acreditam que todo comportamento pode ser observado

como resposta a um estímulo (um objeto ou evento interno ou externo que estimule ou cause uma resposta do organismo). B. F. Skinner, um dos behavioristas mais conhecidos, estava convencido de que podemos usar a abordagem behaviorista para modelar o comportamento humano e, desse modo, modificar o presente curso negativo (assim percebido por ele) da humanidade (HUFFMAN; VERNROY; VERNROY, 2003. p. 47).

Dessa feita, pela aprendizagem, o empregado saberia de antemão qual seria o estímulo disciplinar aplicado caso a meta de vendas não fosse alcançada. Ele teria de vestir “saia [vestimenta do gênero feminino], [usar] capacete com chifres, perucas coloridas, batom e a desfilar nas dependências da empresa, além de ser alvo de xingamentos advindos dos superiores e gerentes”. Ou seja: se transformar em motivo de zombaria no meio ambiente de trabalho.

A psicologia denomina reforço negativo o citado fenômeno. Assim, o empregado era estimulado a atingir a meta de vendas a fim de se afastar da imposição. Segue analogia, indispensável ao entendimento do fenômeno: “nos estudos de laboratório muitas vezes se treinam ratos brancos para que pulem, corram, pressionem uma barra, etc., em situações em que a única recompensa é fugir de intensidades incômodas de choque elétrico ou de outra estimulação intensa” (KELLER, 1973. p. 17).

A desconsideração da identidade dos empregados se amolda ao que Freire denominou “ação antidialógica”. Para ele, “toda dominação implica uma invasão, não apenas física, em que o invasor se apresenta como amigo. [A] invasão é uma forma de dominar econômica e culturalmente o invadido” (FREIRE, 2005. p. 174).

Posto isso, pode-se questionar a conduta da gerência, a partir da reflexão de Morgan. Para o autor, “poder e influência frequentemente tendem a guiar “geniozinhos” que parecem capazes de captar as preocupações dominantes ou de abrir novos caminhos à fama e riqueza

da organização” (1996. p. 348). Assim; tão somente preocupado com o lucro, em detrimento das pessoas (CHOMSKY, 2002), o empregador cometeu conduta deplorável [invasão camuflada, conforme Freire] ao expor o empregado à chacota pública.

Na relação de emprego, “não estão [...] patrões e empregados como um comerciante que vende e um freguês que compra, mas como seres” (REALE, 2002. p. 353). Portanto, a irradiação da norma constitucional no meio ambiente de trabalho se faz necessária a fim de não autorizar que o empregador crie situação em desacordo com a proteção dos direitos fundamentais do empregado.

Do julgado, ora analisado, restou demonstrado que o empregador expunha os empregados à situação vexatória se a meta empresarial de vendas não fosse cumprida. Dessa forma, o direito entra, por assim dizer, como um contraponto ao quadro de retórica por vezes politicamente correta, embebecida com práticas que beiram à criminalidade:

No interior das empresas, escritórios, no chão de fábrica e mesmo em reuniões técnicas — de valorização de pessoas — é continuamente substituído pelo relacionamento indiferente, pressão excessiva, assédio moral, acesso privilegiado a informações e abuso do poder hierárquico. [...] Os delitos de relacionamento vão desde ameaças de demissão [...], passando por omissão de informações sobre os riscos da tarefa, gritos ao solicitar algo ou simplesmente como forma comum de abordagem aos subordinados, xingamentos com expressões grosseiras e desqualificação, de modo preconceituoso, por racismo, rejeição à formação profissional ou simplesmente antipatia pessoal. Todas essas ações geram impactos na autoestima e autonomia das pessoas, criando um ambiente de medo e violência, são crimes e delitos na gestão de pessoas (2006. p. 108).

Assim, o presente trabalho traz à relação de emprego a discussão do reforço negativo. Motivar

os empregados, a partir de vestimentas vexatórias e outras, quando a meta de vendas não é atingida, poderia ser considerado pela autora como mais um exemplo de crime na gestão de pessoas por se tratar de situações humilhantes.

Espera-se, então, desse diálogo salutar entre administração, direito e psicologia informações relevantes para a tutela do meio ambiente de trabalho, a melhoria da tomada de decisão nas empresas e documentar novos fenômenos, bem como vislumbrar novas fronteiras de pesquisa para a temática de gestão de pessoas e comportamento organizacional.

5. Direitos fundamentais

Os direitos fundamentais representam um conjunto de valores positivados por determinado Estado. Esses direitos, por serem essenciais ao homem, são indisponíveis (FABRIZ, 2006. p. 16).

A definição de *Sarlet* sobre os direitos fundamentais será a utilizada no trabalho. O doutrinador afirma que a denominação “direitos fundamentais se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado” (SARLET, 2007. p. 34).

A fim de facilitar o estudo constitucional, a doutrina aponta três fases dos direitos fundamentais, a partir do contexto histórico de sua positivação. Alerta-se que a classificação é meramente didática por não ter ocorrido separação estanque entre elas.

A primeira dimensão é reconhecida pelo predomínio da positivação de direitos tidos de matriz individual (direito de liberdade formal e propriedade). A característica marcante dessa face é a não intervenção do Estado no agir dos homens (caráter negativo). A segunda dimensão é marcada pela intervenção do Estado em prol da igualdade. Há o agir rumo à garantia da igualdade material aos membros da sociedade (caráter positivo). Os direitos de terceira dimensão “trazem como nota distintiva o fato de se desprenderem, em princípio, da figura do homem-indivíduo como seu titular”. Trata-se dos

direitos difusos, a exemplo, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (SARLET, 2007, p. 56).

A luta pelo reconhecimento e efetivação dos direitos fundamentais deve ser uma constante, desrespeitá-los ou ignorá-los significará afronta direta à Constituição vigente. A Carta sonhada pela sociedade e concretizada, em texto, por um constituinte originário preocupado em proteger a dignidade humana, fundamento do Estado Democrático de Direito, a partir da máxima (imediate) eficácia desses direitos. Nesse contexto a empresa deve articular esse pacto social. Aqui se insere a fundamentalidade do direito fundamental ao trabalho digno.

No mesmo sentido, Bobbio afirma a importância dos direitos fundamentais para o homem numa sociedade democrática: “a democracia é a sociedade dos cidadãos, e os súditos se tornam cidadãos quando lhes são reconhecidos alguns direitos fundamentais” (2004. p. 21).

6. Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas

A discussão da teoria da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas se faz necessária, pois o Estado não é o único detentor de poder numa sociedade (FOUCAULT, 2008). É fato que a identificação de inimigo e vítima pode se tornar difícil (SANTOS, 2007. p. 29), todavia, do estudo fica evidenciado quem é o opressor e o oprimido.

O estudo da teoria é recente no Brasil, o que traz uma possível dificuldade de divulgação desses conceitos no âmbito da gestão de pessoas, primeiro pela “barreira de vidro” que separa advogados e gestores de pessoas. Ademais, por se tratar de conceito que aparentemente não fora recepcionado por completo no país. O debate sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas iniciou-se na Alemanha na década de 50. Silva pontua o giro paradigmático trazido pela teoria:

Uma das principais mudanças de paradigma que, no âmbito do direito constitucional,

foram responsáveis pelo reconhecimento de uma constitucionalização do direito e, sobretudo, de um rompimento nos limites de produção de efeitos de direitos fundamentais somente à relação Estado-cidadãos foi o reconhecimento de que, ao contrário do que uma arraigada crença sustentava, não é somente o Estado que pode ameaçar os direitos fundamentais dos cidadãos (SILVA, 2005. p. 54).

Sarmiento (2006) esclarece que a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas recebeu na doutrina diversas designações: eficácia entre terceiros, eficácia dos direitos fundamentais frente a particulares, eficácia externa, eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas, validade dos direitos fundamentais nas relações entre particulares e, ainda, vinculação de particulares, entidades privadas aos direitos fundamentais. Eficácia entre terceiros é a expressão consagrada na Alemanha, já nos Estados Unidos privatização dos direitos humanos.

Sobre o assunto, basicamente, os teóricos se dividem em três correntes: há os defensores da não vinculação dos direitos fundamentais nas relações privadas, tese majoritária no direito estadunidense. Já os defensores da teoria da eficácia externa mediata, dominante na Alemanha, afirmam o direito dos indivíduos à renúncia de direitos fundamentais nas relações privadas, não renunciáveis frente ao Estado. Noutra perspectiva, os defensores da teoria da eficácia externa imediata informam que os direitos fundamentais vinculam a todos, independentemente de qualquer atuação do legislador (CANARIS, 2003. p. 53).

Em citação à Lei Fundamental de Bonn, *Sarmiento* conclui que, apesar das liberdades econômicas terem proteção constitucional, a dignidade humana é valor superior a elas. E, ainda, sobre a teoria da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, após um desabafo sobre a realidade da sociedade brasileira, afirma não ter dúvidas, a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas é imediata:

[a] e elite brasileira é uma das mais atrasadas do mundo, e nossas instituições sociais ainda preservam um ranço do passado escravocrata do país. Somos o país do “elevador de serviços” para pobres e pretos; do “sabe com quem está falando?”; dos quartos de empregada sem ventilação, do tamanho de armários, nos apartamentos da classe média, reprodução contemporânea do espírito da “casa-grande e senzala” (2006. p. 174 e 239).

O trabalho possui uma dimensão social útil, assim a tutela do trabalhador possui parâmetros legais e éticos (FABRIZ, 2006. p. 32). Ora, é provável que ocorra o abuso de poder na relação de emprego. Por isso, se faz necessária à proteção da personalidade, liberdade e dignidade do empregado com a irradiação da norma constitucional nessa instância de poder.

7. Dignidade do empregado

Bauman (2007), na leitura pós-moderna, afirma que a Constituição não mais se legitima face aos caprichos do mercado, daí a necessidade de uma nova legitimidade a respaldar esses tempos líquidos. Não obstante essa defesa, a dignidade da pessoa humana é um fundamento valorativo o qual deve ser observado pelo Estado e pelo particular rumo à concretização (efetivação) da Carta de 1988.

A dignidade humana é atualmente parâmetro interpretativo nos Estados democráticos. Para *Barcellos* (2002), o constituinte originário esteve atento ao fundamento da dignidade humana, “a Constituição de 1988 efetivamente ocupou-se das condições materiais de existência dos indivíduos, pressuposto de sua dignidade, dedicando-lhe considerável espaço no texto constitucional”. Segue definição:

Dignidade da pessoa humana é a qualidade intrínseca e distintiva em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e

qualquer ato de cunho degradante e desumano, que venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos (SARLET, 2004. p. 60).

Assim, a dignidade do empregado não pode ser dissociada da dignidade humana, pois apenas o trabalho digno possibilita a construção de uma identidade social do trabalhador (DELGADO, 2006. p. 209). No mesmo sentido, Gomes afirma a necessidade da concretização da dignidade do trabalhador a partir da “identificação do indivíduo como um ser dotado de dignidade própria, esta sua característica essencial não pode mais ser vista apenas de maneira abstrata, como um qualificativo atemporal” (2008. p. 5).

A origem do direito do trabalho está ligada à Revolução Industrial. As doutrinas socialistas e do cristianismo iniciaram as discussões sobre a realidade indigna dos trabalhadores. Neste período, há a denúncia de um ambiente livre à lei da oferta e da procura:

A história do movimento operário é uma lição de sociologia que nos fornece a precisa ideia do grupo social oprimido. O envelhecimento da taxa salarial, o prolongamento da jornada de trabalho, o livre jogo da lei da oferta e da procura, o trabalho do menor de seis, oito e dez anos, em longas jornadas, e o da mulher em idênticas condições criaram [...] um estado no qual as condições de vida social se uniformizaram no mais ínfimo nível (GOMES; GOTTSCHALK, 2005. p. 2).

A doutrina de Karl Marx afirma ser a partir da produção que o homem se humaniza. Todavia, com o surgimento da propriedade privada a exploração dos proprietários face os não produtores os limitam e os desumanizam. Assim, eles só se sentem vivos novamente quando não estão no trabalho (BARBOSA; OLIVEIRA; QUITANDEIRO, 1995). Posto isso, o direito do trabalho surge com a missão de minimizar

a desigualdade existente entre empregador e empregado. O sistema de metas, implantado a partir de reforço negativo, vai de encontro a essa proteção.

A conduta motivacional narrada demonstra “que o trabalho, apesar de dominar cada vez as vidas das pessoas, está a desaparecer das referências éticas que dão suporte à autonomia e à autoestima dos sujeitos” (SANTOS, 2007. p. 36). A indignidade do trabalho não deve ser justificada por fins econômicos. O valor social do trabalho se mostra como “freio à exploração capitalista” da dignidade humana do trabalhador, fundamento da República (CALVET, 2006. p. 15). Ademais, o meio ambiente do trabalho deve propiciar o respeito aos direitos humanos, os quais são corolários dos princípios fundamentais da cidadania e da dignidade humana (LEITE, 2003).

O empregado não pode ser visto como uma ferramenta de trabalho a desempenhar função sem importância alguma. O poder do empregador não pode servir de vetor interpretativo a afastar a dignidade do empregado ao lhe impor vestimentas vexatórias em razão do não cumprimento de uma meta. Nesse caso, o estímulo negativo se mostrou inadequado, em cristalina desconsideração do valor social do trabalho e da dignidade humana do emprego.

8. Considerações finais

Da análise ficou demonstrado que o empregador se utilizou do poder diretivo para expor os empregados à situação vexatória. A conduta é, ainda, preocupante por utilizar o meio ambiente de trabalho como laboratório para a experimentação de práticas de constrangimento e violação da dignidade da pessoa humana.

A eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas se justifica, pois há evidências que o Estado não é o único a lesar os direitos fundamentais dos indivíduos. Atualmente, não é possível antecipar quem é o déspota. Assim, os profissionais e estudiosos da gestão de pessoas devem redobrar os cuidados na aplicação de práticas behavioristas de gestão, em

especial do estímulo negativo, como vetores motivacionais a negar a dignidade do empregado.

9. Referências bibliográficas

BARBOSA, Maria Lúcia de Oliveira; OLIVEIRA, Márcia Gardência de; QUITANDEIRO, Tânia. *Um toque de clássicos: Durkheim, Marx e Weber*. Belo Horizonte: UFMG, 1995.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROS, Alice Monteiro. *Curso de direito do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2007.

BAUMAN, Zygmunt. *Tempos líquidos*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007.

BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. *Direito e processo do trabalho: na perspectiva dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos direitos*. Trad. Regina Lyra. 9. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. O sistema de metas. Recurso de Revista n. 985/2006-025-03.00. Companhia de Bebidas das Américas — Ambev e Cláudio Márcio de Souza Furtado. Ministro Relator: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira. 22 maio 2009. In: *Pesquisa jurisprudencial*. Disponível em: <<http://br02.tst.jus.br/cgi-bin/nph-brs?s1=4753682.nia.&u=/Brs/it01.html&p=1&l=1&d=blnk&f=g&r=1>> Acesso em: 10 jul. 2009.

CALVET, Otavio Amaral. *Direito ao lazer nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2006.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003.

CHOMSKY, Noam. *O lucro ou as pessoas? neoliberalismo e ordem global*. Trad. Pedro Jorgensen. 3. ed. Rio de Janeiro, 2002.

CIRIBELLI, Marilda Corrêa. *Como elaborar uma dissertação de mestrado através da pesquisa científica*. Rio de Janeiro: 7 Letras, 2003.

COHEN, Allan R.; FINK, Stephen. *Comportamento organizacional: conceitos e estudos de casos*. 7. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2003.

DELGADO, Gabriela. *Direito fundamental ao trabalho digno*. São Paulo: LTr, 2006.

- FABRIZ, Daury César. A crise do direito fundamental ao trabalho no início do século XXI. *Revista de direitos e garantias fundamentais*, Florianópolis, Boiteux, p. 15-38, 2006.
- FREIRE, Paulo. *Pedagogia do oprimido*. 47. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2005.
- FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Trad. Roberto Machado. 26. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2008.
- GIL, Antonio Carlos. *Como elaborar projetos de pesquisa*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- GOMES, Fábio Rodrigues. *O direito fundamental ao trabalho: perspectivas histórica, filosófica e dogmático-analítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. *Curso de direito do trabalho*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- HIRIGOYEN, Marie-France. *Mal-estar no trabalho: redefinindo o assédio moral*. Trad. Rejane Janowitz. 3. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006.
- HUFFMAN, Karen; VERNON, Mark; VERNON, Judith. *Psicologia*. Coordenação da tradução Maria Emilia Yamamoto. São Paulo: Atlas, 2003.
- KAHHALE, Edna Maria Peters. Behaviorismo radical: origens e fundamentos. In: *A diversidade da psicologia: uma construção teórica*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2008.
- KELLER, Fred. S. *Aprendizagem: teoria do reforço*. Trad. Rodolpho Azziz; Lea Zimmerman. São Paulo: E.P. U, 1973.
- LIMONGI-FRANÇA, Ana Cristina. *Comportamento organizacional*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- MARTINS, Gilberto de Andrade; THEÓPHILO, Carlos Renato. *Metodologia da investigação para ciências sociais aplicadas*. São Paulo: Atlas, 2007.
- MORGAN, Gareth. *Imagens da organização*. Trad. Cecília Whitaker Bergamini e Roberto Coda. São Paulo: Atlas, 1996.
- MORIN, Edgar; CIURANA, Emílio-Roger; MOTTA, Raúl Domingo. *Educar na era planetária: o pensamento complexo como método de aprendizagem pelo erro e incerteza humana*. São Paulo: Cortez, 2003.
- PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Princípios de direito do trabalho*. 3. ed. Trad. Wagner D. Gigilo. São Paulo: LTr, 2000.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Poderá o direito ser emancipatório?* Florianópolis: Boiteux, 2007.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- _____. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005.

A cláusula penal no direito desportivo: sua adequada aplicação

Sandra Mara Freitas Alves^(*)

Resumo:

- ▶ O direito desportivo tem dado ensejo a calorosos debates, mormente no que se refere à aplicação obrigatória da cláusula penal. Doutrina e jurisprudência descobrem-se divergentes quanto ao tema. E é a partir desse panorama que o texto analisará a adequada aplicação da cláusula penal, nos contratos dos atletas profissionais do futebol, tal como é proposta pela Lei do Desporto. Para enriquecer a discussão, traremos ao texto posições doutrinárias, bem como, a evolução jurisprudencial acerca do tema. Sublinhamos, por fim, que a aplicação da cláusula penal deve passar por adequações, de modo a não se afastar dos princípios que orientam o Direito do Trabalho, buscando, assim, a efetivação da justiça social.

Palavras-Chave:

- ▶ Direito desportivo — cláusula penal — direito do trabalho — atleta profissional do futebol.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Antigo passe e cláusula penal
- ▶ 3. Interpretando o art. 28 da Lei Pelé: unilateralidade ou bilateralidade da cláusula penal
- ▶ 4. Evolução jurisprudencial
- ▶ 5. A cláusula penal no direito civil
- ▶ 6. A cláusula penal no direito desportivo
- ▶ 7. Considerações finais
- ▶ 8. Referências bibliográficas

(*) Advogada. Mestre em Direito Internacional pela Universidade do Arizona (EUA), James & Rogers College of Law. Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Universidade Cândido Mendes.

1. Introdução

O presente artigo tem por objetivo suscitar a reflexão acerca da cláusula penal nos contratos do jogador profissional de futebol. É sabido que a Lei n. 9.615/98 (a chamada Lei Pelé) em seu art. 28, *caput*, prevê a obrigatoriedade de estipulação da cláusula penal, a ser aplicada nas hipóteses de descumprimento, rompimento ou rescisão unilateral do contrato estabelecido entre o atleta e a entidade desportiva. No entanto, calorosas discussões têm se estabelecido a respeito da aplicação de tal cláusula; entre elas sobre a unilateralidade ou bilateralidade de sua aplicação.

Se de um lado há os que sustentam a unilateralidade, sobre o argumento de que a cláusula tem a finalidade de ressarcimento pelos investimentos do clube na formação do atleta; por outro lado, há os que entendem que a unilateralidade fere o caráter isonômico dos contratos e, por isso, defendem a bilateralidade de sua aplicação.

O percurso desenvolvido será o de análise sistemática da lei, bem como o de investigação da evolução jurisprudencial e doutrinária sobre o tema. A discussão também versará sobre a natureza jurídica da cláusula penal no ordenamento jurídico pátrio e a finalidade a que esta se propõe. Os últimos tópicos refletem sobre a adequação da cláusula nos contratos do jogador de futebol frente aos princípios que regem o Direito do Trabalho e, ainda, a possibilidade de ajuste da cláusula ao caso concreto, pelos operadores do direito, de modo a promover a justiça social.

2. Antigo passe e cláusula penal

O contrato de trabalho do atleta, nos termos do art. 28 da Lei Pelé, deverá conter, obrigatoriamente, cláusula penal para as hipóteses de descumprimento, rompimento ou rescisão unilateral do ajuste. A discussão, frequentemente travada nas Cortes Trabalhistas, gira em torno da aplicação ou não da cláusula penal, devida no rompimento do contrato, por iniciativa de

qualquer uma das partes e não apenas quando o desligamento seja de iniciativa do atleta. Imprescindível trazer à discussão a antiga Lei do Passe, para que se possa ter um melhor entendimento da questão.

O passe foi regulamentado pela Lei n. 6.354/76 (lei parcialmente revogada) a qual vinculava o atleta de futebol ao clube, remuneradamente e mediante contrato de trabalho por tempo determinado.

O passe desportivo encontra definição jurídica no art. 11 da Lei n. 6.354/76, assim dispondo:

Art. 11: Entende-se por passe a importância devida por um empregador a outro, pela cessão do atleta durante a vigência do contrato ou depois de seu término, observadas as normas desportivas pertinentes.

Na antiga sistemática, o passe persistia mesmo depois de extinto o vínculo empregatício, em flagrante afronta à liberdade de contratar. Por ocasião do termo do contrato, o clube que quisesse contratar o jogador teria que indenizar o clube de origem e como a lei não impunha limites ao *quantum* a ser estabelecido, os clubes tinham por costume arbitrar vultosas quantias e sem que estivessem obrigados a remunerar o jogador, o qual ficava sem exercer seu ofício e privado dos meios de prover seu sustento e de sua família⁽¹⁾.

Tal dispositivo tinha o objetivo de compensar os investimentos, efetuados pelo clube, na preparação de determinado atleta. Contudo, a Lei Pelé aboliu o instituto, por isso ficou conhecida como “lei da alforria”, posto que o atleta ficou livre para contratar com outro clube, sem que a este restasse a obrigatoriedade do passe. Assim, se o passe era importância devida pelo empregador (durante e após o término do contrato), indene de dúvida que sua extinção desobriga o empregador desse pagamento quando da transferência do atleta para outro clube. Entretanto, a mera extinção do passe colocaria o clube,

(1) MARTORELLI, Rinaldo José. A cláusula penal desportiva sob uma ótica democrática. In: CAPUTO BASTOS, Guilherme Augusto (Coord.). *Atualidade sobre direito esportivo no Brasil e no mundo*. Dourados: Seriemá, 2009.

que investiu no atleta em situação de desabrigo, em relação aos investimentos perpetrados na preparação do atleta e possível rompimento precoce do contrato, sem que o clube tivesse o devido retorno de seu investimento. Assim, a Lei Pelé (art. 28) instituiu a cláusula penal. Em outras palavras, o atleta torna-se livre para se desligar do clube, porém deve recompensá-lo (clube) pelos investimentos despendidos na sua preparação.

3. Interpretando o art. 28 da Lei Pelé: unilateralidade ou bilateralidade da cláusula penal

A cláusula penal, como dito anteriormente, surgiu com o advento da Lei Pelé, que traz em seu art. 28 a seguinte redação:

Art. 28, *caput*: A atividade do atleta profissional, de todas as modalidades desportivas, é caracterizada por remuneração pactuada em contrato formal de trabalho firmado com entidade de prática desportiva, pessoa jurídica de direito privado, que deverá conter, obrigatoriamente, cláusula penal para as hipóteses de descumprimento, rompimento ou rescisão unilateral.

Com a promulgação da Lei Pelé, o instituto do passe restara suprimido, sendo certo que os contratos entre o jogador profissional e a entidade contratante passaram a ser regidos pela nova lei. Assim, a cláusula penal surge como sucedânea do passe desportivo. A discussão, tanto doutrinária quanto jurisprudencial, gira em torno da aplicação da cláusula penal: se cabe ser aplicada a qualquer das partes que der causa à extinção do contrato, ou se cabe apenas quando a extinção do contrato for perpetrada pelo praticante desportivo.

Duas correntes doutrinárias se formaram em torno da questão: uma corrente ampliativa, que defende a bilateralidade da aplicação da cláusula penal e uma corrente restritiva, que defende a aplicação unilateral do instituto.

De acordo com a corrente ampliativa, a cláusula penal é instituto de aplicação bilateral,

isto é, deve ser paga por quem der ensejo à rescisão do contrato, atleta profissional ou clube. Vários são os argumentos construídos em defesa desse entendimento.

Em primeiro lugar, afirmam os adeptos dessa corrente que o art. 28 da Lei n. 9.615/98 não faz qualquer menção quanto à parte que estaria obrigada ao cumprimento da cláusula. Assim, seria forçoso interpretar o preceito legal em desfavor da parte que der causa à extinção do contrato (sem justo motivo), não cabendo ao intérprete da lei restringir sua aplicação, quando o próprio legislador não o fez.

Um segundo argumento invoca o princípio isonômico que deve orientar a formação dos contratos. Desta forma, a cláusula penal seria concebida “como mecanismo de segurança bilateral, a fim de dar condição às partes de uma relação igualitária (...)”⁽²⁾. Portanto, a cláusula penal entendida como de aplicação bilateral fomentaria o desequilíbrio contratual e violaria o princípio da isonomia.

Sustentam, ainda, os partidários dessa corrente, que a interpretação restritiva do art. 28 da Lei Pelé viola o princípio protetor do Direito do Trabalho, o qual busca dar guarida ao hipossuficiente e, assim, promover o equilíbrio nas relações de trabalho. Considerando que o atleta é a parte mais fraca dessa relação, a interpretação a ser dada ao art. 28 da referida lei é aquela que socorre, indistintamente, clube e atleta, quando do rompimento do contrato. De acordo com essa posição, a parte que der azo à extinção do contrato estará obrigada ao pagamento da indenização, sendo beneficiária a parte que sofrer o prejuízo. Se o atleta, ao ver seu contrato rescindido injustamente, suporta, além da perda do emprego, a perda do salário, deve ser indenizado por seu empregador.

Logo, de acordo com os argumentos erigidos pela corrente ampliativa, na aplicação unilateral a extinção do contrato ocorre por iniciativa da entidade contratante.

(2) MARTORELLI, Rinaldo José. *Op. cit.*

Para a corrente restritiva, a cláusula penal, sucedânea do instituto do passe, é, indubitavelmente, de aplicação unilateral. Assim sendo, seria devida apenas pelo jogador quando este rescindir unilateralmente o contrato sem justa causa. Estabelecendo contraponto aos argumentos suscitados pela corrente ampliativa, a corrente restritiva levanta contundente raciocínio jurídico.

Não obstante o legislador tenha sido impreciso por não estabelecer expressamente a unilateralidade da cláusula penal em favor dos clubes, essa é a única conclusão a que se pode chegar por meio de uma interpretação sistemática e teleológica do preceito legal que a estabelece.

Em primeiro lugar, a Lei n. 9.615/98 estabelece em seu art. 31, *caput* e § 3º, a indenização a que está obrigada a entidade empregadora quando do rompimento do contrato sem motivo justificado. Assim preceitua o citado artigo:

Art. 31, *caput*: A entidade de prática desportiva empregadora que estiver com pagamento de salário de atleta profissional em atraso, no todo ou em parte, por período igual ou superior a três meses, terá o contrato de trabalho daquele atleta rescindido, ficando o atleta livre para se transferir para qualquer outra agremiação de mesma modalidade, nacional ou internacional, e exigir a multa rescisória e os haveres devidos.

§ 3º Sempre que a rescisão se operar pela aplicação do disposto no *caput* deste artigo, a multa rescisória a favor do atleta será conhecida pela aplicação do disposto no art. 479 da CLT.⁽³⁾

Percebe-se, assim, que a Lei Pelé não deixou o jogador à mercê da vontade discricionária do clube. Este, ao rescindir antecipadamente o contrato, sem motivo justificado, estará obrigado ao pagamento da multa do art. 479 da CLT (art. 31 da Lei Pelé). Portanto, o clube deverá

efetuar o pagamento da multa equivalente a 50% do que o atleta receberia até o final do contrato. Logo, a cláusula penal não deve ser confundida com multa rescisória, cabendo ao atleta ressarcir-se com a indenização prevista no art. 31 da Lei Pelé.

Seguindo uma interpretação sistemática, nos deparamos com o § 5º do art. 28 da Lei Pelé, que traz a seguinte redação:

Art. 28, § 5º: Quando se tratar de transferência internacional, a cláusula penal não será objeto de qualquer limitação, desde que esteja expresso no respectivo contrato de trabalho desportivo.

Quem se transfere é o atleta e não o clube; logo, desarrazoado concluir que a entidade empregadora está obrigada ao pagamento da cláusula penal quando o contrato for rescindido por sua iniciativa. A referida cláusula reveste-se de natureza compensatória pelo investimento despendido pela entidade de prática desportiva na formação do atleta, portanto, por este deve ser paga. A cláusula penal não beneficia o jogador profissional, pois objetiva resguardar o clube de futebol responsável por todos os investimentos em torno do atleta, contra a rescisão prematura do contrato de trabalho.

Prosseguindo na análise da Lei, encontramos em seu art. 33 a seguinte redação:

“Art. 33: Cabe à entidade nacional de administração do desporto que registrar o contrato de trabalho profissional fornecer a condição de jogo para as entidades de prática desportiva, mediante a prova de notificação do pedido de rescisão unilateral firmado pelo atleta ou documento do empregador no mesmo sentido, desde que acompanhado da prova de pagamento da cláusula penal nos termos do art. 28 desta Lei.”

Nos termos do artigo, o registro do contrato do atleta na entidade de administração do desporto, para que este adquira condição de jogo, só se realiza mediante prova do pagamento da cláusula penal. Entender pela bilateralidade dessa indenização seria admitir que, caso o clube rescindisse o contrato e não pagasse a cláusula

(3) Art. 479: Nos contratos que tenham termo estipulado, o empregador que, sem justa causa, despedir o empregado será obrigado a pagar-lhe, a título de indenização, e por metade, a remuneração a que teria direito até o final do contrato.

penal, o atleta ficaria impedido de jogar, pois o seu novo contrato não poderia ser levado a registro, não adquirindo o atleta a condição de jogo. Tal entendimento seria absurdo.

A redação do inciso II do art. 57 da Lei n. 9.615/98 também merece destaque, por assim estabelecer:

Art. 57, *caput*: Constituirão recursos para a assistência social e educacional aos atletas profissionais, ex-atletas e aos em formação, recolhidos diretamente para a Federação das Associações de Atletas Profissionais — FAAP:

II – um por cento do valor da cláusula penal, nos casos de transferências nacionais e internacionais, a ser pago pelo atleta.

A redação da Lei deixa claro quem deve pagar a cláusula penal — o atleta.

Grande defensor da aplicação unilateral da cláusula penal é *Álvaro Melo Filho*, para quem:

É importante aduzir que a cláusula penal desportiva (art. 28) é aplicável apenas ao atleta que “quebra” unilateralmente o contrato, pois, em caso de esse rompimento ser de iniciativa do clube, aplica-se a multa rescisória (art. 31) em favor do atleta. Quando o § 3º do art. 28 não fixa limite para avençar a cláusula penal nas transferências internacionais, deixa evidenciado que o transferido é o atleta, e não o clube, daí porque a cláusula penal incide exclusivamente sobre o atleta. Além disso, quando o art. 33 refere-se a “condição de jogo” (conceito aplicável tão somente a atleta, e nunca a clube), que só será concedida com a “prova de pagamento da cláusula penal”, reforça o entendimento de que a cláusula penal incide apenas sobre a rescisão unilateral pelo atleta profissional. Qualquer entendimento pode gerar situações em que o clube não paga a cláusula penal e, por via de consequência, o atleta não obtém sua “condição de jogo”, ficando duplamente prejudicado, pois não receberia a indenização decorrente da cláusula penal e ainda estaria impedido de jogar por outro clube, hipótese incognitada pelo legislador.

Por sinal, esse mesmo legislador, no art. 57, II, dissipa qualquer dúvida ao grafar que a cláusula penal será paga pelo atleta. Assim, vê-se, em face de interpretação sistemática, que a cláusula penal desportiva é devida somente pelo atleta ao clube nos valores pactuados no respectivo contrato profissional desportivo.

Aliás, é preciso atender à finalidade visada pelas partes ao estipularem a cláusula penal desportiva, que é uma pena compensadora das perdas e danos que o clube sofrerá em face do não cumprimento ou cumprimento parcial, pelo atleta, do contrato de trabalho desportivo profissional. Vale dizer, a cláusula penal, na esfera desportiva, dotada de colorações e conotações especiais, tem em mira compensar o custo que o clube terá com a contratação de outro atleta, no mínimo com a mesma qualidade técnica, para substituir aquele atleta que, unilateral e desarrazoadamente, recusa-se a cumprir o pacto laboral, muitas vezes abrindo uma lacuna de difícil preenchimento para o conjunto da equipe.⁽⁴⁾

Parece mais acertado entender que a cláusula penal apenas é devida pelo atleta ao clube, tendo em vista seu caráter ressarcitório frente aos investimentos efetuados pelo clube na formação do atleta.

4. Evolução jurisprudencial

Pelo acima exposto, verifica-se que há dissonância doutrinária no que diz respeito à forma de aplicação da cláusula penal. Idêntica dissonância verifica-se na jurisprudência. É o que se pretende demonstrar por meio das ementas do TST abaixo colacionadas.

RECURSO DE REVISTA — CLÁUSULA PENAL — LEI N. 9.615/98 — RESPONSABILIDADE. 1. O art. 28 da Lei n. 9.615/98 (Lei Pelé) prevê cláusula penal a ser paga pela parte responsável pelo inadimplemento

(4) MELO FILHO, Álvaro. *Novo regime jurídico do desporto*. Brasília: Brasília Jurídica, 2001. p. 128.

contratual à outra, sem diferenciar o sujeito passivo da obrigação. 2. Assim, a agremiação esportiva deve pagar ao atleta, quando for responsável pela extinção do contrato de trabalho, o valor previsto na cláusula penal. Recurso de Revista conhecido e provido. (Processo: RR – 1433/2004-011-07-00.0 – Data de Julgamento: 20.6.2007 – Rel. Min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi – 3ª Turma – Data de Publicação: DJ 10.8.2007)

RECURSO DE REVISTA. ATLETA PROFISSIONAL DE FUTEBOL. TÉRMINO ANTECIPADO DO CONTRATO DE TRABALHO. CLÁUSULA PENAL. Da exegese do art. 28 da Lei n. 9.615/98, constata-se que a antecipação, pelo empregador, do termo final do contrato de trabalho de atleta profissional acarreta o pagamento da cláusula penal, conforme firmado no contrato de trabalho. Entender que a referida cláusula tem como único obrigado o atleta que rompe, antecipadamente, o contrato de trabalho contrasta com o direito e fere o sinalagma, na medida em que pretende impor ao atleta encargo desproporcional ao exigido da entidade desportiva. Recurso de revista conhecido e provido. (Processo: RR – 1112/2006-005-06-00.0 Data de Julgamento: 26.9.2007 – Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga – 6ª Turma – Data de Publicação: DJ 11.10.2007)

ATLETA PROFISSIONAL DE FUTEBOL — LEI PELÉ (ART. 28 DA LEI N. 9.615/98) RESCISÃO CONTRATUAL CLÁUSULA PENAL — RESPONSABILIDADE. No art. 28 da Lei n. 9.615/98 (Lei Pelé), estabelece-se que o contrato de trabalho do atleta profissional de futebol deve conter cláusula penal para a hipótese de rescisão unilateral. Inexistência, na lei, de distinção, do que se infere ser sujeito passivo da multa rescisória aquele que deu causa à rescisão. *In casu*, restou assentada a iniciativa do Reclamado na ruptura contratual, o que lhe impõe responsabilidade pelo pagamento da cláusula penal contratual. Recurso de revista a que se dá provimento. (Processo: RR – 552/2002-029-01-00.4 – Data de Julgamento: 15.8.2007 – Rel. Min. Gelson de Azevedo – 5ª Turma – Data de Publicação: DJ 24.8.2007)

RECURSO DE REVISTA. JOGADOR DE FUTEBOL. LEI PELÉ. CLÁUSULA PENAL. RESCISÃO CONTRATUAL POR INICIATIVA DO CLUBE. PAGAMENTO INDEVIDO. NÃO PROVIMENTO. 1. A cláusula penal prevista pelo art. 28 da Lei n. 9.615/98 (Lei Pelé) tem sua aplicabilidade restrita às hipóteses em que o rompimento antecipado do contrato de trabalho dá-se por iniciativa do atleta. Tal é a interpretação sistemática da norma, notadamente em vista do quanto disposto no § 3º do art. 31 do mesmo diploma legal. Tal é, ademais, sua interpretação teleológica. 2. Pondere-se que a referida cláusula foi introduzida no Direito Desportivo como sucedâneo do direito ao passe, que tinha por principal beneficiário o clube a que vinculado o atleta. Se, por um lado, a chamada Lei Pelé permitiu ao atleta — libertar-se — de seu clube quando do término de seu contrato de trabalho, garantiu ao clube, em contrapartida, direito a espécie de indenização caso o atleta opte por deixá-lo anteriormente à data aprazada. Ao atleta, caso a iniciativa da rescisão antecipada seja de seu clube, reservou o direito à indenização prevista pelo art. 479 da CLT, equivalente à metade da remuneração a que faria jus até o termo do contrato. Libertou-se, assim, o atleta, assegurando-se a ambos os sujeitos da relação empregatícia direito a ver compensados os prejuízos decorrentes dessa rescisão antecipada. 3. Recurso de revista de que se conhece e a que se nega provimento. (Processo: RR – 1077/2004-054-02-00.0 – Data de Julgamento: 14.11.2007 – Rel. Min. Ives Gandra Martins Filho – 7ª Turma – Data de Publicação: DJ 8.2.2008)

RECURSO DE REVISTA. ATLETA PROFISSIONAL DE FUTEBOL. FGTS. MORA. INAPLICABILIDADE DA CLÁUSULA PENAL. INCIDÊNCIA DO ART. 479 DA CLT. LEI PELÉ. TÉRMINO ANTECIPADO DO CONTRATO DE TRABALHO. RELAÇÃO JURÍDICA. INTERPRETAÇÃO SISTÊMICA DA NORMA. Da exegese do art. 31 da Lei n. 9.615/98, constata-se que é esse o dispositivo da Lei Pelé que trata acerca da multa a ser aplicada quando houver pagamento

atrasado do salário do atleta profissional ou mora contumaz no recolhimento do FGTS. A interpretação sistemática da norma, em face da conjugação com a regra inserida nos parágrafos subsequentes, evidencia tratar literalmente da questão *sub exame*, quando também há mora contumaz no recolhimento do FGTS, pois torna claro que *sempre que a rescisão se operar pela aplicação do disposto no caput deste artigo, a multa rescisória a favor do atleta será conhecida pela aplicação do disposto no art. 479 da CLT*. A regra contida no art. 28 da Lei n. 9.615/98 estipula cláusula penal para a rescisão contratual antecipada do contrato de trabalho, não equivalendo a rescisão antecipada o caso em que o jogador, em face da mora contumaz no recolhimento dos depósitos do FGTS pede a rescisão indireta do contrato de trabalho. Outra interpretação não merece a norma legal, na medida em que não há como se depreender que o Clube tenha procedido à antecipação do fim da relação contratual, indenizando o jogador, quando no caso se trata de descumprimento do contrato de trabalho, em que há previsão legal específica de multa a ser aplicada e quando há contrato cancelado pela Confederação Brasileira de Futebol dirigindo a cláusula penal ao Atleta. Recurso de revista conhecido e desprovido. (Processo: RR – 515/2006-021-10-00.0 – Data de Julgamento: 6.8.2008 – Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga – 6ª Turma – Data de Publicação: DJ 22.8.2008)

RECURSO DE REVISTA. ATLETA PROFISIONAL. RESCISÃO INDIRETA. CLÁUSULA PENAL. APLICAÇÃO DO ART. 28 DA LEI N. 9.615/1998. Conforme precedentes da SBDI-1 desta Corte Superior, a cláusula penal prevista no art. 28 da Lei n. 9.615/1998, para os casos de descumprimento, rompimento ou rescisão unilateral, é dirigida apenas ao atleta profissional. No caso de rescisão indireta do contrato de trabalho, por mora salarial, aplica-se o art. 31, § 3º, do referido diploma legal, cabendo a multa rescisória pela aplicação do art. 479 da CLT. Recurso de revista conhecido e desprovido. (Processo: RR – 1414/2007-006-

08-00.5 – Data de Julgamento: 20.5.2009 – Rel. Min. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira – 3ª Turma – Data de Divulgação: DEJT 12.6.2009)

Embora as ementas acima demonstrem que a jurisprudência do TST não é uníssona, parece que o entendimento da Máxima Corte Trabalhista se encaminha no sentido de que a cláusula penal é de aplicação unilateral, o que nos parece entendimento mais acertado.

5. A cláusula penal no direito civil

A cláusula penal surge com o advento do Código Civil de 1916, o qual, no entanto, não trouxe a sua definição, cabendo à doutrina a árdua tarefa de conceituar o instituto.

Nas lições de *Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona* “a cláusula penal é um pacto acessório, pelo qual as partes de determinado negócio jurídico fixam, previamente, a indenização devida em caso de descumprimento culposos da obrigação principal, de alguma cláusula do contrato ou em caso de mora”⁽⁵⁾.

Carlos Roberto Gonçalves define cláusula penal como sendo a “obrigação acessória, pela qual se estipula pena ou multa destinada a evitar o inadimplemento da principal, ou o retardamento de seu cumprimento”⁽⁶⁾. Para o autor, a natureza jurídica da cláusula penal é de pacto acessório.

Maria Helena Diniz diz que:

A cláusula penal vem a ser um pacto acessório, pelo qual as próprias partes contratantes estipulam, de antemão, pena pecuniária ou não, contra a parte infringente da obrigação, como consequência de sua inexecução completa culposa ou à de alguma cláusula especial ou de seu retardamento, fixando,

(5) GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil. Obrigações*. 6. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 355.

(6) GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro. Teoria geral das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 382.

assim, o valor das perdas e danos, e garantindo o exato cumprimento da obrigação principal.⁽⁷⁾

Portanto, pelos vários conceitos percebe-se com clareza que a cláusula penal tem caráter acessório e como tal está sujeita a um limite legal, qual seja, o valor da obrigação principal. Com efeito, dispõe o art. 412 do Código Civil:

Art. 412: O valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal.

Caso a cláusula penal supere o valor da obrigação principal, o juiz determinará a sua redução. Tal entendimento torna-se relevante para a tese que pretendemos defender sobre a inadequação da cláusula penal desportiva, tal como é proposta e a possibilidade de revisão do seu *quantum*.

6. A cláusula penal no direito desportivo

Não obstante a especificidade do contrato do atleta de futebol, este se insere no gênero contrato de trabalho, não podendo se afastar dos princípios que regem o ramo especializado do Direito Trabalhista. A interpretação a ser dada à legislação específica não pode ficar à margem dos princípios da aplicação da norma mais benéfica e da interpretação mais favorável. Mesmo que se pretenda negar a hipossuficiência dos atletas de futebol em virtude de certos contratos milionários, certo é que estes constituem uma minoria e a legislação tem por escopo reger relações sociais na sua dimensão mais ampla e não regulamentar relações jurídicas de uma minoria privilegiada.

Se a cláusula penal tem o objetivo de ressarcir os clubes pelo investimento efetuado na formação do atleta, esta deve obedecer a lógica do ordenamento jurídico pátrio.

Em primeiro lugar, nos contratos trabalhistas a termo, a indenização devida ao empregador

pelo empregado (quando este resolve o contrato unilateralmente e sem justa causa) apenas é cabível mediante a comprovação dos prejuízos que porventura esse rompimento prematuro do contrato possa causar (art. 480 da CLT). Ademais, nunca poderá ser superior àquela a que estaria obrigado o empregador, ou seja, metade da remuneração devida até o final do contrato (art. 480, § 1º c/c art. 479, *caput*, ambos da CLT). Da forma como vem sendo estipulada no direito desportivo, a cláusula penal não tem cumprido seu objetivo, se configurando como verdadeira cláusula propiciadora de enriquecimento sem causa por parte dos clubes, prática essa execrada pelo ordenamento jurídico pátrio (arts. 884 a 886 do NCC). Note-se que o enriquecimento sem causa é caracterizado pelo aumento do patrimônio de alguém, sem um fundamento que o justifique, em detrimento de outrem. Considerando que a cláusula penal tem finalidade ressarcitória, qualquer valor que ultrapasse efetivos prejuízos dá azo ao inadmissível enriquecimento sem causa. Logo, se conclui que quando a rescisão unilateral e sem motivo justificado é perpetrada pelo empregado, a indenização, a ser por este suportada, está condicionada à ocorrência de prejuízos sofridos pelo empregador. Ainda, tal indenização não pode ser superior àquela a que estaria obrigado o empregador quando promova a rescisão sem justa causa (art. 480, *caput* e § 1º da CLT). Como bem obtempera *Rafael Teixeira Ramos*, “a cláusula penal desportiva é um instrumento reparador de danos do empregador desportivo e ao mesmo tempo atua como uma indenização apenas durante a vigência do contrato de trabalho desportivo, para os casos de a relação contratual a prazo certo se rescindir antecipadamente”⁽⁸⁾.

Porém, como o operador do direito deve atuar diante da previsão expressa de estipulação

(7) DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. Teoria geral das obrigações. 17. ed., atual. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 392.

(8) RAMOS, Rafael Teixeira. Cláusula penal desportiva brasileira: unilateralidades ou bilateralidade? In: CAPUTO BASTOS, Guilherme Augusto (Coord.). *Atualidade sobre direito desportivo no Brasil e no mundo*. Dourados: Seriem, 2009.

de cláusula penal no montante de até 100 vezes o salário do atleta (art. 28 da Lei n. 9.615/98)? A solução encontra guarida no princípio da dignidade humana (no caso, dignidade humana do trabalhador atleta profissional de futebol) conjugado com o art. 8º da CLT, o qual estabelece que nenhum interesse de classe ou particular pode prevalecer sobre o interesse público; e ainda à luz do art. 5º da LICC o qual estabelece que “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

Em nenhuma hipótese o interesse dos clubes pode suplantar o interesse de toda a coletividade de atletas profissionais do futebol. Embora sendo a cláusula penal um direito do empregador (clube de futebol) reconhecido por lei, tal direito comporta limitações, posto que nenhum direito pode ser exercido de forma abusiva (art. 187, NCC). Considerando que para adquirir condição de jogo os atletas precisam comprovar o pagamento da cláusula penal (art. 33 da Lei), que devido aos altos valores estabelecidos não têm condição de adimplir com essa cláusula, percebe-se a prevalência do direito do clube em detrimento do direito fundamental da livre pactuação laboral (art. 5º, XIII da CF/88); ou seja, estamos diante do direito privado dos clubes prevalecendo sobre o direito fundamental de toda a coletividade de jogadores. Assim sendo, diante da exigência do adimplemento da cláusula penal para que seja estabelecida a condição de jogo, o direito fundamental de liberdade de trabalho (livre pactuação laboral) resta prejudicado.

Em que pese argumentos que defendem a estipulação de cláusula penal, em altos patamares, como forma de coibir o aliciamento de trabalhadores por clubes internacionais, entendemos não ser razoável que o indivíduo queira migrar para terra estranha, abandonar suas raízes, se em solo pátrio encontra condições de existência digna em proporções iguais ou superiores aos oferecidos por clubes alienígenas. O êxodo de profissionais de futebol será refreado com a elevação de salários e vantagens oferecidos a esses trabalhadores e não com

estipulação de cláusula penal abusiva, que lhes tolha a liberdade de buscar melhores condições de vida. Como bem observa *Rinaldo José Martorelli*, “na prática percebe-se o viés distorcido de tal questão porque não se discute a ida de nenhum outro trabalhador a outro país em busca de melhor condição de vida”⁽⁹⁾.

Não estamos aqui a defender que o art. 28 da Lei n. 9.615/98 seja ignorado, mas defendemos que seja ajustado de forma a promover a justiça social. Entendemos, com base nos preceitos legais que estabelecem a cláusula penal, bem como naqueles que vedam o enriquecimento sem causa e, ainda, com fulcro no art. 5º da LICC, que o juiz pode rever o *quantum* estipulado para a cláusula penal (que o art. 28 da Lei Pelé autoriza que seja até cem vezes o montante da remuneração anual pactuada) para adequá-la ao seu caráter de pacto acessório; isto é, que seja reduzida de modo a não ultrapassar o valor da obrigação principal e, ainda, que esteja condicionada à comprovação dos efetivos prejuízos sofridos pelo clube, de modo que seja coibido o enriquecimento sem causa destes.

7. Considerações Finais

Pelo acima exposto, torna-se imperioso concluir pela unilateralidade da aplicação da cláusula penal, sendo certo que, apesar das divergências doutrinárias, parece ser este o entendimento dominante e para o qual, tudo indica, se encaminha a jurisprudência.

Diante do panorama teórico no qual está inserida, não se pode negar que a cláusula penal está sujeita a limites, não podendo ultrapassar o valor da obrigação principal. Caso isto ocorra, deverá ser reduzida pelo juiz. Quando se considera sua aplicação no âmbito das relações trabalhistas, além dos limites legais a que deve se submeter, a cláusula penal não pode afrontar os princípios norteadores do Direito do Trabalho, que têm por escopo proteger o trabalhador hipossuficiente, humanizando, assim, as relações de trabalho e promovendo a justiça social.

(9) MARTORELLI, Rinaldo José. *Op. cit.*, p. 290.

Conforme retromencionado, entendemos que a cláusula penal, tal como está proposta na lei do desporto, se mostra inadequada, negando a sua natureza de pacto acessório, pois assim foi concebida em sua origem, ou seja, no Direito Civil. É certo que ramos especializados do direito podem importar institutos do direito comum e isso ocorre com frequência. No entanto, essa importação deve ser criteriosa, de modo a não desnaturar os institutos. A sistemática jurídica não deve ser quebrada, sob pena de se gerar grande insegurança jurídica, além do risco de se promover injustiças sociais.

Assim, defendemos que a aplicação da cláusula penal nos contratos desportivos pode e deve ser ajustada, cumprindo assim a finalidade para a qual foi proposta, isto é, ressarcir a entidade empregadora pelos investimentos empreendidos na formação do atleta; bem como, para que seja evitado que sua estipulação em altos valores dê azo ao enriquecimento sem causa dos clubes, fato este inaceitável pelo ordenamento jurídico pátrio.

8. Referências bibliográficas

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. Teoria geral das obrigações. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. Obrigações. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. Teoria geral das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2004.

MARTORELLI, Rinaldo José. A cláusula penal desportiva sob uma ótica democrática. In: CAPUTO BASTOS, Guilherme Augusto (Coord.). *Atualidade sobre direito esportivo no Brasil e no mundo*. Dourados: Seriema, 2009.

MELO FILHO, Álvaro. *Novo regime jurídico do desporto*. Brasília: Brasília Jurídica, 2001.

OLIVEIRA, Jean Marcel Mariano de. *O contrato de trabalho do atleta profissional do futebol*. São Paulo: LTr, 2009.

RAMOS, Rafael Teixeira. Cláusula penal desportiva brasileira: unilateralidade ou bilateralidade? In: CAPUTO BASTOS, Guilherme Augusto (Coord.). *Atualidade sobre direito esportivo no Brasil e no mundo*. Dourados: Seriema, 2009.

SAAD, Eduardo Gabriel; SAAD, José Eduardo Duarte; CASTELO BRANCO, Ana Maria Saad. *CLT comentada*. 42. ed. São Paulo: LTr, 2009.

ZAINAGHI, Domingos Sávio. Rescisão do contrato de trabalho de atleta de futebol: unilateralidade da cláusula penal. In: CAPUTO BASTOS, Guilherme Augusto (Coord.). *Atualidade sobre direito esportivo no Brasil e no mundo*. Dourados: Seriema, 2009.



Jurisprudência

Acórdãos do Tribunal Superior do Trabalho
Acórdãos de Tribunal Regional do Trabalho



Acórdão do Tribunal Superior do Trabalho

- RECURSO DE EMBARGOS DA PETROS E DA PETROBRAS — ANÁLISE CONJUNTA ANTE A IDENTIDADE DE MATÉRIA — INTERPOSIÇÃO SOB A ÉGIDE DA LEI N. 11.496/2007 — COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO — COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA — ENTIDADE DE PREVIDÊNCIA PRIVADA. Conforme entendimento reiteradamente expresso nos julgados atuais da SBDI-1 desta Corte, o art. 114 da Constituição Federal confere a esta Justiça Especial competência não apenas para julgar dissídios entre trabalhadores e empregadores, mas também outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho — categoria em que se insere a presente demanda, porque o direito vindicado tem por fonte formal norma regulamentar que integra o contrato de trabalho celebrado entre as partes.

Recursos de embargos conhecidos e desprovidos.

RECURSO DE EMBARGOS INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DA LEI N. 11.496/2007 — PETROBRAS — ACORDO COLETIVO DE TRABALHO 2004/2005 — CLÁUSULA 4ª — CONCESSÃO DE UM NÍVEL SALARIAL — PROGRESSÃO VERTICAL — PLANO DE CARGOS E SALÁRIOS — PROMOÇÃO ESTABELECIDADA EM TERMOS GENÉRICOS — ALCANCE — EFEITOS PERANTE OS EX-EMPREGADOS APOSENTADOS E PENSIONISTAS — REAJUSTAMENTO SALARIAL CONCEDIDO DE FORMA OBLÍQUA. A Subseção 1 da Seção Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, sedimentou entendimento no sentido de que a Cláusula 4ª do Acordo Coletivo de Trabalho, celebrado entre a Petrobras e o sindicato representativo da categoria profissional, correspondente ao período de 2004 a 2005 institui, obliquamente, verdadeiro reajuste de salários, não obstante se refira expressamente à progressão vertical de um nível no Plano de Cargos e Salários da empresa. E o faz de forma a excluir de sua aplicação prática aqueles ex-empregados inativos, para os quais a ascensão na carreira já não é mais possível. Frustra-se, dessa maneira, sob a óptica desta Corte uniformizadora da jurisprudência, o comando da norma empresarial inserta no art. 41 do regulamento interno, que assegura a paridade de vencimentos entre ativos e inativos, donde resulta a ineficácia da cláusula sob comento perante aqueles empregados aposentados, para os quais a vantagem há de produzir idênticos efeitos, mediante a concessão do aumento salarial correspondente a um nível funcional. Nesse sentido a Orientação Jurisprudencial Transitória n. 62 da SBDI-1 desta Corte.

Recursos de embargos não conhecidos.

Processo n. TST-RR-142300-77.2005.5.05.0023
ACÓRDÃO
SESBDI-1
VMF/ots/hz/wmc

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos em Embargos de Declaração em Recurso de Revista n. TST-E-ED-RR-142300-77.2005.5.05.0023, em que são Embargantes PETRÓLEO BRASILEIRO S/A — PETROBRAS e FUNDAÇÃO PETROBRAS DE SEGURIDADE SOCIAL — PETROS e Embargados JOSÉ RAIMUNDO PEREIRA SOUZA E OUTROS.

A 3ª Turma desta Corte, mediante o acórdão a fls. 1493-1502, conheceu dos recursos de revista da Fundação Petrobras de Seguridade Social — Petros e da Petróleo Brasileiro S/A — Petrobras exclusivamente quanto à questão das diferenças de complementação de aposentadoria pela concessão de nível salarial aos empregados aposentados da Petrobras, mas a eles negou provimento.

Quanto ao recurso de Petros, foi afastada no mesmo acórdão a arguição de incompetência da Justiça do Trabalho e, quanto à revista da Petrobras, afastou-se a ilegitimidade passiva arguida, assim como a solidariedade.

Em análise conjunta, a 3ª Turma conheceu do recurso de ambas as partes quanto à questão das diferenças de complementação de aposentadoria aos aposentados, em razão da concessão de um nível salarial aos empregados da ativa, mas negou-lhes provimento.

Interpostos embargos de declaração pela Petrobras, foram eles rejeitados, ao argumento de ausência dos requisitos previstos nos arts. 535 do CPC e 897-A da CLT.

Inconformadas, as reclamadas interpõem recurso de embargos, a Petros a fls. 1518-1541 e a Petrobras a fls. 1550-1562, com fulcro no art. 894 da CLT, renovando, em ambos os recursos, a incompetência material da Justiça do Trabalho, e buscando a reforma da questão relativa à diferença de complementação de

aposentadoria pela extensão aos aposentados de um nível salarial concedido aos empregados da ativa. Colacionam divergência de julgados.

Impugnação apresentada pelos reclamantes a fls. 1584-1601.

Os autos não foram remetidos ao Ministério Público do Trabalho, nos termos do art. 83, § 2º, do Regimento Interno do TST.

É o relatório.

VOTO

I – RECURSO DA PETROS

1 – CONHECIMENTO

Recurso próprio, tempestivo, fls. 1503 e 1518, regular a representação, fls. 1542 e 1543, e satisfeito o preparo, fls. 1381 e 1382.

II – RECURSO DA PETROBRAS

1 – CONHECIMENTO

Recurso próprio, tempestivo, fls. 1517 e 1550, regular a representação, fls. 1563, e satisfeito o preparo, fls. 1381 e 1382.

Ante a identidade das matérias versadas nos recursos de ambas as reclamadas, passo à análise conjunta dos embargos.

1.1. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO — COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA — ENTIDADE DE PREVIDÊNCIA PRIVADA

A 3ª Turma desta Corte não conheceu do recurso de revista da Petros, quanto à arguição de incompetência da Justiça do Trabalho para processar e julgar o presente feito, relativamente à complementação de aposentadoria, uma vez que o direito postulado decorre da relação de emprego.

Registrou a Turma o que se segue, fls. 1495-1496:

(...)

A complementação de aposentadoria decorre do contrato de trabalho, até porque não se evidencia que os Reclamantes a ela pudessem ter acesso, se não fossem empregados.

A Justiça do Trabalho tem competência para conhecer e julgar ação proposta por empregado contra a ex-empregadora e instituição de previdência privada, que complementa proventos de aposentadoria, na forma pela empresa prometida.

Neste sentido, os seguintes precedentes da SBDI-1 desta Corte:

— COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA ENTIDADE FECHADA DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR Sendo certo que o direito postulado, referente à complementação de aposentadoria devida por entidade de previdência fechada instituída pela Empregadora, está jungido ao contrato de trabalho, é competente a Justiça do Trabalho para conhecer e julgar a ação, nos termos do art. 114, I, da Carta Magna. (...) Embargos não conhecidos. — (TST-E-RR-92/2001-654-09-00, Rel.^a Min.^a Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, in: *DJ* 29.2.2008)

— RECURSO DE EMBARGOS. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. PETROBRAS X PETROS. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. PEDIDO COM ORIGEM NO CONTRATO DE TRABALHO. Se a fonte da obrigação decorre do contrato de trabalho, insere-se no âmbito da competência desta Justiça Especial a discussão a respeito de pedido de diferenças de complementação de aposentadoria. Embargos não conhecidos. — (TST-E-ED-RR-1169/2002-203-04-00, Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga, in *DJ* 8.2.2008)

— COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA ENTIDADE DE PREVIDÊNCIA PRIVADA — COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO — ART. 114 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA — A Justiça do Trabalho é competente para julgar controvérsias surgidas entre empregados e instituições de complementação de aposentadoria criadas por seus empregadores. Na hipótese, a complementação de aposentadoria decorre do contrato de trabalho. A PETROS é entidade de previdência privada complementar, instituída pelo empregador (PETROBRAS), com o objetivo de atender a seus empregados.

Independentemente da transferência da responsabilidade pela complementação dos proventos de aposentadoria a outra entidade, emerge a competência desta Justiça Especializada, já que o contrato de adesão é vinculado ao de trabalho. Recurso de Embargos não conhecido. — (TST-E-RR-647759/2000, Rel. Min. Carlos Alberto Reis de Paula, in: *DJ* 30.11.2007)

Desta forma, tratando-se de pedido que pressupõe a relação de emprego, firma-se a competência da Justiça do Trabalho, nos termos do art. 114 da Carta Magna, restando incólumes os demais preceitos legal e constitucionais indicados.

Paradigmas oriundos do Supremo Tribunal Federal, de Vara do Trabalho e de Turma do TST não servem ao confronto de teses, porque contrários ao disposto no art. 896, “a”, da CLT. Não conheço.

Contra essa decisão insurgem-se as embargantes. Aduz a Petros que o entendimento da Turma fere os arts. 114 e 202, § 2º da Constituição Federal, além de divergir do julgamento proferido por outras Turmas desta Corte.

Quanto aos embargos da Petrobras, suas razões de insurgência se fundamentam na violação do art. 114 da Constituição Federal, bem como em divergência de julgados.

Relativamente às violações apresentadas por ambas as partes, tem-se que a indicação de violação legal e constitucional não impulsiona o recurso de embargos, porquanto interpostos quando já vigentes as restrições impostas pela Lei n. 11.496/2007 ao inciso II do art. 894 da CLT.

O aresto procedente da 4ª Turma desta Corte, cotejado pela Petros a fls. 1524-1525 e pela Petrobras a fls. 1552, autoriza o conhecimento dos embargos, ante o entendimento de ser incompetente esta Justiça Especial para dirimir controvérsia envolvendo entidade de previdência privada.

Conheço ambos os embargos.

1.2. PETROBRAS — ACORDO COLETIVO DE TRABALHO 2004/2005 — CLÁUSULA 4ª — CONCESSÃO DE UM NÍVEL SALARIAL — PROGRESSÃO VERTICAL — PLANO DE CARGOS E SALÁRIOS — PROMOÇÃO ESTABELECIDO EM TERMOS GENÉRICOS — ALCANCE — EFEITOS PERANTE OS EX-EMPREGADOS APOSENTADOS E PENSIONISTAS — REAJUSTAMENTO SALARIAL CONDECIDO DE FORMA OBLÍQUA

A 3ª Turma conheceu dos recursos das reclamadas, mas a elas negou provimento, para manter o entendimento de ser devido aos aposentados o pagamento de diferenças da suplementação de aposentadoria decorrentes da concessão de nível, por meio de acordo coletivo aos empregados em atividade, pois demonstrado que o referido benefício visava sonegar aos inativos o reajuste salarial concedido ao pessoal da ativa, em flagrante ofensa ao art. 41 do regulamento empresarial.

Eis o teor do mérito do acórdão que ora se embarga, fls. 1500-1501:

A situação fática revelada pelo Regional, quanto à concessão de nível salarial a todos os empregados, de forma genérica e sem qualquer critério, demonstra que, na verdade, a promoção constante da norma coletiva corresponde a um reajuste salarial.

O regulamento empresarial, no art. 41, estabelece que os valores da suplementação de aposentadoria serão elevados na mesma época do reajuste efetuado pela Petrobrás.

Assim, não observado o regulamento empresarial, inválida a cláusula normativa que exclui os aposentados do aumento concedido, porque caracterizado o tratamento discriminatório, com violação do art. 7º, XXX, da Lei Maior.

Desta forma, não há que se cogitar de ofensa aos preceitos indicados.

Analisando a matéria, assim decidiu a SBDI-1:

— EMBARGOS SUJEITOS À SISTEMÁTICA DA LEI N. 11.496/07 - CONCESSÃO DE 1 (UM) NÍVEL SALARIAL A TODOS EMPREGADOS EM ATIVIDADE GENERALIDADE DA PROMOÇÃO — ACORDO COLETIVO DE TRABALHO 2004/2005 VALIDADE EFEITOS PERANTE OS APOSENTADOS AUMENTO SALARIAL 1. Na espécie, o benefício em discussão foi instituído por norma coletiva, como parcela a ser paga somente aos empregados da ativa. 2. A Corte de origem registrou que o acréscimo de um nível salarial foi concedido a todos os empregados da Reclamada, indistintamente. 3. A generalidade e, por conseguinte, a ausência de critério na concessão da referida promoção revela tratar-se de verdadeiro reajuste de salário dos empregados, com exclusão dos inativos, em desrespeito ao próprio regulamento empresarial. 4. Assim, a cláusula normativa é ineficaz, como promoção, perante os aposentados, produzindo os efeitos correspondentes à concessão de aumento salarial. 5. Como o Regulamento da Petros assegura o reajuste das suplementações de aposentadoria na mesma época em que houver o reajuste dos salários dos empregados da Petrobrás, os Reclamantes, *in casu*, têm jus às diferenças, na complementação de aposentadoria, do aumento concedido aos trabalhadores em atividade. Embargos conhecidos e providos. — (E-ED-RR 794/2005-161-05-00.5; Relª Minª Maria Cristina Irigoyen Peduzzi; DJ 11.4.2008)

Registro, ainda, o seguinte precedente desta Turma:

— (...) RECURSO DAS RECLAMADAS. EXAME CONJUNTO. TEMA REMANESCENTE. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. DIFERENÇAS. ACORDO COLETIVO. PROMOÇÃO. CONCESSÃO DE UM NÍVEL APENAS AOS EMPREGADOS EM ATIVIDADE. Segundo Karl Larenz, a boa-fé objetiva orienta no sentido de que os atos devem ser pautados pela coerência com os comportamentos anteriormente assumidos, de modo a não defraudar expectativas justificadamente geradas. Nesse diapasão,

a concessão efetivada pela 1ª reclamada PETROBRAS —, por meio de acordo coletivo, de incentivo horizontal, independentemente do nível hierárquico ou da função desempenhada, tão só aos empregados em atividade, quando o regulamento da empresa, no que pertine a reajuste salarial, assegura tratamento isonômico entre ativos, aposentados e pensionistas, v. g., art. 41 do Regulamento de Plano de Benefícios da PETROS estabelece que a suplementação de aposentadoria será reajustada pelas tabelas salariais da patrocinadora, conduz ao reconhecimento de que tal ajuste coletivo se encontra em desarmonia com referido princípio, a assegurar a extensão do benefício reajustamento da remuneração também aos inativos, inafastável a natureza salarial da parcela. Recursos de revista conhecidos e não providos. — (RR-617/2005-161-05-00.9; Relª Minª Rosa Maria Weber Candiota da Rosa; DJ 11.4.2008)

Ante o exposto, nego provimento aos recursos.

Insurge-se contra essa decisão primeiramente a Petros, alegando que a criação de novos níveis salariais concedidos apenas aos empregados da ativa, por meio de acordo coletivo, afigura-se perfeitamente válido, e não importa em reajustamento geral da tabela salarial dos empregados. Aponta violação do art. 7º, XXXVI, da Constituição Federal, asseverando que a matéria não está pacificada pelo TST, daí porque, justificadamente, colaciona arestos.

Já a Petrobras alega em seus embargos que a extensão do nível concedido mediante norma coletiva apenas aos empregados da ativa violou o art. 7º, XXVI, da Constituição Federal, que alberga o respeito aos acordos e convenções coletivas, e contrariou os arestos paradigmas que colaciona.

Ressalta, ademais, que qualquer análise que desconsidere, nas questões que envolvem previdência privada, a disposição contida no art. 202 da Constituição Federal culminará com a ofensa ao devido processo legal, porquanto se, ao

tempo do acordo coletivo, os reclamantes já usufruíam de sua aposentadoria, resta patente que não houve qualquer reserva para garantir aos aposentados o benefício.

Por fim, afirma violado, também, pela decisão os arts. 8º, III e VI, da Constituição; 513, “b”, e 612 da CLT, que estabelecem a autonomia de vontade sindical e a boa-fé dos acordos e convenções coletivas; 114 do Código Civil que consagra o princípio da interpretação restritiva, além do art. 2º da Carta Magna, que estabelece a tripartição dos poderes, porquanto inovou no ordenamento vigente ao criar obrigação jurídica sem o devido respaldo legal.

Cumpre assinalar inicialmente que as disposições constitucionais e legais aduzidas como violadas não impulsionam o conhecimento dos embargos, tendo em vista as restrições impostas pela Lei n. 11.496/2007 ao inciso II do art. 894 da CLT.

Os arestos paradigmas colacionados, por sua vez, estão superados pela jurisprudência pacífica desta Subseção, consubstanciada na Orientação Jurisprudencial Transitória n. 62.

A Subseção I da Seção Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho sedimentou o seu entendimento no sentido de que a Cláusula 4ª do Acordo Coletivo de Trabalho, celebrado entre a Petrobras e o sindicato representativo da categoria profissional, correspondente ao período de 2004 a 2005, institui, obliquamente, verdadeiro reajuste de salários, não obstante se refira expressamente à progressão vertical de um nível no Plano de Cargos e Salários da empresa. E o faz de forma a excluir de sua aplicação prática aqueles ex-empregados inativos, para os quais a ascensão na carreira já não é mais possível.

Frustra-se, dessa maneira, sob a óptica desta Corte uniformizadora da jurisprudência, o comando da norma empresarial inserta no art. 41 do regulamento interno, que assegura a paridade de vencimentos entre ativos e inativos, donde resulta a ineficácia da cláusula sob comento

perante aqueles empregados aposentados, para os quais a vantagem há de produzir idênticos efeitos, mediante a concessão do aumento salarial correspondente a um nível funcional.

Sendo assim, revela-se inócua a pretensão de reforma, pois este Tribunal já consagrou sua interpretação definitiva sobre a matéria, e o fez no exercício de sua função institucional uniformizadora da jurisprudência, erigindo tese jurídica contrária à recursal.

Desta feita, o presente recurso de embargos encontra óbice nos termos da parte final do item II do art. 894 da CLT.

Não conheço.

2 – MÉRITO

2.1. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO — COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA — ENTIDADE DE PREVIDÊNCIA PRIVADA

Insurgem-se a Petros e a Petrobras contra o reconhecimento da competência material da Justiça do Trabalho para julgar o presente feito, quando envolvida controvérsia a respeito de benefício previdenciário.

Ocorre que, conforme entendimento reiteradamente expresso nos julgados atuais da SBDI-1 desta Corte, o art. 114 da Constituição Federal confere a esta Justiça Especial competência não apenas para julgar dissídios entre trabalhadores e empregadores, mas também outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho — categoria em que se insere a presente demanda, porque o direito vindicado tem por fonte formal norma regulamentar que integra o contrato de trabalho celebrado entre as partes. Precedentes:

RECURSO DE EMBARGOS INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DA LEI N. 11.496/2007. JUSTIÇA DO TRABALHO. COMPETÊNCIA. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. Instituída a complementação de aposentadoria em decorrência do pacto laboral, evidencia-se a competência material da Justiça do Trabalho. Embora se trate de

verba de natureza previdenciária, paga por empresa com personalidade jurídica diversa daquela onde trabalhou o empregado, verifica-se que o direito que deu origem à obrigação foi estabelecido somente em razão da existência do contrato de trabalho. Recurso de embargos conhecido e não provido.

SUPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. MUDANÇA DE NÍVEL. ACORDO COLETIVO 2004/2005. EXTENSÃO AOS INATIVOS. ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL TRANSITÓRIA N. 62 DA SBDI-I. Consoante a jurisprudência consagrada na Orientação Jurisprudencial Transitória n. 62 da SBDI-I, recentemente editada, — ante a natureza de aumento geral de salários, estende-se à complementação de aposentadoria dos ex-empregados da Petrobras benefício concedido indistintamente a todos os empregados da ativa e estabelecido em norma coletiva, prevendo a concessão de aumento de nível salarial — ‘avanço de nível’ —, a fim de preservar a paridade entre ativos e inativos assegurada no art. 41 do Regulamento do Plano de Benefícios da Fundação Petrobras de Seguridade Social — Petros —. Recurso de embargos não conhecido. (TST-E-ED-RR-97/2007-207-01-00.0, SBDI- 1, Rel. Min. Lelio Bentes Corrêa, DJU de 10.9.2009)

RECURSO DE EMBARGOS INTERPOSTO ANTERIORMENTE À VIGÊNCIA DA LEI N. 11.496/2007. 1) PETROBRAS. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. A decisão turmária encontra-se em consonância com a pacífica jurisprudência desta Corte, no sentido de que não há de se cogitar como incompetente a Justiça Trabalhista, quando se discute complementação de aposentadoria decorrente da relação empregatícia. Recurso de Embargos conhecido e desprovido. DIFERENÇAS DE COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. MUDANÇA DE NÍVEL. ACORDO COLETIVO 2004/2005. PARIDADE COM OS EMPREGADOS DA ATIVA. DIFERENÇAS DEVIDAS. — Ante a natureza de aumento geral de salários, estende-se à complementação de aposentadoria dos ex-empregados da Petrobras benefício concedido indistintamente a todos os empregados da ativa e

estabelecido em norma coletiva, prevendo a concessão de aumento de nível salarial — ‘avanço de nível’ — a fim de preservar a paridade entre ativos e inativos assegurada no art. 41 do Regulamento do Plano de Benefícios da Fundação Petrobras de Seguridade Social — Petros —. Hipótese em que a decisão turmária encontra-se em consonância com a Orientação Jurisprudencial Transitória n. 62 da SBDI-1. Recurso de Embargos não conhecido. II) RECURSO DE EMBARGOS DA FUNDAÇÃO PETROBRAS DE SEGURIDADE SOCIAL — PETROS. Prejudicada a apreciação do Recurso de Embargos da Fundação Petrobras de Seguridade Social — PETROS, ante o que foi decidido quando da apreciação do Apelo da Petrobras no tocante aos temas — Complementação de Aposentadoria — Competência da Justiça do Trabalho — e — Diferenças de Complementação de Aposentadoria — Mudança de Nível — acordo coletivo 2004/2005 — Paridade com os Empregados da Ativa —. (E-ED-RR-200/2005-030-05-00.0, Rel^a Min^a Maria de Assis Calsing, SBDI-1, DJU de 10.9.2009)

RECURSOS DE EMBARGOS INTERPOSTOS PELA PETROBRAS E PETROS SOB A ÉGIDE DA LEI N. 11.496/2007. MATÉRIA COMUM. EXAME CONJUNTO DOS RECURSOS DE EMBARGOS. JUSTIÇA DO TRABALHO. COMPETÊNCIA. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. Instituída a complementação de aposentadoria em decorrência do pacto laboral, evidencia-se a competência material da Justiça do Trabalho. Embora se trate de verba de natureza previdenciária, paga por empresa com personalidade jurídica diversa daquela onde trabalhou o empregado, verifica-se que o direito que deu origem à obrigação foi estabelecido somente em razão da existência do contrato de trabalho. Recursos de embargos conhecidos e não providos. PETROBRAS E FUNDAÇÃO PETROS. SUPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. MUDANÇA DE NÍVEL. ACORDO COLETIVO 2004/2005. EXTENSÃO AOS INATIVOS. ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL TRANSITÓRIA N. 62 DA SBDI-I. Consoante a jurisprudência consagrada na Orientação Jurisprudencial Transitória n. 62 da SBDI-I, ante a natureza

de aumento geral de salários, estende-se à complementação de aposentadoria dos ex-empregados da Petrobras benefício concedido indistintamente a todos os empregados da ativa e estabelecido em norma coletiva, prevendo a concessão de aumento de nível salarial — ‘avanço de nível’ —, a fim de preservar a paridade entre ativos e inativos assegurada no art. 41 do Regulamento do Plano de Benefícios da Fundação Petrobras de Seguridade Social — Petros —. Recursos de embargos não conhecidos. (E-ED-RR-697/2005-161-05-00.2, Rel, Min. Lelio Bentes Corrêa, SBDI-1, DJU de 10.9.2009)

Sendo assim, é totalmente inócua a pretensão de reforma pretendida pelas embargantes, porque a função institucional uniformizadora da jurisprudência desta Corte já foi exercida em termos contrários à tese jurídica em que se sustentam as razões recursais.

Nego provimento a ambos os embargos.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, em análise conjunta, conhecer dos recursos de embargos interpostos pela Petros e pela Petrobras quanto ao tema — Competência da Justiça do Trabalho — Complementação de Aposentadoria — Entidade de Previdência Privada —, por divergência jurisprudencial, e, no mérito, negar-lhes provimento. Por unanimidade, não conhecer dos embargos quanto ao tema — Petrobras — Acordo Coletivo de Trabalho 2004/2005 — Cláusula 4^a — Concessão de um Nível Salarial — Progressão Vertical — Plano de Cargos e Salários — Promoção Estabelecida em Termos Genéricos — Alcance — Efeitos perante os Ex-Empregados aposentados e pensionistas — Reajustamento Salarial Concedido de Forma Obliqua —.

Brasília, 18 de março de 2010.

Firmado por assinatura digital (MP 2.200-2/2001)

MINISTRO VIEIRA DE MELLO FILHO
Relator

Acórdão do Tribunal Regional do Trabalho da 22ª Região

- **SERVIÇO SOCIAL AUTÔNOMO. SUJEIÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO ART. 37, CAPUT, DA CF/88. OBRIGATORIEDADE DE SELEÇÃO PÚBLICA PARA CONTRATAÇÃO DE EMPREGADOS. ESCOLHA DE CRITÉRIOS OBJETIVOS EM RESPEITO À ISONOMIA E IMPESSOALIDADE.** Os serviços sociais autônomos, entes paraestatais não integrantes da Administração Direta ou Indireta, com regime predominante de direito privado, mas parcialmente derogado por normas de direito público, sujeitam-se quando da contratação de seus empregados aos critérios objetivos e aos parâmetros estabelecidos no art. 37, *caput*, da CF/88. Não se trata de obrigar o ente paraestatal a realizar concurso público, nos moldes do art. 37, II, da CF/88, mas observar, em seleção pública, critérios objetivos, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da CF/88, de modo que a contratação de seu pessoal deverá ser precedida de processo seletivo de provas ou de provas e títulos de acordo com a natureza e a complexidade de suas atribuições e requisitos específicos para o exercício de atividades. Precedente do TCU no acórdão 3906-25/08-2, de 30.09.2008.

Processo: 001367-2008-004-22-00-1.

RECURSO ORDINÁRIO E RECURSO ADESIVO

RECORRENTES: MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO — PROCURADORIA REGIONAL DO TRABALHO DA 22ª REGIÃO E SERVIÇO DE APOIO ÀS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS DO PIAUÍ — SEBRAE

RECORRIDOS: OS MESMOS

RELATOR: DESEMBARGADOR FRANCISCO METON MARQUES DE LIMA

Trata-se de **RECURSO ORDINÁRIO** interposto pelo **SERVIÇO DE APOIO ÀS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS DO PIAUÍ — SEBRAE** e de **RECURSO ADESIVO** interposto pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO — PROCURADORIA REGIONAL DO TRABALHO DA 22ª REGIÃO**, em face da sentença de fls. 852/861, integrada pela decisão

de fls. 880/882, que, após rejeitar a preliminar de incompetência absoluta da Justiça do Trabalho e a preliminar de falta de interesse de agir do Ministério Público do Trabalho, julgou parcialmente procedente o pedido objeto da exordial para condenar o SEBRAE a adotar as seguintes providências, a partir do trânsito em julgado da decisão: I — obrigação de fazer — realizar processo seletivo nas suas contratações, com critérios objetivos, observando (a) a elaboração de provas objetivas com conteúdo compatível ao emprego a ser ocupado; (b) convocar aprovados conforme a ordem de classificação do processo seletivo; (c) dispensar empregados de processo seletivo somente em casos excepcionais de contratação, quando se estiver diante de cargos de direção, chefia e assessoramento superior, devidamente previstos em regulamento interno anteriormente publicado e, ainda nos casos de contratações emergenciais, devidamente justificadas, não podendo a mesma

exceder o tempo necessário do processo seletivo de caráter objetivo; (d) publicar o resultado do processo seletivo em pelo menos um jornal de grande circulação do Estado; II – obrigação de não fazer — deixe de praticar os seguintes atos (a) utilizar entrevistas, testes psicológicos, dinâmica de grupos e análise curricular como etapas classificatórias e eliminatórias no processo seletivo, (b) recrutar empregados internos, devendo todas as vagas ser objeto de divulgação externas, mediante publicação do Edital do processo seletivo em pelo menos um jornal de grande circulação no estado, concedendo-se prazo razoável para inscrição, (c) prover emprego de forma derivada, podendo haver promoção apenas na mesma carreira (promoção horizontal), vedando-se a promoção vertical, (d) discriminar, por qualquer critério (gênero, raça, idade ou outro), candidato a ser contratado após o certame, (e) identificar, por qualquer meio, candidato no processo de seleção e, em caso do não atendimento das obrigações, aplicar-se-á multa de R\$ 100.000,00 por cada item descumprido, a ser convertida em prol do Fundo de Amparo ao Trabalhador. Custas no importe de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), a cargo do réu.

O recorrente/réu argúi as preliminares de incompetência da Justiça do Trabalho para conhecer e julgar a presente ação civil pública e de falta de interesse de agir do Ministério Público.

No mérito, em primeiro lugar, sustenta sua natureza jurídica de pessoa jurídica de direito privado paralela ao Estado, demonstrando a opinião da doutrina nacional neste sentido.

Sustenta, ainda, que não se encontra sujeito à regra constitucional do concurso público, já que inexistente lei impondo-lhe tal dever e por ser pessoa jurídica de direito privado, pode fazer tudo o que a lei não lhe proíbe, diferentemente da administração direta e indireta que só pode fazer aquilo que expressamente a lei autoriza.

Por sua vez, o MPT, em sede de recurso adesivo, alega a presença dos pressupostos autorizadores da concessão da antecipação dos

efeitos da tutela, indeferida por ocasião da sentença primária, quais sejam, verossimilhança da alegação e receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

Contra-razões por parte do MPT e do SEBRAE, respectivamente, às fls. 951/958 e 964/971.

Relatados.

VOTO

1. CONHECIMENTO

Os recursos ordinário e adesivo são cabíveis e tempestivos (fls. 937/959). Custas e depósito recursal recolhidos (fls. 934/936). Parte regularmente representada (fl. 227). Satisfeitos os pressupostos de admissibilidade, conheço dos presentes recursos.

2. PRELIMINARES

2.1. *Incompetência material da Justiça do Trabalho*

Sustenta o réu/recorrente a incompetência material da Justiça do Trabalho, ao argumento de que a matéria em apreço não se refere a conflitos de relações de trabalho ou dela decorrentes, pois a lide versa sobre a contratação eventual de futuros empregados.

Assevera, ainda, que o que o Ministério Público do Trabalho realmente pretende não é que esta Justiça Especializada apure o descumprimento de alguma lei trabalhista ou o desrespeito a algum direito social do trabalhador, mas sim que a Justiça do Trabalho solucione conflito que se coloca no âmbito do Direito Administrativo e do Direito Constitucional.

Sem razão, contudo, o recorrente.

O art. 114 da CF/88 indica que a causa de pedir e o pedido determinam o espectro de competência material da Justiça do Trabalho. No caso, a pretensão envolve a defesa de direito difuso, em potencial, de todos os trabalhadores participarem de seleção pública com critérios objetivos para o ingresso nos quadros do recorrente, ademais, em seu inciso IX prevê ainda

que a Justiça do Trabalho é competente para processar e julgar as ações oriundas da relação de trabalho, bem como outras controvérsias, em que se inserem as questões relacionadas fase à pré-contratual, sobretudo porque as contratações realizadas pelo SEBRAE são regidas pelas normas trabalhistas, seja qual for o processo seletivo adotado.

Apesar da CLT ser um diploma legislativo aplicado por excelência a partir da execução do contrato de trabalho, isso não retira da Justiça do Trabalho a competência para apreciar a presente controvérsia, já que a ela foi cometida a apreciação dos litígios decorrentes da relação de trabalho em sentido amplo, o que abrange aqueles que ainda não tenham iniciado sua execução.

É a mesma lógica jurídica que se utiliza para se chegar à conclusão de que a Justiça Trabalhista é competente para apreciar os litígios fundados em prestações devidas após a extinção do contrato de trabalho.

Este Egrégio Tribunal já teve oportunidade de manifestar-se sobre o tema relacionado à competência da Justiça do Trabalho para o julgamento de matéria semelhante. No caso concreto, o MPT ajuizara ação civil pública objetivando provimento jurisdicional para obrigar ente público a realizar concurso público para admissão de pessoal em seus quadros, adotando os acórdãos as seguintes ementas:

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA — CONTRATAÇÃO DE MÃO DE OBRA SEM CONCURSO PÚBLICO — COMPETÊNCIA MATERIAL DA JUSTIÇA LABORAL — Tratando-se de prestação de fato, abstenção de fato, ou tutela de bem jurídico que decorra de obrigação constitucional inerente a contrato de emprego, ainda que implícita neste, buscar a nulidade de contratações efetivadas sem concurso público, bem como fazer cessá-las, a competência para o deslinde da ação civil pública é da Justiça do Trabalho. Entendimento contrário constitui visão limitada, acanhada e descompassada com os tempos atuais quando se via o direito

do trabalho apenas como normatizador de uma simples e genuína relação obrigacional e o seu Órgão aplicador com competência apenas para dirimir as questões dela decorrentes, brigas entre patrão e empregado, quando andava a Justiça Laboral a reboque do Poder Executivo impregnada de fortes ranços administrativos e não jurisdicionais. A função hodierna do direito material e processual do trabalho não é somente de prender atenção a minudências dos litígios individuais, mas também de enfrentar dimensões maiores, dirimir com exclusividade, direitos/interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, questões administrativas, penais e previdenciárias que se originaram dos seus domínios, de suas lides. Em suma, enxergar, no direito do trabalho, o seu cunho publicista e não exclusivamente privatístico, vislumbrando-o como um ramo do direito no qual também se discute questões de direito público (Acórdão n. 960/2002, Proc. n. 209-2002-003, publicado no DJE em 21.6.2002)”.

Rejeita-se a preliminar.

2.2. Falta de interesse de agir do MPT

Alega o réu/recorrente que o MPT busca o controle concentrado de constitucionalidade do regulamento de seleção e contratação de empregados do SEBRAE, o que lhe seria defeso, por se tratar de competência exclusiva do STF. Desse modo, a ação civil pública não se mostra útil, pois não pode ser manejada como sucedâneo de ADIN.

Os argumentos não merecem prosperar.

Conforme já assinalado, o MPT, no desempenho de seu mister, tem o dever de velar pela ordem jurídica e, no caso, pelo direito difuso atinente à acessibilidade aos quadros do ente paraestatal, por entender aplicáveis os princípios previstos no art. 37 da CF/88. Assim, resta evidente o interesse de agir, uma vez que, como defensor da ordem jurídica, o MPT tem necessidade e utilidade da prestação jurisdicional, de sorte que sejam vedadas atitudes, a seu sentir, que violem as garantias constitucionais.

Por meio do Inquérito Civil n. 1.894/2008, apurou o MPT irregularidades na contratação

de pessoal do SEBRAE, por inobservância aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência que devem reger o trato como o dinheiro público. Não logrou êxito em sua tentativa de solução extrajudicial (termo de ajuste de conduta), razão pela qual não lhe restou alternativa, senão submeter a questão à apreciação do poder judiciário.

A alegativa de controle abstrato de constitucionalidade do regulamento a impossibilitar a pretensão, não merece prosperar em face de que a matéria arguida não foi objeto do pedido e a forma de contratação em desacordo com princípios elencados no art. 37 da CF é questão ligada ao mérito e, no momento próprio, será apreciada.

Rejeita-se a preliminar.

3. MÉRITO DO RECURSO ORDINÁRIO

O Ministério Público do Trabalho, analisando a questão sob o aspecto da origem dos recursos, entende que todo aquele que gere dinheiro público, por dever constitucional, é obrigado a demonstrar o seu correto emprego, devendo igualmente observar os princípios que regem a Administração Pública.

Toma por arrimo, sobretudo, a submissão das entidades privadas que realizam despesas com recursos públicos ao que prescreve a Lei de Licitações, levando-lhe a concluir que a contratação de pessoal, cujos salários são custeados com verba pública, deve observar a obrigatoriedade de prévio certame.

O SEBRAE, por seu turno, frisa que ostenta perfil jurídico singular, na medida em que não integra a Administração direta ou indireta, a quem a Constituição expressamente reserva a observância dos princípios enumerados no art. 37. Destaca, no que tange às contribuições compulsórias que lhe são destinadas, que a Constituição Federal apenas lhe determinou a obrigatoriedade de prestação de contas (art. 70, parágrafo único), sujeitando-lhe à fiscalização finalística do TCU.

Quanto à forma de gestão de seu pessoal, esclarece que, apesar de inexistir lei impondo-lhe a contratação de empregados por meio de concurso público, adota um Regulamento de Contratação de seus funcionários (fls. 661/749), denominado Sistema de Gestão de Pessoas, o que afasta o entendimento de que efetua contratações ao seu alvedrio.

Assinala, ainda, que os recursos destinados ao SEBRAE não são os previstos pelo art. 240 da CF, pois não está vinculado ao sistema sindical, mas sim contribuições de intervenção no domínio econômico, como já pacificado pela jurisprudência do STF.

Por fim, argumenta que os serviços sociais autônomos não se sujeitam à Lei n. 8.666/93, pois assim já se pronunciou o TCU, em virtude de não haver tal previsão na própria lei, caindo por terra a tese ampliativa esboçada pelo Ministério Público.

Pois bem.

O cerne da questão consiste em saber se o SEBRAE sujeita-se à utilização de critérios objetivos e isonômicos na realização de seleção pública para contratação de seus empregados, observando os princípios do art. 37 da CF/88.

Não se discute, no presente caso, a obrigatoriedade da realização do próprio certame por parte do recorrente, já que ele mesmo admite que realiza o processo seletivo quando da contratação de seus empregados, tornando incontroverso esse fato. E não deveria ser diferente, já que o SEBRAE possui finalidades e objetivos que o obrigam a assim proceder, quando por exemplo, por gerir dinheiro público se submete, por dever constitucional, à obrigação de demonstrar o seu correto emprego, devendo igualmente observar os princípios que regem a Administração Pública. É o que ocorre quando contrata bens e serviços sob a égide da Lei 8.666/93 (Lei de licitações e contratos administrativos).

O recorrente integra o gênero serviços sociais autônomos. Esses entes não integram a Administração Pública, quer direta, quer indireta

(DL n. 200/67), sendo pessoas jurídicas de direito privado, constituídas pelo Estado e desempenham atividades de interesse público ou social. São instituídos por lei para ministrar assistência ou ensino a certas categoriais sociais ou grupos profissionais, sem finalidade lucrativa, sendo mantidos por dotações orçamentárias ou por contribuições para fiscais. Sua criação depende de autorização legislativa, concretizando-se com o registro de seus atos constitutivos no registro civil respectivo.

Conquanto a criação e instituição dos serviços sociais autônomos direcionem-se primeiramente para realização do dever de assistência atribuído ao Estado, as atividades desses organismos hoje transcendem as funções de assistência, constituindo verdadeiros órgãos de fomento público direcionados para a promoção e desenvolvimento de plena capacitação técnica, aliada a outros aspectos igualmente importantes, de modo a assegurar a integração e progresso no mercado de trabalho.

Embora os serviços sociais autônomos sejam pessoas jurídicas de direito privado, não integrantes da Administração Pública, torna-se evidente o reconhecimento de aspectos que conduzem esses organismos à sujeição de princípios do art. 37 da CF/88.

Em relação ao sistema de controle, os serviços sociais autônomos sujeitam-se à fiscalização do Estado e do controle externo dos Tribunais de Contas (CF/88, art. 70, parágrafo único), na medida em que recebem, sob a forma de repasses, contribuições arrecadadas compulsoriamente das empresas (CF/88, art. 240). Seus dirigentes sujeitam-se à responsabilização por improbidade administrativa (CF, art. 37, § 4º, e Lei n. 8.429/92). Os atos que praticam sujeitam-se ao controle jurisdicional pela via do mandado de segurança (CF, art. 5º, LXIX).

Esses entes submetem-se ainda à responsabilidade objetiva pelos danos que seus agentes, nesta qualidade, causarem a terceiros (CF/88, art. 37, § 6º).

No entanto, há previsão constitucional de recebimento de recursos públicos pela entidade paraestatal (art. 240 da CF). Sendo assim, entende-se que a submissão aos princípios do *caput* do art. 37 da CF/88 é medida que se impõe, pois tais princípios não são dirigidos exclusivamente à Administração Pública, sendo, também, aplicáveis aos entes paraestatais fomentados pelo Poder Público.

Nesse sentido, há de se dizer que os serviços sociais autônomos, embora submetidos a regime jurídico privado, sofrem restrições típicas da Administração Pública, por serem fomentados pelo Poder Público e gozarem de certas prerrogativas dadas somente à Administração Pública.

Por exercer o seu mister, prestando serviço de utilidade pública, o SEBRAE, assim como os demais entes paraestatais, gozam de certas prerrogativas não estendidas a outras pessoas jurídicas de direito privado, pois, conforme se pode depreender do art. 150, VI, “c”, da CF, há imunidade quanto aos impostos sobre a renda, o patrimônio ou os serviços das entidades que prestam serviços de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, enquadrando-se o ente paraestatal na hipótese de imunidade, na medida em que se dedica às atividades de assistência social e de educação para o trabalho.

Ademais, há julgados do Tribunal de Contas que esposam entendimento de que os serviços sociais autônomos devem observar os princípios do art. 37, *caput*, da CF/88. No acórdão AC-3906-35/08-2, julgado em 30.9.2008, o Ministro Augusto Sherman Cavalcanti, determinou ao SESC-AP que “adote processo seletivo nas admissões de pessoal, em observância aos princípios constitucionais da legalidade, moralidade, impessoalidade, isonomia e publicidade, em conformidade com o art. 37 da Constituição Federal e com a jurisprudência do TCU, Acórdão n. 2.305/2007 – Plenário”.

Desta forma, a contratação de empregados para ingresso no SEBRAE, por intermédio de

processo seletivo, deve observar critérios objetivos e seguir os parâmetros estabelecidos no art. 37, *caput*, da CF/88. Aqui não se trata de obrigar o ente paraestatal a realizar concurso público, nos moldes do art. 37, II, da CF/88 e sim que o ente observe, em seleção pública, critérios objetivos, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da CF/88.

Trata-se de observância do Princípio da Transparência, que, apesar de não expresso na Carta Magna, é o enunciado lógico admitido como base de validade para a aplicação do art. 37 da Constituição de 1988 ao SEBRAE, uma vez que seu regulamento, em que pese estabelecer a publicação de ato no sentido de arrebanhar candidatos, não prevê forma objetiva de seleção, impedindo a verificação concreta da lisura do procedimento de recrutamento de empregados do recorrente.

Outra não é a pretensão buscada pelo MPT no presente feito para os potenciais operadores desses recursos e para quem deles se aproveitam. A propósito, não se pode esquecer que o gasto com as contratações é arcado com a mesma verba que o “Sistema S” utiliza para a execução dos serviços de utilidade pública.

Diante disso, questionam-se no presente feito os critérios adotados pelo SGP, que ainda não atendem, por lhes faltar a objetividade necessária, aos princípios da publicidade, da moralidade, da impessoalidade e da eficiência, além de outros como o da supremacia do interesse público sobre o privado, o da isonomia, do amplo acesso dos candidatos, da vinculação ao edital, da obediência à ordem de classificação, etc. Acima de tudo, os princípios republicano e democráticos.

Com efeito, os métodos de seleção previstos no regulamento do SEBRAE não são aptos a garantir uma contratação o mais isenta possível de favorecimentos, desigualdade de participação, acesso restrito, dentre outras práticas intoleráveis no trato da coisa pública.

Essa é a situação de direito colocada sob exame e apurada pelo Ministério Público em

seu inquérito, potencialmente violadora de interesses sociais e individuais indisponíveis relacionados ao acesso a empregos em entidades custeadas pelo Poder Público.

O embasamento utilizado pelo *parquet*, ao contrário do que entende o recorrente, não é desarrazoado, na medida em que o próprio Tribunal de Contas da União, por seu Plenário e Câmaras, vem se posicionando no sentido de que devem ser contemplados pelos serviços sociais autônomos os princípios constitucionais gerais que regem a Administração Pública, tanto para as contratações de pessoal como para o processo licitatório, como se verá, a seguir, das jurisprudências extraídas daquele órgão de controle externo, sem grifos nos originais:

PRESTAÇÃO DE CONTAS. FALHAS QUE NÃO RESULTARAM DANO AO ERÁRIO. APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NAS ADMISSÕES DE PESSOAL. CONTAS REGULARES DE ALGUNS GESTORES E REGULARES COM RESSALVA DE OUTROS.

1. Julgam-se regulares as contas quando expressarem, de forma clara e objetiva, a exatidão dos demonstrativos contábeis, a legalidade, a legitimidade e a economicidade dos atos de gestão dos responsáveis, dando-lhes quitação plena.
2. Julgam-se regulares com ressalva as contas anuais de gestores públicos quando evidenciarem impropriedade ou qualquer outra falha de natureza formal de que não resulte dano ao erário, dando-lhes quitação.
3. Cabe às entidades do denominado Sistema “S” o dever de observarem, nas admissões de pessoal, os princípios constitucionais relativos à Administração Pública em geral, principalmente os da impessoalidade, da moralidade e da publicidade (art. 37, *caput*), e, nas licitações, além dos princípios constitucionais pertinentes, compete atentarem às regras constantes dos seus respectivos Regulamentos de Licitação e Contratos.

(Processo n. 010.075/2005-6, Acórdão n. 338/2007, Primeira Câmara, Relator Ministro Marcos Bemquerer, DOU 2.3.2007) (Sem negritos no original)

É o entendimento também adotado por este Regional no julgamento de controvérsia semelhante, como se ver da ementa a seguir:

ENTIDADES INTEGRANTES DO “SISTEMA S”. SERVIÇOS SOCIAIS AUTÔNOMOS. ATIVIDADES CUSTEADAS POR CONTRIBUIÇÕES COMPULSÓRIAS DESTINADAS À PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE UTILIDADE PÚBLICA PARALELAMENTE AO ESTADO. EXTENSÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS QUE NORTEIAM A DESPESA PÚBLICA, AÍ INCRUSTRADOS OS ATOS DE GESTÃO DE RECURSOS DESTINADOS À CONTRATAÇÃO DE PESSOAL, QUE TÊM COMO ARQUÉTIPO O PRINCÍPIO DA TRANSPARÊNCIA, DE SORTE A GARANTIR UM PROCESSO SELETIVO ISENTO DE APADRINHAMENTOS E QUE CONFIRA IGUALDADE DE OPORTUNIDADE AOS INTERESSADOS.

As entidades integrantes do “Sistema S”, instituídas sob a forma de serviços sociais autônomos, em virtude de utilizarem para seus dispêndios recursos de natureza pública, estão sujeitas aos princípios constitucionais que norteiam a execução da despesa pública, a teor de entendimento consolidado pelo TCU. O Regulamento n. 241/2005, que estabelece normas gerais para o processo seletivo de contratação de pessoal, por carecer de objetividade, não tem aptidão para garantir um critério de seleção isento de apadrinhamentos, a par de não conferir igualdade de participação, o que atenta contra o princípio da transparência.

(Processo n. 01332-2008-001-22-00-3, Relator Desembargador Fausto Lustosa Neto, TRT 22ª Região, 2ª Turma, julgado em 28.4.2009, DJT 10/6/2009.) (Sem negritos no original)

Portanto, considerando-se a sujeição dos entes paraestatais aos princípios do art. 37, *caput*, da CF/88, sem obrigatoriedade de realizar concurso público em estrita observância aos parâmetros do art. 37, II, da CF/88, bastando a adoção de seleção pública, dá-se parcial provimento ao apelo para alterar o item “a” do dispositivo

da sentença, determinando-se que a contratação de pessoal deverá ser precedida de processo seletivo de provas ou de provas e títulos de acordo com a natureza e a complexidade de suas atribuições e requisitos específicos para o exercício de atividades que atendam aos princípios do art. 37, *caput*, da CF/88.

Dessa feita, reformo a sentença apenas para determinar que a contratação de pessoal seja precedida de processo seletivo público, de acordo com a natureza e a complexidade das atribuições e requisitos específicos para exercício das atividades, atendendo aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, sem necessidade, contudo, de que seja feito nos moldes e com a complexidade exigida para os entes de direito público, conciliando, assim os princípios da isonomia e impessoalidade com os da autonomia administrativa e operacional do SEBRAE.

DO MÉRITO DO RECURSO ADESIVO

Em sede de recurso adesivo, o MPT requer que seja deferida a antecipação de tutela, sob o argumento de que a demora processual possibilita o SEBRAE, no seu processo de admissão de pessoal, a não observar os princípios da publicidade, impessoalidade, isonomia, moralidade e eficiência, pois continua contratando empregados mediante métodos extremamente subjetivos, além de realizar recrutamento interno.

No que pese a argumentação do MPT, não vejo necessidade de deferimento da antecipação de tutela pretendida ante a proximidade do julgamento definitivo por esta Corte Trabalhista.

CONCLUSÃO

Por tais fundamentos, **ACORDAM** os Exmos. Srs. Desembargadores da 1ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 22ª Região, por unanimidade, **conhecer dos recursos ordinário e adesivo**, rejeitar as preliminares suscitadas e, no mérito, por maioria, **dar parcial provimento ao recurso ordinário** do SEBRAE para ajustar o dispositivo da sentença de 1º grau a

fim de determinar que a contratação de pessoal seja precedida de processo seletivo público de provas ou de provas e títulos de acordo com a natureza e a complexidade das atribuições e requisitos específicos para exercício das atividades que atendam aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, sob pena de multa de R\$ 100.000,00

(cem mil reais) pelo descumprimento, reversível ao Fundo de Amparo do Trabalhador — FAT e, por unanimidade, **negar provimento ao recurso adesivo** do Ministério Público do Trabalho.

Teresina, 3 de agosto de 2009.

FRANCISCO METON MARQUES DE LIMA
Desembargador Relator

Acórdão do Tribunal Regional do Trabalho da 22ª Região

- MÉDICO. PISO PROFISSIONAL. BASE DE CÁLCULO. FIXAÇÃO EM MÚLTIPLOS DO SALÁRIO MÍNIMO. POSSIBILIDADE. COMPATIBILIDADE COM A CF/88 E COM A SÚMULA VINCULANTE N. 04 DO STF. O salário profissional do médico é estabelecido na Lei n. 3.999/61. Assim, na ausência de lei ou convenção coletiva que estabeleça piso salarial diverso para a categoria, deve-se aplicar a estipulação do salário profissional em múltiplos do salário mínimo (Lei n. 3.999/61), até ulterior edição de lei ou celebração de convenção coletiva que o regule, entendimento este em consonância com a Súmula Vinculante n. 04 do STF e julgamento liminar proferido na RCL n. 6266. O art. 7º, IV, da CF/88 circunscreve-se apenas à utilização do salário mínimo como indexador de obrigações destituídas de natureza salarial. Portanto, comprovada a fixação de piso profissional a menor, impõe-se o pagamento das diferenças salariais e seus reflexos. Recurso conhecido e parcialmente provido.

Processo: 000636-2009-0042-22-00-3
ACÓRDÃO
(1ª TURMA)
Disponibilizado DEJT em 19.11.2009

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Ordinário, n. TRT-RO-00636/2009-004-22-00-3, em que é recorrente MAURÍCIO HENRIQUE SOARES SIQUEIRA MARQUES e recorrido SERVIÇO SOCIAL DA INDÚSTRIA — SESI.

Trata-se de recurso ordinário (fls. 84/94) interposto em face da sentença (fls. 70/74) que declarou prejudicada a prescrição quinquenal e julgou improcedente a reclamationária em que se formulava, com fundamento na Lei n. 3.999/61, pedido de fixação de piso salarial equivalente a 3 salários mínimos e consequente pagamento de diferenças salariais e seus reflexos adstrito aos últimos 5 (cinco) anos, à exceção do FGTS. Custas pelo reclamante, porém dispensadas.

Embargos declaratórios não conhecidos (fls. 79/80).

Nas razões recursais, o recorrente sustenta, em síntese, inexistir inconstitucionalidade na Lei n. 3.999/61, que fixa o piso salarial da categoria dos médicos. Por fim, reitera o pedido do pagamento das diferenças salariais e reflexos, ao argumento que só percebia, como piso profissional, 1 (um) salário mínimo. Requer, ainda, a condenação do recorrido em honorários advocatícios.

Contrarrazões tempestivas (fls. 105/110).

Sem remessa ao MPT (Ato GP n. 33/2007).

Relatados.

VOTO

1. CONHECIMENTO

Recurso cabível e tempestivo (fl. 102). Parte regulamente representada (fl. 13). Depósito

recursal inexigível. Custas dispensadas. Legitimidade e interesse recursais configurados. Preenchidos os pressupostos de admissibilidade, conhece-se do recurso.

2. MÉRITO DO RECURSO

2.1. Prejudicial de prescrição levantada em contrarrazões pelo recorrido

No particular, carece o recorrido de interesse de agir, pois o pleito autoral está adstrito aos últimos 5 (cinco) anos anteriores ao ajuizamento da ação (fls. 06/07), de conformidade com o art. 7º, XXIX, da CF/88, considerando-se que busca pagamento de diferenças salariais e seus reflexos ao argumento de que recebia apenas 01 (um) salário mínimo como piso profissional quando deveria ter recebido 03 (três) salários mínimos (Lei n. 3.999/61).

Quanto ao FGTS, o autor busca o pagamento de supostas diferenças salariais durante a contratualidade (fl. 06), de conformidade com a Lei n. 8.036/96 e Súmula n. 362 do TST.

Assim, resta prejudicada a prefacial.

2.2. Mérito da causa

— Piso salarial dos médicos. Lei n. 3.999/61. Constitucionalidade. Súmula Vinculante n. 04 do STF

A sentença esposou entendimento de que a CF/88 (art. 7º, IV) não recepcionou o art. 5º da Lei n. 3.999/61. Reforçando o fundamento, afirmou que a Súmula Vinculante n. 04 do STF veda a vinculação do salário mínimo para quaisquer fins, julgando improcedente a pretensão.

Assim, cabe perquirir, inicialmente, acerca da constitucionalidade da mencionada lei após o advento da Constituição Federal de 1988, bem como indagar se a inteligência da Súmula Vinculante n. 4 do STF pode interferir nessa interpretação.

Veja-se. A Lei n. 3.999/61 (art. 5º) determina o pagamento do salário profissional da categoria de médico no equivalente a 3 (três) salários mínimos.

Por sua vez, a Constituição Federal de 1988 encerra norma que proíbe a vinculação do salário mínimo para qualquer fim, (art. 7º, IV).

Com efeito, a interpretação a que se chega de tal proibição constitucional circunscreve-se, tão somente, a utilização do salário mínimo como indexador de obrigações destituídas de natureza salarial, por exemplo, parâmetros em preços e serviços com vistas a contê-lo como fator inflacionário da economia. Portanto, não há qualquer atrito com o preceptivo constitucional que veda a vinculação do salário mínimo para “qualquer fim”.

Adotar o salário mínimo como base de cálculo para obrigações trabalhistas, não se objetiva ocasionar efeitos econômicos, mas apenas estabelecer um parâmetro para a sua quantificação.

Trilhar entendimento contrário, pressupõe tornar letra morta institutos protetivos do direito do trabalho como o salário profissional, à míngua de um parâmetro de cálculo, acarretando um irresponsável vazio legislativo a título de defesa cega e veemente da literalidade das palavras do legislador.

Oportuno, transcrever precedente do TST acerca da matéria:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO — RECURSO DE REVISTA — DESCABIMENTO — SALÁRIO PROFISSIONAL — DIFERENÇAS SALARIAIS. Prevalece, nesta Corte, a compreensão da Orientação Jurisprudencial n. 71 da SBDI-2, segundo a qual a — estipulação do salário profissional em múltiplos do salário mínimo não afronta o art. 7º, inciso IV, da Constituição Federal de 1988, só incorrendo em vulneração do referido preceito constitucional a fixação de correção automática do salário pelo reajuste do salário mínimo —. Aplicação dos §§ 4º e 5º do art. 896 da CLT. Agravo de instrumento conhecido e desprovido. (AIRR – 1300/2005-069-15-40.2, Relator Ministro: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, Data de Julgamento: 18.2.2009, 3ª Turma, Data de Publicação: 27.3.2009).”

De modo algum, a vinculação do salário profissional ao salário mínimo contrasta com o art. 7º, IV, da Constituição Federal, que veda a indexação “para qualquer fim”, aí não se compreendendo toda e qualquer obrigação, excluída, portanto, resta a de natureza alimentar. Logo, conclui-se que Lei n. 3.999/61 foi recepcionada pela atual Ordem Constitucional.

Por outro lado, tendo como referência a Súmula Vinculante n. 4 do STF, pode-se, ainda, dizer do mesmo modo que continua aplicável a lei em questão.

A discussão que culminou com a edição da Súmula Vinculante n. 4 do STF, no referente à base de cálculo do adicional de insalubridade, previsto no art. 192 da CLT, é pertinente à questão, impondo-se trazer a lume os aspectos ensejadores do verbete, de sorte a melhor compreender a matéria em debate.

Em maio de 2008, o Supremo Tribunal Federal, proibindo a utilização do salário mínimo como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado e, também, sua substituição por decisão judicial, editou a Súmula Vinculante n. 4 (DOU 9.5.2008).

O verbete sumular teve como precedente a decisão proferida no RE n. 565.714, interposto por policiais militares do Estado de São Paulo, versando sobre a base de cálculo do adicional de insalubridade.

Assim, publicou-se a Súmula Vinculante n. 4 que determina que “salvo nos casos previstos na Constituição, 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.”

Na esteira da edição do verbete sumular, o TST alterou a redação da Súmula n. 228 para acolher, como base de cálculo do adicional de insalubridade, o salário básico.

Entretanto, em julho de 2008, o STF suspendeu parcialmente a Súmula n. 228 do TST, por liminar pedida pela Confederação Nacional da Indústria (CNI) e proferida na Rcl n. 6.266, a qual pende de decisão definitiva de mérito,

ao fundamento de que é contrária à Súmula Vinculante n. 04, tendo o Supremo entendido que não é possível a substituição do salário mínimo, seja como base de cálculo, seja como indexador, antes da edição de lei ou celebração de convenção coletiva que regule o adicional de insalubridade.

Por sua vez, o TST novamente reformulou seu entendimento para que permanecesse a incidência do adicional sobre o salário mínimo até ulterior determinação normativa, de modo que o art. 192 da CLT continuasse a reger as relações obrigacionais, em face da impossibilidade de o Poder Judiciário se substituir ao legislador para definir critério diverso para a regulação da matéria.

Nessa situação, ainda que reconhecida a inconstitucionalidade do art. 192 da CLT e, por via de consequência, da Súmula n. 228 do TST, percebe-se que o próprio STF não permitiu a criação de novo critério por decisão judicial para a base de cálculo do adicional de insalubridade. Logo, tem-se entendido que até que sobrevenha novo critério, por lei ou por negociação ou sentença coletiva, continuará a ser aplicado o salário mínimo para a base de cálculo quando a categoria não tiver piso salarial. Este fundamento foi adotado pela Sétima Turma do TST.

Conforme noticiamento, datado de 5.6.2008, extraído do sítio eletrônico do TST, o entendimento da Sétima Turma é que o STF, ao analisar a questão constitucional sobre a base de cálculo do adicional de insalubridade e editar a Súmula Vinculante n. 04, adotou técnica decisória conhecida no direito constitucional alemão como “declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade: a norma embora declarada inconstitucional, continua a reger as relações obrigacionais, em face da impossibilidade de o Poder Judiciário se sobrepor ao Legislativo para definir o critério diverso para a regulação da matéria.”

Vale citar trecho da liminar que suspendeu a eficácia da Súmula n. 228 do TST, nos autos da

Rcl. n. 6.266, da lavra do Presidente do Supremo — Ministro Gilmar Mendes:

“(…) Com efeito, no julgamento que deu origem à mencionada Súmula Vinculante n. 04 (RE n. 565.714), esta Corte entendeu que o adicional de insalubridade deve continuar a ser calculado com base no salário mínimo, enquanto não superada a inconstitucionalidade por meio de lei ou convenção coletiva.”

Apreciados os aspectos que ensejaram a edição da Súmula Vinculante n. 04, assim como a atual jurisprudência referente à base de cálculo do adicional de insalubridade, verifica-se que a sentença não pode prosperar quanto ao entendimento da não recepção do art. 5º da Lei n. 3.999/61 pela CF/88.

É que a interpretação construída para as hipóteses da base de cálculo do adicional de insalubridade é perfeitamente aplicável ao caso do piso salarial fixado em múltiplos de salários mínimos. Pensar em sentido contrário implica redução de direitos trabalhistas. Além disso, a própria Constituição Federal garante aos trabalhadores urbanos e rurais o direito ao piso salarial (art. 7º, V), guardando um mínimo de eficácia a despeito da limitação eficaional da norma.

Assim sendo, não se pode maximizar a efetividade do art. 7º, IV, da CF/88, esvaziando-se por completo a eficácia do art. 7º, V, da própria Constituição.

Portanto, na ausência de lei ou convenção coletiva que estabeleça piso salarial diverso para a categoria (médicos), deve-se aplicar a estipulação do salário profissional em múltiplos do salário mínimo, nos termos da Lei n. 3.999/61, até ulterior edição de lei ou celebração de convenção coletiva que o regule.

Reconhecida a recepção do salário profissional, conforme definido na Lei n. 3.999/61, cumpre analisar se, de fato, o recorrente percebia o piso profissional em patamar inferior e se faz jus às diferenças salariais postuladas.

— **Diferenças salariais. Compensação/Dedução**

O recorrente alega que durante a contratualidade (1º.9.1988 a 6.8.2008 – fl. 16) sempre recebeu 01 (um) salário mínimo como piso da categoria (médico), quando deveria ter recebido 03 (três) salários mínimos (Lei n. 3.999/61), fazendo jus, então, ao pagamento da diferença salarial e reflexos dos últimos 5 (cinco) anos, à exceção do FGTS.

O recorrido, por sua vez, em contrarrazões (fls. 105/110) rebate a pretensão argumentando que a Lei n. 3.999/61 não foi recepcionada. Na eventualidade de reconhecimento da recepção da Lei n. 3.999/61, levanta a prejudicial de prescrição parcial e pugna pela “compensação” de valores já pagos a idênticos títulos.

Em contestação (fls. 63/65), matéria não ventilada em contrarrazões, o reclamado argumenta, ainda, que inexistiria direito à diferença salarial postulada em razão de o reclamante, na verdade, só cumprir jornada de 2 (duas) horas diárias e não 4 (quatro) horas. Invoca para amparar a arguição o teor da Súmula n. 370 do TST.

De fato, o entendimento jurisprudencial consubstanciado na Súmula n. 370 do TST, diz que a Lei n. 3.999/61 estabelece o salário mínimo da categoria para uma jornada de 4 horas para os médicos, porém a matéria perde interesse porque não foi reiterada em contrarrazões e nem foi comprovada a arguição, pois o recorrido sequer acostou aos autos cópia do contrato de trabalho que informaria, em tese, a jornada laboral. Ademais, os contracheques juntados aos autos (fls. 41/49) veiculam informação, no canto superior direito, de que a jornada trabalhada era de 120 horas, em alguns meses (fls. 43/45), e, em outros, de 220 horas (fls. 46/49), inferindo-se daí que a jornada não era só de 2 (duas) horas diárias.

Dito isto, considerando-se que as teses de recepção da Lei 3.999/61 e da prescrição parcial já foram superadas, passa-se à análise do suposto

direito às diferenças salariais postuladas, assim como no referente à temática da compensação.

Com efeito, prescreve os arts. 1º, 5º, 8º, “a” e 12 da Lei n. 3.999/61, *in verbis*:

“Art. 1º O salário-mínimo dos médicos passa a vigorar nos níveis e da forma estabelecida na presente lei.

(...)

Art. 5º Fica fixado o salário-mínimo dos médicos em quantia igual a três vezes e o dos auxiliares a duas vezes mais o salário-mínimo comum das regiões ou sub-regiões em que exercem a profissão.

(...)

Art. 8º A duração normal do trabalho, salvo acordo escrito que não fira de modo algum o disposto no artigo 12, será:

a) para os médicos, no mínimo de duas horas e no máximo de quatro horas diárias;

(...)

Art. 12. Na hipótese do ajuste ou contrato de trabalho ser incluído à base-hora, o total da remuneração devida não poderá perfazer quantia inferior a vinte e cinco (25) vezes o valor da soma das duas (2) primeiras horas, conforme o valor horário calculado para a respectiva localidade”.

Os contracheques do empregado (fls. 40/49) consignam as rubricas e os valores a seguir elencados:

MÊS/ANO	RUBRICA	VALOR (R\$)
Abril/2006 (fl. 48)	Salário Port. n. 229/86	354,55 354,55
Junho/2006 (fl. 47)	Salário Port. n. 229/86	354,55 354,55
Março/2007 (fl. 49)	Salário Port. n. 229/86	354,55 354,55
Agosto/2007 (fl. 46)	Salário Port. n. 229/86	407,21 407,21
Novembro/2007 (fl. 45)	Salário Port. n. 229/86	407,21 407,21
Janeiro/2008 (fl. 43)	Salário Port. n. 229/86	407,21 407,21
Abril/2008 (fl. 42)	Salário Port. n. 229/86	415,00 415,00
Junho/2008 (fl. 40)	Salário Port. n. 229/86	440,00 440,00

O acordo coletivo 2008/2009 (fls. 26/27), em sua cláusula 6, determina que “fica garantido que o menor piso salarial dos empregados do SESI/DR/PI será de R\$ 440,00 (quatrocentos e quarenta reais), a partir de maio de 2008”.

Comprovado, desse modo, que o recorrente percebia, como salário-base, apenas o menor piso profissional dos empregados do SESI que, de fato, é inferior a 3 (três) salários mínimos.

Por sua vez, o recorrido informa que a rubrica denominada “Port. n. 229/86” constante dos contracheques acostados aos autos, refere-se a uma complementação do salário-base a fim de atingir o salário mínimo da categoria profissional do reclamante, requerendo, por isso, a “compensação” dos referidos valores, assim como em relação aos valores já pagos a título de verbas rescisórias (fls. 15/17); férias, 13º salário, FGTS de todo o período e FGTS da rescisão (fls. 20/21).

A informação do recorrido, não impugnada pelo recorrente, afigura-se plausível, pois o valor do menor piso salarial dos empregados do reclamado era de R\$ 440,00 em maio de 2008 e este valor, percebido pelo reclamante como salário-base, é o mesmo valor da complementação paga sob a rubrica “Port. n. 229/86”.

Confunde, entretanto, o recorrido os institutos da compensação e da dedução, pois aquela é forma de extinção de obrigações, devendo ser arguida como matéria de defesa (art. 767 da CLT). Já a dedução, podendo ser determinada de ofício pelo juízo, visa a obstar o enriquecimento sem causa, desde que comprovado nos autos o pagamento de parcelas sob idênticos títulos.

Assim, dá-se parcial provimento ao recurso ordinário, para condenar o recorrido a pagar ao recorrente as diferenças salariais decorrentes do pagamento a menor do piso profissional da categoria (Lei n. 3.999/61), adstritas aos últimos 5 (cinco) anos do ajuizamento da ação, à exceção das diferenças do FGTS, bem como seus reflexos sobre as verbas trabalhistas (férias, 13º salário e FGTS) e a diferença salarial oriunda da rescisão contratual (fl. 16) e das parcelas do

seguro-desemprego (fls. 18/19), determinando-se a dedução dos valores já pagos sob a rubrica “Port. n. 229/86” e a título de verbas rescisórias (fls. 15/17); férias, 13º salário e FGTS de todo o período e FGTS da rescisão (fls. 20/21).

— **Multa do art. 477 da CLT**

Razão não assiste ao recorrente, pois já houve pagamento das verbas rescisórias incontroversas no prazo legal (fl. 16). Assim, o empregador não pode ser responsabilizado pelo pagamento da penalidade prevista no referido dispositivo, pois, como a controvérsia atinente às diferenças salariais somente foi reconhecida em juízo, a partir daí é que serão devidas as verbas rescisórias remanescentes. Dessa forma, não se pode falar em mora do empregador e, conseqüentemente, na sua condenação à multa pleiteada. Nega-se provimento.

— **Inaplicabilidade do art. 467 da CLT**

Inaplicável à situação a penalidade prevista no art. 467 da CLT, pois não houve reconhecimento pelo reclamado de qualquer verba incontroversa (fls. 59/66).

— **Honorários advocatícios**

Verifica-se que o recorrido, embora tenha declarado não dispor de condições de demandar em juízo (fl. 12), não está assistido por sindicato profissional, mas, sim, por patrono particular

(fl. 13). Insatisfeitos os requisitos para o deferimento dos honorários advocatícios, nos termos das Súmulas ns. 219 e 329 do TST, nega-se provimento.

ISTO POSTO

ACORDAM os Desembargadores da Primeira Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 22ª Região, por unanimidade, conhecer do recurso ordinário e, no mérito, dar-lhe parcial provimento para condenar o recorrido a pagar ao recorrente as diferenças salariais decorrentes do pagamento a menor do piso profissional da categoria (Lei n. 3.999/61), adstritas aos últimos 5 (cinco) anos do ajuizamento da ação, à exceção das diferenças do FGTS, bem como seus reflexos sobre as verbas trabalhistas (férias, 13º salário e FGTS) e a diferença salarial oriunda da rescisão contratual (fl. 16) e das parcelas do seguro-desemprego (fls. 18/19), determinando-se a dedução dos valores já pagos sob a rubrica “Port. n. 229/86” e a título de verbas rescisórias (fls. 15/17); férias, 13º salário e FGTS de todo o período e FGTS da rescisão (fls. 20/21). Arbitra-se o valor da condenação em R\$ 30.000,00.

Teresina, 4 de novembro de 2009.

Desembargador **ARNALDO BOSON PAES**

Relator

GDABP/rad



Jurisprudência

Sentenças



1ª Vara do Trabalho de Uberlândia – MG

Autos n. 00320-2009-043-03-00-8.

Vistos,

Inclua-se a reclamação na pauta de julgamento do dia 24.6.2009 às 17h45min.

Intimem-se.

Uberlândia – MG, 24 de junho de 2009.

Marcel Lopes Machado

Juiz do Trabalho

Aos 24 de junho de 2009, às 17h45min, na sede da 1ª Vara do Trabalho de Uberlândia — MG, na presença do Dr. Marcel Lopes Machado, Juiz do Trabalho, foi submetida a julgamento a reclamação anulatória de eleições sindicais proposta por Ronildo Cabral da Silva, Girlei Luis, José Damasceno de Lima e Carlos Humberto da Silva em face de STTRU — Sindicato dos Trabalhadores em Transportes Rodoviários de Uberlândia e Região.

I – RELATÓRIO:

Ronildo Cabral da Silva, Girlei Luis, José Damasceno de Lima e Carlos Humberto da Silva ajuizaram reclamação anulatória de eleições sindicais em face de STTRU — Sindicato dos Trabalhadores em Transportes Rodoviários de Uberlândia e Região, alegando: associados do sindicato que representa sua categoria profissional; houve irregularidades praticadas pelo diretor presidente; houve nulidade no edital de convocação das eleições; houve fundamentos para concessão de medida liminar. Formulou os correspondentes pedidos. Atribuiu à causa o valor de R\$ 1.000,00. Juntou docs. de f. 14/67, declarações de f. 68/70 e f. 79, procurações de f. 71/73, f. 78 e substabelecimentos de f. 80/81.

Decisão às f. 75 indeferiu a antecipação dos efeitos da tutela.

Notificado, o reclamado apresentou defesa escrita: arguiu preliminares de ilegitimidade ativa; impossibilidade jurídica do pedido; no mérito, contestou todos os fatos e pedidos e requereu a aplicação da sanção de litigância de má fé. Juntou procuração de f. 101, docs. de f. 102/227.

Impugnação às f. 232/240.

Parecer escrito do MPT às f. 248/254.

Manifestações do reclamado às f. 256/260 e f. 264/267.

Em audiência, encerrou-se a instrução.

Razões finais orais dos reclamantes e escritas do reclamado, acompanhada dos docs. de f. 294/389.

Inconciliados.

II – FUNDAMENTAÇÃO:

II. 1 – PRELIMINARES:

A – CONDIÇÕES DA AÇÃO:

É parte legítima para figurar no polo ativo da demanda aquele que formula a **pretensão de direito processual**, uma vez que a análise das condições da ação se faz abstratamente, “*in status assertione*”.

Os docs. de f. 14, f. 30/31, f. 54/63 e f. 137/138 demonstram que os reclamantes compõem o quadro de associados e dirigentes do reclamado, e, via de consequência, lhes atribuem a pertinência temática para o conteúdo jurídico meritório pretendido na reclamação, art. 525, “b” da CLT.

Não existe impossibilidade jurídica do pedido, uma vez que pretensão processual deduzida, além de não vedada pelo ordenamento jurídico, é expressamente autorizada por este, ante sua previsão legal no art. 8º c/c

Convenções ns. 87 e 98 da OIT c/c art. 513, “c” e 524 da CLT.

Ademais, a análise das condições da ação se faz abstratamente, “*in status assertione*”, vez tratar-se de matéria afeta à pretensão de direito processual.

Por fim, a análise da legalidade e/ou ilegalidade da convocação das eleições sindicais no reclamado é matéria de análise do mérito, por se tratar de pretensão de direito material, art. 524 da CLT.

Rejeitam-se as preliminares.

II. 2 – MEDIDAS SANEADORAS:

A – PROTESTOS JUDICIAIS:

Declarada a preclusão da produção de prova documental no termo de audiência de 84, bem como, encerrada a instrução processual no termo de audiência de f. 268/269, não se recebe os documentos apresentados pelo reclamado após o encerramento da instrução processual, face à preclusão do ato processual, art. 396 do CPC c/c inteligência da Súmula n. 08 e OJ n. 20 da SDI-2 do TST, uma vez que é defeso aos órgãos da Justiça do Trabalho conhecer de questões a cujo respeito operou-se a preclusão lógica, temporal e consumativa, art. 836 da CLT c/c art. 473 do CPC.

Devolvam-se os documentos ao signatário, certificando-se, mantendo-se apenas sua petição.

Mantém-se, ainda, a decisão do termo de f. 268/269 que indeferiu a realização de perícia técnica requerida pelo reclamado sobre o doc. de f. 254 apresentado pelo MPT, por se tratar de diligência desnecessária ao resultado útil da lide, art. 765 da CLT c/c art. 130 do CPC.

II. 3 – MÉRITO:

A – CONVOCAÇÃO DE ELEIÇÕES SINDICAIS. NULIDADE. DIREITO CONSTITUCIONAL FUNDAMENTAL À DEMOCRACIA PARTICIPATIVA. DIREITO À LIBERDADE E PARTICIPAÇÃO DEMOCRÁTICA NA ENTIDADE SINDICAL. APLICABILIDADE E EFICÁCIA

HORIZONTAL DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS:

Com razão os requerentes e o Ministério Público do Trabalho em sua pretensão e parecer escrito, respectivamente, de declaração de **nulidade** do edital de convocação das eleições sindicais, art. 9º da CLT, e, via de consequência, sua pretensão de determinação de **edital** para **nova eleição sindical, com restituição de prazo para inscrição de chapas de concorrência aos cargos eletivos** do reclamado, art. 529 da CLT.

Isto porque, a **cláusula 45ª** do Estatuto Sindical, doc. de f. 16/26 e f. 103/113, cria injustificável **prerrogativa unilateral** da convocação de eleições no período de antecedência de **30 a 150 dias das eleições**, é contrária ao art. 532 da CLT, caput da CLT, norma de ordem pública, caráter cogente e imperativa, que fixa o prazo de **30 a 60 dias**.

Chama a atenção, o **edital de publicação e convocação das eleições sindicais**, Diário do Comércio, doc. de f. 15 e f. 354, página 4ª, na data de 27.1.2009, com prazo **imediato de 03 dias para inscrição de chapas**, para eleição designada para o dia 18.6.2009, porquanto, conforme registrado pelo MPT no seu parecer de f. 248/254, **inviabilizou-se qualquer participação democrática interna corporis** para inscrição de chapas concorrentes ao Presidente, o que, na convicção deste Magistrado, viola o **princípio constitucional da democracia participativa** que informa os fundamentos da República Federativa do Brasil, art. 1º, parágrafo único da CR/88⁽¹⁾,

(1) A consagração de um Estado Democrático pretende, precipuamente, afastar a tendência humana ao **autoritarismo e concentração de poder**. Como ensina Giuseppe de Vergottini, o Estado autoritário, em breve síntese, caracteriza-se pela concentração no exercício do poder, prescindindo do consenso dos governados e repudiando o sistema de organização liberal, principalmente a separação das funções do poder e as garantias individuais. O Estado Democrático de Direito significa a **exigência de reger-se por normas democráticas, com eleições livres, periódicas e pelo povo**, bem como pelo respeito das autoridades públicas aos direitos e garantias fundamentais (...).

direito fundamental de 3ª dimensão⁽²⁾, cuja aplicabilidade estende-se nas relações público — privadas (Estado — Cidadão) e privadas — privadas (Cidadãos/Pessoas Jurídicas — Cidadãos), em razão da **eficácia horizontal dos direitos humanos fundamentais**⁽³⁾, STF — 2ª T. —

Como é possível verificar, a partir do Direito Constitucional Comparado, modernamente a soberania popular é exercida em regra por meio da Democracia Representativa, **sem contudo descuidar-se da Democracia Participativa**, uma vez que são vários os mecanismos de participação mais intensa do cidadão nas decisões governamentais (plebiscito, referendo, iniciativa popular), bem como são consagrados mecanismos que favorecem a existência de vários grupos de pressão (direito de reunião, direitos de associação, direitos de petição, direito de sindicalização). Todavia, a representação política não deve ser **mera-mente teórica**, pois uma **Democracia autêntica e real** exige **efetiva participação** popular nas decisões governamentais e, em especial, **na escolha de seus representantes**. Mister-se faz a adequação de mecanismos que **ampliem a eficácia da representatividade**, sejam preventivos, por meio de um maior interesse do cidadão nas eleições, sejam repressivos, por meio de práticas Democracia semidireta, pois, como adverte Dalmo Dallari, a **crise da Democracia representativa pode gerar regimes autoritários**, pois, “se o povo não tem participação direta nas decisões políticas e se, além disso, não se interessa pela escolha dos que irão decidir em seu nome, preferindo-se submeter ao governo de um grupo que atinja os postos políticos por outros meios que não as eleições”. In MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada*. Ed. Jurídico Atlas. 6. ed., p. 131-132.

- (2) “A história dos direitos humanos — direitos fundamentais de três gerações sucessivas e cumulativas, a saber, direitos individuais, direitos sociais e direitos difusos — é a história mesma da **liberdade moderna, da separação e limitação de poderes**, da criação de mecanismos que auxiliam o homem a concretizar valores cuja identidade jaz primeiro na Sociedade e não nas esferas do poder estatal (BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. Malheiros. 7. ed., p. 528)”.

- (3) “A ideia de Drittwirkung ou de **eficácia de directa dos direitos fundamentais na ordem jurídica privada continua**, de certo modo, o projecto da modernidade: modelar a sociedade civil privada segundo os valores de **razão, justiça, progresso** do Iluminismo. Este código de leitura — pergunta-se — não estará irremediavelmente comprometido pelas concepções múltiplas e débeis da pós-modernidade?” (...)

E, a partir de uma perspectiva **racional**, cumpre insistir, mais e mais, na luta pela implementação dos **grandes valores do Iluminismo**, de liberdade, igualdade, **democracia** e solidariedade”. In SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Lumen Juris Editora: 2008. 2. ed., 2. tir., p. 44-45.

Votos dos Ministros Gilmar Mendes e Joaquim Barbosa no REXT 201.809-RJ — DJU 26.4.2005, In *Informativos STF*, ns. 385 e 405.

“Com efeito, predomina hoje a visão de que a ideia de **democracia** não mais se circunscreve à existência de eleições periódicas com respeito do princípio majoritário. Afirma-se, hoje, que a democracia pressupõe a existência de um espaço público aberto, em que as pessoas e grupos possam discutir sobre os temas polêmicos, prontas ao diálogo, reconhecendo-se reciprocamente como seres livres e iguais. A **democracia exige deliberação pública**, e o seu objetivo não é — ou pelo menos não é exclusivamente — o de **solucionar divergências contando votos**. Presume-se, pelo contrário, que no processo deliberativo as pessoas manifestem-se buscando o entendimento e não a derrota do adversário. Pretende-se que, no espaço público, os cidadãos orientem-se pela busca do bem comum, e não pela defesa incondicional de seus interesses pessoais ou de grupo. Almeja-se, enfim, que no debate franco de ideias inerente a este processo, as pessoas eventualmente revejam suas posições originais, convencidas pelas razões invocadas pelo outro. Em suma, a democracia deve ser mais diálogo do que disputa; mais comunicação do que embate. (...).

Portanto, o aprofundamento do projeto democrático exige a ampliação dos espaços em que seja assegurado às pessoas o direito à participação na tomada de decisões que as atingirem. Para Karl Larenz, um dos princípios do “**direito justo**”, que condiciona a legitimidade dos ordenamentos jurídicos, é o **princípio da participação**, que, no âmbito do Direito Privado, significa que “(...) *cada miembro de una asociación tiene un irrenunciable derecho (...) a participar em los asuntos comunes y em La formación de la voluntad social*”.

Apreciando questão semelhante em Portugal, Canotilho e Vital Moreira não hesitaram em reconhecer que o princípio democrático “(...) não é um “princípio político” cujo âmbito se deva limitar à esfera política estadual. A Constituição conforma-o como princípio abrangente que, de forma

tendencial, se deve estender a diferentes aspectos da vida econômica, social e cultural (...). Como princípio de legitimação e organização, não releva apenas para o Estado ou para as coletividades políticas em geral. Vale também para as organizações sociais, designadamente para aquelas que, pelo seu poder social, assumem um particular relevo político⁽⁴⁾.

Verifica-se, inclusive, que o Presidente da entidade sindical reclamada sequer publicou a convocação e o prazo de inscrição para chapas concorrentes nas eleições no informativo do sindicato, doc. de f. 27/29, utilizando-o apenas para fins políticos, mas não, para informação de direitos e interesses da categoria profissional.

Constata-se também que a publicação do edital, em letras minúsculas, sem qualquer titulação, com prazo imediato de 03 dias de inscrição para chapas concorrentes se deu no dia 26.1.2009, e que houve a inscrição de chapa única, do próprio Presidente, na data de 29.1.2009, doc. de f. 224/227, mantendo-se como Presidente, perpetuando-se no cargo.

Em suma, o ato, além de violar direito fundamental à informação e participação democrática dos associados e de toda uma categoria profissional, visou beneficiar o seu próprio autor, o atual Presidente, o que é ilícito, art. 9º da CLT, porquanto nenhum interesse meramente individual se sobrepõe em detrimento da ordem pública, constitucional e coletiva do trabalho, art. 444 da CLT⁽⁵⁾.

(4) *Ibidem*, p. 307, 311 e 312.

(5) “Dante Alighieri, em feliz expressão, disse que o direito é uma proporção real e pessoal, de homem para homem, que, conservada, conserva a sociedade; corrompida, corrompe-a. Interpretando essa lição, esclarece Miguel Reale que a medida da proporção é o homem em relação a outro homem porque o direito tutela as coisas somente em razão dos homens. O direito é, portanto, uma ordenação bilateral atributiva das relações entre os homens, na busca do bem comum, o qual é visto modernamente como uma estrutura social na qual são possíveis e necessárias as formas de participação e de comunicação de todos os indivíduos e grupos porque a ordem estabelecida o é não para a satisfação individual, mas, na mira da realização de uma convivência ordenada, traduzida

Verifica-se que estes fatos ocorreram anteriormente, com idêntica conduta do atual Presidente, que desde 1994, 1999, 2004, mantém-se Presidente, com convocação de eleições sem nenhuma possibilidade plausível de inscrição de chapas concorrentes, docs. de f. 353/354, f. 373/375 e f. 383/384, porquanto sempre houve única e exclusivamente a inscrição de sua própria chapa, o que é contrário, em síntese e em última análise, à própria noção de um Estado Democrático de Direito⁽⁶⁾.

Por fim, as próprias declarações emitidas às f. 220, f. 240 e f. 254 pelo Jornal Diário do Comércio demonstram a impropriedade e falta de credibilidade das informações, porquanto seu conteúdo atendeu aos interesses de cada um dos litigantes, sem contudo, demonstrar a divulgação, informação e publicidade das eleições sindicais em cada uma das 07 cidades que compõem a base territorial do reclamado.

Razão pela qual, declara-se a nulidade do edital de convocação de f. 15 e f. 354 e, via de consequência, da eleição sindical com “chapa única” realizada na data de 18.6.2009.

na expressão “bem comum”, admitida e reclamada pela sociedade em um dado momento”. In MELO, Raimundo Simão de. *Ação Civil Pública na Justiça do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2004.

(6) “O advento do Estado de Direito promoveu profunda subversão nestas ideias políticas, que eram juridicamente aceitas. Ao afirmar a submissão do Estado, isto é, do Poder ao Direito e ao regular a ação dos governantes nas relações com os administrados, fundando assim o Direito Administrativo, este último veio trazer, em antítese ao período histórico precedente — o do Estado de Polícia — justamente a disciplina do Poder, sua contenção e inauguração dos direitos dos, já agora, administrados — não mais súditos”. Em outra passagem da mesma obra, o professor Bandeira de Mello traz a clássica lição de Montesquieu quanto ao Estado Democrático de Direito: “Afirmava Montesquieu, como dantes se anotou, que todo aquele que detém o Poder tende a abusar dele e que o Poder vai até onde encontra limites. (...). **Deveras, se o Poder vai até onde encontra limites, se o Poder é que se impõe, o único que pode deter o Poder é o próprio Poder.** Logo, cumpre fracioná-lo para que suas parcelas se contenham reciprocamente”. In MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. Malheiros. 17 ed., p. 40 e 42.

B – ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. JUÍZO DE COGNIÇÃO PLENA E EXAURIENTE. MATÉRIA EXCLUSIVAMENTE DE DIREITO. FUNDADO RECEIO DE CONTINUAÇÃO DO ATO ILÍCITO E DANO À COLETIVIDADE DA CATEGORIA PROFISSIONAL:

Com razão os requerentes e o MPT em seu parecer escrito de f. 248/254 a título de antecipação dos efeitos da tutela em sentença de mérito, porquanto constatada a verossimilhança de suas alegações e o fundado receio de dano ao seu patrimônio jurídico em juízo de **cognição plena e exauriente**, art. 273, II, § 6º e § 7º do CPC c/c art. 798 do CPC, inerente direitos constitucionais fundamentais de toda a categoria profissional dos trabalhadores quanto à democracia participativa nas eleições de seus representantes sindicais.

A efetividade da entrega da prestação jurisdicional é garantia constitucional inscrita no rol dos direitos fundamentais do cidadão, art. 5º, LXXVIII da CR/88 c/c art. 8º da **Declaração Universal dos Direitos Humanos** c/c art. 8º da **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**, uma vez que compete ao Poder Judiciário assegurar a todos, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Há, portanto, o fundado receio de dano para que a **tutela processual efetiva**⁽⁷⁾ seja

(7) “Razoabilidade da duração do processo. A norma garante aos brasileiros e residentes no Brasil o direito à razoável duração do processo, judicial ou administrativo. Razoável duração do processo é conceito legal indeterminado que deve ser preenchido pelo juiz, no caso concreto, quando a garantia for invocada. Norma de eficácia plena e imediata (CF 5º, § 1º), não necessita de regulamentação para ser aplicada. (...) Aplicação imediata das normas sobre direitos e garantias fundamentais. O texto constitucional é por demais claro e evita a perenidade das normas programáticas no tocante aos direitos e garantias fundamentais. Todo e qualquer direito previsto na CF 5º pode ser desde já invocado, ainda que não exista norma infraconstitucional que o regule. (...)”. In NERY JR., Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional*. São Paulo: RT, 2006. p. 140.

prontamente efetiva para remoção do ato ilícito de conteúdo continuado⁽⁸⁾, que constitui direito fundamental a admitir a antecipação parcial dos efeitos da tutela pretendida segundo a técnica de ponderação de valores constitucionais, art. 1º, parágrafo único c/c art. 8º c/c art. 525, “b” e 529 da CLT, como meio adequado de **garantir a efetividade e celeridade** da tramitação processual, inclusive, **através de decisões judiciais incidentes no curso da tramitação processual**.

“A compreensão do direito de ação como direito fundamental confere ao intérprete luz suficiente para a complementação do direito material pelo processo e para a definição das linhas desse último na medida das necessidades do primeiro. Ou seja, a perspectiva do direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional permite que o campo da proteção processual seja alargado, de modo a atender a todas as situações carecedoras da tutela jurisdicional”.

(...)

Nesse caso, o ideal, diante do ato contrário ao direito, é a ação de remoção do ilícito. Essa ação conduzirá — obviamente que no caso de procedência — à remoção do ilícito, e não ao ressarcimento. **NOTE-SE QUE REMOVER O ILÍCITO É SECAR A FONTE DOS DANOS**”. (...)

“Lembre-se que, na **compreensão dos direitos fundamentais**, não se pode mais pensar apenas o velho direito de defesa, que objetivava garantir o particular contra as agressões do poder público. Na atualidade, e Estado tem um verdadeiro dever de proteger os direitos, e, para tanto, está obrigado a editar normas de direito material que se

(8) **A mais importante das tutelas específicas é aquela que se destina a impedir ou a remover o ato contrário ao direito.** Trata-se de tutela anterior ao dano, e que assim é capaz de dar efetiva proteção ao direito, seja quando o ato contrário ainda não foi praticado (tutela inibitória), **SEJA QUANDO O ATO CONTRÁRIO AO DIREITO JÁ OCORREU, MAS, DIANTE DE SUA EFICÁCIA CONTINUADA, É PRECISO REMOVÊ-LO PARA EVITAR A PRODUÇÃO DE DANOS (TUTELA DE REMOÇÃO DO ILÍCITO)**. MARINONE, Luiz Guilherme. In *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. RT. 2004. p. 153.

dirigem sobretudo em relação os sujeitos privados. Ao lado disso, o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva concede ao procedimento (técnica processual) realmente capaz de atender aos direitos, seja perante ao Estado, seja perante aos particulares”⁽⁹⁾.

Razão pela qual, face à aplicação do princípio processual do **poder geral de cautela**⁽¹⁰⁾, art. 798 do CPC, este Magistrado revê a decisão de cognição prévia, parcial e sumária de f. 75, para, em juízo de constatação plena e exauriente, art. 273, II, §§ 6º e 7º do CPC, conceder a antecipação dos efeitos da tutela pretendida para:

a) Determinar ao Sindicato Reclamado, na pessoa de seu Diretor Presidente que no prazo de 15 dias de sua intimação desta decisão, proceda à publicação de edital para nova eleição sindical, com restituição de prazo razoável de 15 dias para inscrição

(9) *Ibidem*, p. 30, 69 e 84.

(10) “Diante, porém, do **poder geral de cautela, a atividade jurisdicional apóia-se em “poderes indeterminados”**, porque a lei, ao prevê-los, não cuidou de preordená-los a providências de conteúdo determinado e específico. (...)”

Apreciando o tema, observa Galeno Lacerda que “no exercício desse imenso e indeterminado poder de ordenar as medidas provisórias que julgar adequadas, para evitar o dano à parte, provocado ou ameaçado pelo adversário, a discrição do juiz assume proporções quase absolutas. **Estamos em presença de autêntica norma em branco, que confere ao magistrado, dentro do estado de direito, um poder puro**, idêntico ao do pretor romano, quando, no exercício do imperium, decretava os interdicta”. In THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Forense. Vol. III. 31. ed., p. 344-345. “O poder geral de cautela, tanto quanto o processo cautelar em geral, tem origem na CF. **Os autores dizem que se trata de um poder integrativo da eficácia global da atividade jurisdicional**, e explicaremos, adiante, o que isso significa. (...)”

Concretamente, o poder geral de cautela fez nascer a possibilidade de a parte que consegue demonstrar *fumus boni iuris* e *periculum in mora* **pleitear proteção ao seu provável direito por meio de ação cautelar inominada**, ou seja, por meio de ação cautelar cujos contornos não estejam nítida e precisamente descritos em lei”. In WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil*. RT. Vol. 3, 5. ed., p. 38.

de chapas de concorrência aos cargos eletivos, art. 529 da CLT.

b) Deverá o novo edital e o prazo de inscrição das chapas ser publicado em jornais de circulação local de maior movimento que o Diário do Comércio, em todas as 07 cidades que compõem a base territorial do sindicato, bem como, no próprio Boletim Informativo da Categoria Profissional, para ampla ciência e divulgação a todos os interessados da categoria profissional.

c) Tratando-se de obrigação de fazer, art. 461 do CPC, o descumprimento da obrigação após o prazo de 15 dias imediatos à sua intimação, acarretará ao reclamado a incidência de multa diária de R\$ 2.000,00 (Dois Mil Reais), a favor dos reclamantes, incidente até a data do efetivo cumprimento da obrigação.

d) Ainda, a multa diária possui natureza de sanção processual, expressamente prevista no art. 461, §§ 4º e 6º do CPC, razão pela qual, em caso de descumprimento da determinação de fazer, poderá a mesma ser majorada de ofício, a qualquer momento, não se vinculando ao valor da obrigação principal, por não se tratar de cláusula penal, instituto de direito material, previsto no art. 412 CC/2002.

C – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DE SUCUMBÊNCIA:

Tratando-se de lide decorrente de relação sindical, art. 114, III da CR/88, são devidos os honorários advocatícios de sucumbência, Súmulas ns. 219 e 329 c/c art. 5º da Instrução Normativa n. 27/2005 do TST.

Fundamentos pelos quais são devidos aos reclamantes os honorários advocatícios de sucumbência, art. 20, § 3º, “c” e § 4º do CPC⁽¹¹⁾,

(11) “A regra do art. 20, § 3º, há de ser temperada no seu rigor, em cada caso, sob pena de os honorários advocatícios serem fixados com exagero, com o que a administração da Justiça faltaria ao seu objetivo primordial e à própria seriedade dos seus julgamentos. (1ª TACSP – AP 270.205 – In “O Novo CPC nos Tribunais de Alçada Cível de São Paulo”, p. 39, LEX

arbitrados no valor de R\$ 5.000,00 (Cinco Mil Reais), considerada a natureza dos **direitos fundamentais** em litígio, e a ausência de conteúdo econômico imediato, porquanto a pretensão da tutela jurisdicional processual é de conteúdo **declaratório, anulatório e mandamental**.

D – LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ:

Os reclamantes utilizaram-se da promessa constitucional de acesso do Poder Judiciário, art. 5º, XXXV da CR/88, para obter a declaração deste, quanto à existência ou inexistência da relação jurídica material deduzida em juízo, o que é seu direito constitucional fundamental.

Esta garantia constitucional insere-se no rol dos direitos humanos fundamentais, não havendo tipificação por litigância de má-fé à parte que se vale do Poder Judiciário para deduzir e pleitear os direitos a que se acha investida.

Ademais, o direito de acesso ao Poder Judiciário não se confunde e sequer impõe o direito à sentença de mérito favorável, garantindo-se, pois, aos litigantes seu direito ao devido processo legal em sentido procedimental, art. 5º LIV da CR/88⁽¹²⁾.

Assim, ausente, no presente caso, uma tipificação dos atos processuais praticados pelos reclamantes com qualquer das hipóteses do art. 14 c/c art. 17 do CPC, não procede à aplicação da pena de litigância de má fé.

III – DISPOSITIVO:

Ante ao exposto, e por tudo mais que consta da fundamentação, rejeitada a preliminar de carência de ação, no mérito, julgam-se **PROCEDENTES** os pedidos formulados por Ronildo Cabral da Silva, Girlei Luis, José Damasceno de Lima e Carlos Humberto da

Silva em face de STTRU — Sindicato dos Trabalhadores em Transportes Rodoviários de Uberlândia e Região, para:

a) Declarar a **nulidade** do edital de convocação de f. 15 e f. 354, e, via de consequência, da **eleição sindical** com “chapa única” realizada na data de 18.6.2009.

Face à aplicação do princípio processual do **poder geral que cautela**, art. 798 do CPC, bem como a lesão de caráter continuado aos direitos constitucionais fundamentais da categoria profissional constatado em **juízo de constatação plena e exauriente**, art. 273, II, § 6º e § 7º, concede-se a antecipação dos efeitos da tutela pretendida para:

b) Determinar ao Sindicato Reclamado, na pessoa de seu Diretor Presidente que no prazo de **15 dias de sua intimação desta decisão**, proceda à publicação de **edital para nova eleição sindical, com restituição de prazo razoável de 15 dias para inscrição de chapas de concorrência aos cargos eletivos**, art. 529 da CLT.

c) Deverá o novo edital e o prazo de inscrição das chapas ser publicado em jornais de circulação local de maior movimento que o Diário do Comércio, em **todas as 07 cidades** que compõem a base territorial do sindicato, bem como, no **próprio Boletim Informativo da Categoria Profissional**, para ampla ciência e divulgação a todos os interessados da categoria profissional.

d) Tratando-se de obrigação de fazer, art. 461 do CPC, o descumprimento da obrigação após o prazo de 15 dias imediatos à sua intimação, acarretará ao reclamado a incidência de multa diária de R\$ 2.000,00 (Dois Mil Reais), a favor dos reclamantes, incidente até a data do efetivo cumprimento da obrigação.

e) Ainda, a multa diária possui natureza de sanção processual, expressamente prevista no art. 461, §§ 4º e 6º do CPC, razão pela qual, em caso de descumprimento da determinação de fazer, poderá a mesma ser

1975)” In TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Código de Processo Civil Anotado*. Saraiva: 6. ed. p. 26-27.

(12) “**O devido processo legal (CF 5º LIV) exerce-se de conformidade com a lei**. No caso, a decisão observou-se o que dispõe a lei processual. (STF – 2ª T. – Ag. Rg. Ag. 211.551-7 – Rel. Min. Carlos Velloso – DJU 26.6.1998, p. 06)”

majorada de ofício, a qualquer momento, não se vinculando ao valor da obrigação principal, por não se tratar de cláusula penal, instituto de direito material, previsto no art. 412 CC/2002.

E, condenar o sindicato reclamado a pagar aos requerentes:

f) Honorários advocatícios de sucumbência, art. 20, § 3º, “c” e § 4º do CPC c/c art. 5º da Instrução Normativa n. 27/2005 do TST, arbitrados no valor de R\$ 5.000,00 (Cinco Mil Reais).

A correção monetária, para cálculo dos honorários de sucumbência, incidirá a partir da data da publicação desta decisão, uma vez que o valor arbitrado encontra-se atualizado nesta data, aplicação extensiva e analógica da Súmula n. 362 do STJ c/c Enunciado n. 52 da 1ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho TST/Anamatra.

Os juros de mora, no percentual de 1% a.m., nos termos do art. 39 da Lei n. 8.177/91, serão devidos desde a inicial, CLT art. 883, e incidirão sobre a importância corrigida, Súmula n. 200 do TST.

A correção monetária e os juros incidirão até a data da efetiva quitação do crédito, Súmula n. 15 do TRT da 3ª Região.

Tornada líquida a conta, ao final, intime-se a Procuradoria Geral Federal, art. 879, § 3º da CLT c/c art. 16, § 3º da Lei n. 11.457/2007.

Custas, pelo reclamado, no importe de R\$ 110,00, calculadas sobre R\$ 5.500,00, valor arbitrado à condenação.

Atendem as partes que a decisão adotou tese explícita sobre todos os temas de conteúdo meritório e relevantes da lide, e que não serão admitidos eventuais embargos declaratórios visando à **reapreciação de fatos, provas e teses jurídicas** ou alegação de pré-questionamento em 1ª instância, porquanto este último é pressuposto processual objetivo dos recursos de natureza extraordinária aos Tribunais Superiores (REXT ao STF, RR e E RR ao TST e RESP ao STJ), e, porquanto eventual Recurso Ordinário devolve ao TRT toda a matéria fática e jurídica objeto da controvérsia, em razão da amplitude e profundidade do seu efeito devolutivo, art. 515, § 1º do CPC c/c Súmula n. 393 do TST.

Intimem-se as partes, e após, o MPT, este com as prerrogativas do art. 18, II, “h” da LC n. 75/93, bem como, oficie-se de imediato a DRT, com cópia da presente decisão.

Cumpra-se a intimação da antecipação dos efeitos da tutela, na pessoa do Diretor Presidente do Sindicato, por mandado através de oficial de Justiça, com as prerrogativas do art. 172, § 2º do CPC.

Nada mais, encerrou-se.

Marcel Lopes Machado

Juiz do Trabalho

Janice Nogueira Gonçalves Cury

Diretora de Secretaria

4ª Vara do Trabalho de Maceió – AL

PROCESSO: 01080-2009-004-19-00-9

Aos 06 dias do mês de novembro do ano dois mil e nove, às 09:29 horas, estando aberta a audiência da 4ª VARA DO TRABALHO DE MACEIÓ/AL, na sala de audiências da respectiva Vara, sito à AV. DA PAZ 1994, CENTRO, com a presença do(a) Sr(a) Juiz(a) do Trabalho Substituto HENRIQUE COSTA CAVALCANTE, foram por ordem do(a) Sr(a) Juiz(a) do Trabalho apregoados os litigantes: Ministério Público do Trabalho — Procuradoria Regional do Trabalho da 19ª Região, AUTOR, Município de Maceio, RÉU, José Cícero Soares de Almeida, LITISCONSORTE, Sandra Maria Arcanjo, LITISCONSORTE e Ernande Torres Baracho, LITISCONSORTE.

PRESENTE o(a) AUTOR Ministério Público do Trabalho- Procuradoria Regional do Trabalho da 19ª Região.

PRESENTE o(a) PROCURADOR DO MPT Rosemeire Lopes de Lobo Ferreira.

RESENTE o(a) RÉU Município de Maceio, representado(a) pelo(a)s PROCURADORES, Sr(a) SÉRGIO LUIZ NEPOMUCENO PEREIRA OAB: 4800/AL, e SR. THÉLIO OSWALDO BARRETO LEITHO (OAB: 3060/AL).

PRESENTE o(a) LITISCONSORTE Ernande Torres Baracho.

PRESENTE o(a) ADV. DO LITISCONSORTE (ERNANDE TORRES BARACHO) DR. FERNANDO CARLOS ARAUJO DE PAIVA (OAB: 2996/AL) e ALESSANDRO MEDEIROS DE LEMOS (OAB: 6429/AL).

PRESENTE o(a) LITISCONSORTE José Cícero Soares de Almeida.

PRESENTE o(a) LITISCONSORTE Sandra Maria Arcanjo.

PRESENTE o(a) ADV. DO LITISCONSORTE (José Cícero Soares de Almeida e Sandra Maria Arcanjo) DR. Daniel Felipe Brabo Magalhães e MARCELO HENRIQUE BRABO MAGALHÃES.

ABERTA a audiência. Tendo o juízo verificado que as partes chegaram a uma conciliação, foi HOMOLOGADO o presente acordo, nos seguintes termos:

CLÁUSULA 01– FICA EXCLUÍDA DESTA LIDE A SEGUINTE PARTE: SR. Ernande Torres Baracho (litisconsorte) com a concordância expressa das partes.

CLÁUSULA 02– Compra do imóvel ora alugado para o Núcleo do Peti Bela Vista, no prazo de até 7.5.2010, situado na Rua Coronel Salustiano, n. 310, Sítio São Jorge – Barro Duro, nesta cidade, conforme Processo Administrativo n. 0300/056136/2009 e respectivo contrato administrativo, a ser publicado no Diário Oficial do Município até 13.11.2009;

CLÁUSULA 03 – Construção, no prazo de até 8.11.2010, de 01 (uma) escola na localidade da então Vila Emater, ou adjacências, para funcionar em sistema integral (turno e contra-turno escolar), com capacidade para atender à demanda da região;

CLÁUSULA 04 – Implementação definitiva, no prazo de até 7.5.2010, do Projeto de Programa de Transporte Escolar Gerenciado pelo Município de Maceió, com a compra de 31 (trinta e um) ônibus destinados ao transporte escolar municipal;

CLÁUSULA 05 – Encaminhamento a Câmara Municipal de Maceió de Emenda Aditiva ao plano plurianual (2010/2013) de proposta de aportes financeiros suficientes à manutenção da referida escola e do Núcleo do PETI Bela

Vista, com rubricas específicas para tanto no prazo de até 8.12.2009;

CLÁUSULA 06 – Construção de 01 (uma) creche-escola, no prazo de até 7.11.2011, que funcionará na localidade da então Vila Emater I e II ou adjacências, para atender à demanda da região;

CLÁUSULA 07 – Encaminhamento trimestral no último dia útil dos meses de março, junho, setembro e dezembro, a partir de 31.3.2010 ao MPT, pela Secretaria Municipal de Assistência Social, de relação atualizada das famílias contempladas com o Bolsa família e das crianças inseridas no PETI da região da Vila Emater I e II até 7.11.2012;

CLÁUSULA 08 – Garantia de cobertura do Programa de Saúde da Família — PSF, na Vila Emater I e II, como política prioritária para a localidade e equipe exclusiva para a região;

CLÁUSULA 09 – Encaminhamento trimestral no último dia útil dos meses de março, junho, setembro e dezembro, a partir de 31.3.2010 ao MPT, até a efetiva extinção do atual “LIXÃO”, pela GUARDA CIVIL MUNICIPAL DE MACEIÓ, das escalas de plantão dos guardas municipais com função de evitar o acesso de crianças na localidade do Lixão da Vila Emater I e II;

CLÁUSULA 10 – Implementação e divulgação do sistema de Disque-denúncia (0800) até 7.5.2010, com *call center* estruturado para receber denúncias sobre quaisquer formas de exploração de trabalho infantil e abuso sexual contra crianças e adolescentes;

CLÁUSULA 11 – O inadimplemento do acima pactuado implica no reconhecimento da procedência de todos os pedidos constantes da inicial, inclusive o restabelecimento da multa por dano moral coletivo, limitado aos respectivos mandato e investidura, como também aos itens próprios de cada ente e/ou litisconsorte;

CLÁUSULA 12 – Na ocorrência de fatos supervenientes, devidamente justificados e

comprovados junto ao MPT e nestes autos, a cláusula 11 poderá ser repactuada pelas partes, com vistas ao atendimento dos objetivos desta conciliação judicial;

CLÁUSULA 13 – AS PARTES CONCORDAM COM A EXTINÇÃO IMEDIATA E SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO DO MANDADO DE SEGURANÇA N. 00209.2009.000.19.00.6 E DESISTÊNCIA DO RESPECTIVO AGRAVO REGIMENTAL DO MPT, DEVENDO A SECRETARIA OFICIAR OS DESEMBARGADORES RELATORES DE IMEDIATO.

E para constar, foi lavrada a presente ata que vai assinada na forma da lei.

HENRIQUE COSTA CAVALCANTE – Juiz do Trabalho

Ministério Público do Trabalho — Procuradoria Regional do Trabalho da 19ª Região — AUTOR

Município de Maceió — RÉU

JOSÉ CÍCERO SOARES DE ALMEIDA (PREFEITO DE MACEIÓ) — LITISCONSORTE
SANDRA MARIA ARCANJO (SECRETÁRIA DE ASSISTÊNCIA SOCIAL DO MUNICÍPIO DE MACEIÓ) — LITISCONSORTE

DANIEL FELIPE BRABO MAGALHÃES — ADV. DO LITISCONSORTE

MARCELO HENRIQUE BRABO MAGALHÃES — Adv. do Litisconsorte

ERNANDE TORRES BARACHO (Superintendente da SLUM — Superintendência de Limpeza Urbana de Maceió)- Litisconsorte

FERNANDO CARLOS ARAUJO DE PAIVA — Adv. do litisconsorte

ALESSANDRO MEDEIROS DE LEMOS — Adv. do litisconsorte

ENAUURA LIVIA VERGETH GRANGEIRO — DIRETOR (A) DE SECRETARIA

NÚBIA SORAIA DE MAGALHÃES SANTOS — Assistente de Audiência

4ª Vara do Trabalho de Maceió – AL

Ação Civil Pública

Proc. n. 01080-2009-004-19-00-9

Decisão Interlocutória Liminar em Ação Civil Pública

Autor: Ministério Público do Trabalho (Procuradoria Regional do Trabalho da 19ª Região)

Réus: Município de Maceió

Cícero Almeida

Ernani Baracho

Sandra Maria Arcanjo

I – DA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO

1. O MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO, através da Procuradoria Regional do Trabalho da 19ª Região, propôs a presente Ação Civil Pública em face de MUNICÍPIO DE MACEIÓ, do Sr. Prefeito Municipal de Maceió CÍCERO ALMEIDA, do Sr. Superintendente da SLUM (Superintendência de Limpeza Urbana de Maceió) ERNANI BARACHO e da Sra. Secretária Municipal de Assistência Social SANDRA ARCANJO, insurgindo-se contra práticas omissivas ilícitas atribuídas aos réus, para postular a proteção das crianças e adolescentes que *trabalham* no chamado “Lixão” (Vila Emater, em Maceió), bem como para requerer providências complementares nas esferas de competência municipal.

2. A competência jurisdicional da Justiça do Trabalho é evidente no caso concreto, como se depreende da leitura do art. 114, incisos I e VI, da Constituição da República, tendo em vista o objetivo de se combater a ocorrência de trabalho infantil, relacionado diretamente com o “Lixão”:

Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:

I – as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

[...]

VI – as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho; (grifos nossos)

3. Como é sabido, após a EC n. 45/04 a competência da Justiça do Trabalho foi ampliada para compreender *não apenas as relações de emprego*, (ou seja, trabalho subordinado remunerado) tais como aquelas previstas no art. 3º da CLT, mas também *qualquer outra relação de trabalho no âmbito privado. Trabalho agora considerado em sentido amplo, incluindo o autônomo*.

4. No que se refere a questões pertinentes ao meio ambiente onde o trabalho é executado, a Súmula n. 736 do Supremo Tribunal Federal ratificou a competência da Justiça do Trabalho, superando quaisquer controvérsias em caráter definitivo depois da promulgação da Emenda Constitucional n. 45/04 (Reforma do Poder Judiciário):

Compete à justiça do trabalho julgar as ações que tenham como causa de pedir o descumprimento de normas trabalhistas relativas à segurança, higiene e saúde dos trabalhadores.

5. O objeto principal da ação versa sobre trabalho ilícito no “Lixão” do Município de Maceió, atraindo a competência de uma das Varas do Trabalho da capital, no caso a desta 4ª Vara do Trabalho de Maceió, para atuar no feito.

II – DA LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO E DO CABIMENTO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

6. A legitimidade ativa do Ministério Público do Trabalho é evidente: busca-se a **tutela de direitos e interesses difusos de menores trabalhadores desprotegidos de tudo e de todos**: da Sociedade, do Município e de seus gestores, de suas próprias Famílias. A exclusão máxima: trabalham no lixão à noite, por não poderem competir com os adultos, que de forma também insalubre vivem do lixo durante o dia. Ali mesmo alguns dormem.

7. No caso registrado, um adolescente de doze anos (Carlos André Silva Santos) morreu com o crânio esmagado por trator encarregado do “trato” do lixo, enquanto dormia após catar lixo, *quem sabe sonhando com uma escola em tempo integral, com alimentação, higiene, proteção contra prostituição e outros deveres constitucionais e legais dos gestores públicos*.

8. Os arts. 127 e 129, incisos I e II⁽¹⁾, da Constituição da República, atribuem ao Ministério Público do Trabalho o **dever-poder** de defender a ordem jurídica, sobretudo constitucional, os interesses sociais e individuais indisponíveis, bem como de zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia, sempre que relacionados ao mundo do trabalho.

9. As postulações cominatórias estão amparadas por Lei, conforme dispositivos da Lei

(1) Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: II – zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia; [...] III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

Complementar n. 75/93, Lei Ordinária n. 7.347/85 e Código de Defesa do Consumidor, todos de aplicação complementar ou subsidiária ao Direito Processual do Trabalho. Com efeito, o art. 21 da Lei n. 7.347/85, atraiu para seu manejo todo o Título III do Código de Defesa do Consumidor. A redação do art. 83 do CDC é clara:

“Art. 83. Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este Código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua **adequada e efetiva tutela**. (grifos nossos).”

10. Assim, mediante interpretação tanto literal como sistemática e finalística, das normas que regem a Ação Civil Pública na Justiça do Trabalho, há espaço para se considerar *qualquer* forma de tutela como possível diante do ordenamento jurídico. No caso concreto, o tipo de ação que melhor se adequou à efetiva tutela dos direitos e interesses difusos que se busca defender foi aquela de matriz cominatória combinada com indenizatória, cabendo ao Membro do Ministério Público a opção (*e a responsabilidade*) pelos tipos de provimento requeridos ao Poder Judiciário.

III – DA PROTEÇÃO INTEGRAL À CRIANÇA E ADOLESCENTES COMO NORMA CONSTITUCIONAL IMPERATIVA E SUA INSERÇÃO NOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

11. A Constituição de 1988, no seu art. 227⁽²⁾, adotou o **Princípio da Proteção Integral da**

(2) Art. 227. **É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação**, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (grifos nossos).

§ 1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança e do adolescente, admitida a participação de entidades não governamentais e obedecendo os seguintes preceitos: I – aplicação de

Criança e do Adolescente⁽³⁾, já antes inscrito em diversas normas internacionais relacionadas a Direitos Humanos⁽⁴⁾, princípio esse repetido no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

12. Também quanto ao meio ambiente de trabalho em geral e ao limite de idade para o trabalho, a Constituição albergou os principais compromissos internacionais, como se infere da leitura de seu art. 7º, incisos XXII e XXXIII:

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

XXII – redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança;

[...]

XXXIII – proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos;

12. Na esfera do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), destacam-se os arts. 87 e 88, quando ao *dever* de os gestores públicos, inclusive municipais, dentro das políticas de atendimento,

realizarem todo um conjunto articulado de ações governamentais e não governamentais, incluindo políticas sociais básicas e de proteção jurídico-social, dentro da diretriz

percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil;

- (3) Embora ignorado com frequência, a proteção integral implica proteção das crianças e adolescentes até deles mesmos, evitando-se excessiva permissividade e tolerância sem limites, por parte de pais e responsáveis: **a educação doméstica é de vital importância, pois os futuros adultos se encontram em fase de formação para convivência em sociedade, onde deverão respeitar o direito dos outros, as leis públicas, as regras de condomínios etc. Mas o que se exigir ou esperar de crianças que trabalham e dormem, desde a mais tenra infância, num lixão, talvez exploradas pelas suas famílias, mas sob omissão absurda dos gestores públicos remunerados justamente para evitar essa situação de coisas?**

- (4) Art. 6º da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, por exemplo.

principal de municipalização do atendimento, criação de conselhos municipais, estaduais e nacional dos direitos da criança e do adolescente, órgãos deliberativos e controladores das ações em todos os níveis, assegurada a participação popular paritária por meio de organizações representativas, segundo leis federal, estaduais e municipais, criação e manutenção de programas específicos, observada a descentralização político-administrativa, dentre outros. (grifos nossos).

13. Nunca é demais lembrar que os direitos à Vida, à Saúde e à Proteção da Infância e Adolescência fazem parte dos mais elementares Direitos Universais da Pessoa Humana, que definem os contornos nos ordenamentos jurídicos dos países civilizados, particularmente na Convenção Internacional sobre os Direitos das Crianças:

“DECRETO N. 99.710, DE 21.11.1990

CONVENÇÃO SOBRE O DIREITO DAS CRIANÇAS

Adotada pela Resolução L. 44 (XLIV) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1989

Aprovação: Decreto Legislativo n. 28, de 14 de setembro de 1990; Ratificação: 24 de setembro de 1990; Entrada em vigor: 23 de outubro de 1990; Entrada em vigor internacional: 2 de setembro de 1990; Promulgação: Decreto n. 99.710, de 21 de novembro de 1990; Publicação no DOU de 22 de novembro de 1990

[...]

Art. 3º

[...]

3. Os estados partes se certificarão de que as instituições, os serviços e os estabelecimentos encarregados do cuidado ou da proteção das crianças cumpram com os padrões estabelecidos pelas autoridades competentes, especialmente no que diz respeito a saúde e a segurança das crianças, ao número e a competência de seu pessoal e a existência de supervisão adequada.

[...]

Art. 4º

Os Estados Partes adotarão todas as medidas administrativas, legislativas e de outra índole com vistas a implementação dos direitos reconhecidos na presente Convenção. Com relação aos direitos econômicos, sociais e culturais, os Estados Partes adotarão essas medidas utilizando ao máximo os recursos disponíveis e, quando necessário, dentro de um quadro de cooperação internacional.

[...]

Art. 6º

1. Os Estados Partes reconhecem que toda criança tem o direito inerente a vida.
2. Os Estados Partes assegurarão ao máximo a sobrevivência e o desenvolvimento da criança.

[...]

Art. 32

1. Os Estados Partes reconhecem o direito da criança de estar protegida contra a exploração econômica e contra o desempenho de qualquer trabalho que possa ser perigoso ou interferir em sua educação, ou que seja nocivo para sua saúde ou para seu desenvolvimento físico, mental, espiritual, moral ou social.
2. Os Estados Partes adotarão medidas legislativas, administrativas, sociais e educacionais, com vistas a assegurar a aplicação do presente artigo. Com tal propósito, e levando em consideração as disposições pertinentes de outros instrumentos internacionais, os Estados Partes deverão, em particular:
 - a) Estabelecer uma idade ou idades mínimas para admissão em empregos;
 - b) Estabelecer regulamentação apropriada relativa a horários e condições de emprego.
 - c) “Estabelecer penalidades ou outras sanções apropriadas a fim de assegurar o cumprimento efetivo do presente artigo.” (grifos nossos).

14. A tal ponto chega o privilégio jurídico dessas normas de direitos humanos, com ênfase para a proteção de crianças e de adolescentes, que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento

do recurso extraordinário RE n. 466.343-SP, em voto do Exmo. Ministro Gilmar Mendes, fez prevalecer o reconhecimento da inserção formal e material dos tratados de direitos humanos em situação hierarquicamente superior às próprias leis do país, atribuindo-lhes: **caráter supralegal**. A tese foi reiterada no âmbito do HC n. 90.172-SP.

15. Ainda na perspectiva do Direito Internacional do Trabalho, incorporado à ordem jurídica nacional, a Convenção n. 182 da OIT, ratificada pela República Federativa do Brasil, estabeleceu a peremptória proibição das piores formas de trabalho infantil e a **ação imediata para sua eliminação**, como se depreende de seu conteúdo normativo:

CONVENÇÃO n. 182

Considerando que a efetiva eliminação das piores formas de trabalho infantil requer ação imediata e global, que leve em conta a importância da educação fundamental e gratuita e a necessidade de retirar a criança de todos esses trabalhos, promover sua reabilitação e integração social e, ao mesmo tempo, atender as necessidades de suas famílias;

[...]

Para os fins desta Convenção, a expressão as piores formas de trabalho infantil compreende:

[...]

d) trabalhos que, por sua natureza ou pelas circunstâncias que são executados, são susceptíveis de prejudicar a saúde, a segurança e a moral da criança. (grifos nossos)

IV – DA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA – DAS PROVIDÊNCIAS DE NATUREZA IMEDIATA – DAS COMINAÇÕES

16. Neste juízo prévio de admissibilidade busca-se verificar a razoabilidade das teses jurídicas da parte autora, bem como os riscos de demora no atendimento dos pedidos de tutelas específicas, na forma do art. 461 do CPC c/c art. 769 da CLT.

17. A narrativa da exordial evidencia a situação alarmante do trabalho de crianças e adolescentes no chamado “Lixão” da Vila Emater em Maceió, administrado pela Prefeitura Municipal de Maceió e pela Superintendência de Limpeza Urbana (SLUM), quando deveriam estar sendo bem assistidas pela Secretaria Municipal de Assistência Social, através de inserção no PETI e mediante outras providências, cuja omissão é evidente:

“O que este Parquet entende é que não é humanamente nem sociamente aceitável permitir que crianças concorram com urubus na catação de alimentos e objetos no lixão de Maceió, no período diurno, nem muito menos no trabalho noturno, insalubre e penoso no referido lixão, para fugir da concorrência com os adultos do período diurno.

Humanamente inaceitável é aferir que, exaustas do trabalho noturno no lixão de Maceió, crianças durmam no meio do lixo e tenham seus corpos esmagados pelas máquinas ali manejadas, tal como noticiado por toda mídia local.

Tal tipo de trabalho infantil afronta de morte a dignidade de uma pessoa humana em formação, afetando seu desenvolvimento físico e psicológico de uma forma tão grave que inviabilize totalmente a possibilidade de seu ingresso no mercado de trabalho e seu futuro como cidadão. Alias, o trabalho em lixões é considerado uma das piores formas de trabalho infantil, segundo prescreve o texto da Convenção n. 182 da Convenção Internacional do Trabalho — OIT.

Humanamente inaceitável, constitucionalmente proibido e socialmente ofensivo é o gestor público nem sequer se propor a pensar nas soluções possíveis para o caso em espécie, apontando problemas que considera intransponíveis, passando para a sociedade, perplexa com a morte horrenda da criança, uma sensação de que a administração municipal nada irá fazer — quando deve fazê-lo, pois existe para isso.

Cabe aos gestores públicos a busca de soluções para os problemas (por maiores que sejam) que envolvam questões que são da sua alçada resolver. E a questão da educação fundamental e acompanhamento das crianças é de responsabilidade do Município, bem como a implementação de programas de geração de emprego e renda que possam auxiliar as famílias a saírem do patamar de miserabilidade que se encontram.

A apuração dos fatos acima relatados e devidamente comprovados com a documentação em anexo, evidencia de forma cabal e indiscutível, que a ilegalidade perpetrada pelo Requerido, consiste no descumprimento de preceitos legais e mesmo constitucionais. (grifos nossos).

18. A situação de risco é imediata e não há notícia, pelo menos nos autos, de que todas as providências possíveis e eficazes foram tomadas para que novas mortes não ocorram e para que aquelas crianças e adolescentes trabalhadores sejam incluídos decentemente no PETI.

19. É relevante dizer-se que não se trata, nesses autos, “apenas” da morte trágica e um único adolescente de doze anos, informada na documentação acostada à inicial, mas também das mortes diárias, silenciosas, por doenças, pela destruição da infância, pelos prejuízos irreparáveis que podem advir do trabalho infantil com lixo, quando todo o ordenamento jurídico de um país aponta para a possibilidade de implantação do Programa de Erradicação do Trabalho Infantil (PETI) na região, retirando-se crianças e adolescentes de zona de risco imediato.

DA RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS RÉUS — DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

20. Não se pode compreender o que parece ser essa inércia e omissão da Administração Municipal de Maceió. O quadro apresentado nos autos chega às raias da improbidade administrativa por descumprimento da Lei e da

Constituição, no que se refere à proibição das piores formas de trabalho infantil e às ações imediatas necessárias à eliminação, o que pelas normas acima deve ser não apenas uma prioridade, mas A PRIORIDADE.

21. A leitura da documentação trazida aos autos evidencia que o Município não tem adotado as providências que deveria para resolver os problemas de sua competência, relacionados ao “Lixão” de Maceió, na chamada Vila Emater. Há inclusive um histórico de omissões já documentadas nos autos, como se verá na descrição a seguir.

22. A fls. 257/260 consta ata do Fetipati/AL (Fórum de Erradicação do Trabalho Infantil e Proteção ao Trabalhador Adolescente em Alagoas), relativa à reunião de 29.02.08, na qual se destacou a assinatura de Termo de Ajustamento de Conduta 26.01.08 pelo Município de Maceió, já por efeito de má administração da pauta social, por gestores sucessivos, o que gerou seu descredenciamento de programas federais. Aqui se evidencia novamente que as prioridades constitucionais, supralegais e legais a que se obrigaram os gestores públicos, ora Réus, não têm sido observados ao longo de bastante tempo, o que agrava a necessidade de serem aplicadas as medidas analisadas no tópico seguinte.

“[...] A Sra. Però anunciou que a fundação Moema Lobo, por meio do projeto Sua Majestade o Circo, juntamente com o SESC, promoverão, a partir das 18h00min do dia 5.3.08, na sede do SESC/Guaxuma, homenagem as mulheres da Vila EMATER, em celebração ao dia internacional da mulher, comemorado no dia 08 de março; lembrou que a entrada é gratuita. 1. TAC — TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA, FIRMADO EM 26.1.08, PELO MUNICIPIO DE MACEIÓ. Com o propósito de esclarecer os presentes quanto ao porque da formalização do mencionado Termo, Dr. Ubirajara explicou que tal se deu por conta da desabilitação do Município de Maceió para gerir os

recursos que lhe são destinados pelo Governo Federal para aplicação na área social, cabendo ao Estado, no momento, acompanhar o seu cumprimento. Passou a palavra a Sra. Marluce (Coordenadora Estadual do PETI) a qual informou que o referido documento, assinado em 25.01.08 e com prazo para cumprimento em 180 dias, está disponível na página da SEADES (www.assistenciasocial.al.gov.br); disse que o mesmo possui dezessete cláusulas, destacando as que tratam das áreas de vulnerabilidade, da estrutura dos núcleos de jornada ampliada e da necessidade de contratação de profissionais concursados.” (Fl. 257)

[...]

4. CRIANÇAS E ADOLESCENTES NA VILA EMATER II (ponto sugerido, por e-mail, a coordenação do fórum, pela Sra. Roxana/CEASB). Após breve explanação quanto as condições precárias de funcionamento do PETI da Vila EMATER, a Sra. Ana informou que o mesmo terminou por fechar totalmente. Disse que, apesar de toda a dificuldade enfrentada, as organizações que apóiam aquela comunidade conseguiram inaugurar, esta semana, com o apoio da UNICEF, o projeto denominado Baú de Leitura, instalado na sede dos alcoólicos anônimos da Vila EMATER, funcionando de segunda a sexta-feira, das 14h00min as 17h00min e as terças e quintas, também, pela manhã de 08h00min as 11h00min. Trata-se de um atendimento emergencial, disse ela, até que seja instalada a jornada ampliada nas escolas da localidade. A Sra. Roxana, coordenadora do Baú de Leitura solicitou dos presentes a doação de livros didáticos e de literatura e, ainda, de brinquedos educativos. A Sra. Ana denunciou que, praticamente, 100% dos adolescentes a partir de 15 anos, moradores daquela comunidade, estão fora da escola; explicou que a situação decorre da violência que impera na região, causando receio dos adolescentes para se deslocarem, a noite,

até a escola mais próxima. Informou que já forma feitas diversas tentativas para encontrar um meio de transporte para esses adolescentes, sem êxito, motivo pelo qual pede, neste momento, ajuda aos integrantes do FETIPAT com vistas a solucionar a questão. A Sra. pediu a palavra para solicitar o apoio do FETIPAT para ajudar a resolver os problemas enfrentados pelos catadores de lixo, que perderão o seu meio de subsistência com o deslocamento do lixão para outro local. Dr. Alonso orientou a procurar o Ministério Público do Trabalho. (Fls. 258/259; grifos nossos).

23. A fls. 150/152 consta ata do Fetipati/AL, relativa à reunião de 04.04.08, de onde se destacam experiências aparentemente exitosas, no combate ao trabalho infantil, em outro Município de Alagoas, em contraste com as dificuldades alegadas pela Semed de Maceió.

Destacam-se os seguintes itens:

“[...] Em seguida a Sra. Joelma, representante da Secretaria de Educação do Município de Arapiraca, apresentou a experiência daquele município. Informou que já são 5 escolas funcionando em tempo integral e que as 2 primeiras instaladas funcionam com recursos provenientes do FNDE (Fundo Nacional de Desenvolvimento Escolar) e as 3 últimas com recurso do próprio município. Informou, também, que, das 5 escolas, 1 funciona na área rural, estando prevista a instalação de mais 2 unidades de ensino, uma na zona urbana e outra na zona rural. Disse, ainda, que as Secretarias de Educação e de Ação Social daquele município estão articuladas com vistas ao combate ao trabalho infantil e que o objetivo daquela gestão municipal é que, no futuro, as escolas de tempo integral absorvam as crianças do PETI. Assistência as famílias das crianças, segundo aquela representante, é concedida por meio de promoção de cursos profissionalizantes e do fornecimento de instrumentos de trabalho. Ao menores, disse ela, assistem

a aulas curriculares num turno e no outro realizam atividades físicas, tem aula de trabalho manual, participam de jogos e etc. nessas atividades, são assistidos por profissionais contratados especialmente para esse fim e por estagiários provenientes de convênio com o CIEE. A representante da SEMED/Maceió Sra. Magnólia, informou que há cerca de uma semana está funcionando, no Bairro da Serraria, a primeira escola em tempo integral desta Capital (Escola Cecília Carnaúba). Disse que a instituição atende a crianças entre 4 e 5 anos que assistem a aulas curriculares pela manhã e, a tarde, participam de aulas de judô, inglês, teatro, oficina de arte e jardinagem. Comunicou que todo o recurso empregado no projeto, até o momento é proveniente do próprio município. Disse, também, que o Ministério da Educação institui o programa “Mais Educação” que visa fomentar a educação integral de crianças, adolescentes e jovens, por meio de apoio a atividades sócio-educativas no contraturno escolar, de modo que já está em andamento projeto para adequação de cerca de 10 escolas municipais ao mencionado programa, entre as quais escolas Tobias Granja, Eulina Alencar, Zumbi, Carraschoza, Rui Palmeira e Frei Damião. Indaga sobre a reativação dos núcleos do Programa de Erradicação do Trabalho Infantil — PETI, a Sra. Claudemilly, Coordenadora do PETI da Capital, informou que a maior dificuldade é encontrar local para a instalação; disse que o da Vila EMATER já está com o local definido, faltando apenas concluir a sua reforma; funcionará na antiga escola Sapeca, no bairro da Mangabeiras. Dra. Rosemeire ressaltou que o município deve dispensar especial atenção a causa, de maneira que seja resolvida no menor espaço de tempo.” (Fls. 150/15; grifos nossos).

24. A fls. 143/145, consta nova ata do Fetipati/AL, relacionada a reunião de 11.04.08, onde se evidencia a desatenção da Prefeitura

Municipal e de seus gestores, em relação à instalação de escolas em tempo integral, com o regime do PETI, de maneira que a política pública social que deveria ser prioritária se viu absolutamente negligenciada. Participaram aquela reunião a Sra. Adriana Yoshikawa e Sra. Claudemily Queiroz, representante da SEMAS, bem como a Sra. Eliane Teodoro, representando a Secretaria Municipal de Educação — Semed (fl. 150). Vale transcrever parte relevante daquela ata, a fls. 143/144:

Aos 11 dias do mês de abril de 2008, as 09h00min, no prédio da SEADES, reunidos, extraordinariamente, integrantes do FETIPAT-AL, subscritores da listagem de presença anexa, para deliberarem acerca da proposta, formulada na última reunião do Fórum, no último dia 04, de formar comissão para levar, até o Prefeito da Capital, os adolescentes, como também para apresentar propostas para solucionar, senão por completo, mas, pelo menos, em parte, os referidos problemas. Iniciada a reunião, inicialmente, Dra. Rosemeire Lopez fez uma breve explanação acerca da situação da criança e do adolescente na Capital. A Sra. Claudemilly, Coordenadora do PETI do município de Maceió, nomeou os 5 núcleos do PETI que estão atualmente fechados, Velho, Bela Vista (Vila EMATER), FAPE, Tabuleiro Novo e Reginaldo. Os representantes dos Conselhos Tutelares manifestaram-se no sentido de que há necessidade de criação de mais Conselhos Tutelares, eis que a demanda por seus serviços cresce a cada dia.

[...]

Em seguida fez, uma breve explanação acerca dos mencionados documentos. Disse que dos 10 núcleos do PETI existentes na cidade de Maceió, 5 encontram-se fechados. Passou a discorrer, brevemente sobre cada um deles. Fernão Velho: fechado desde 2006; cadastradas 163 crianças; já formalizado contrato de locação de imóvel, a ser reformado, para sua reativação. Bela Vista (Vila EMATER):

fechado em novembro/2007; prevista a sua instalação no prédio onde funcionava a creche Sapeca, no Bairro da Mangabeiras, a depender de reforma cujo processo se encontra em tramitação. FAPE: fechado em agosto/2007; atendia a 454 crianças/adolescentes; ainda não encontrado local ideal para sua instalação. Tabuleiro Novo: encerrou as atividades no último mês de março; atendia a 127 crianças/adolescentes; tramita processo de reforma, desde fevereiro/2008, do novo local para sua instalação: Chácara Village Planalto. Reginaldo: fechado em dezembro/2007; eram atendidas 290 crianças/adolescentes; está no aguardo de escolha de local para unificação com a jornada do Jacintinho. Informou que a meta de atendimento do PETI, nesta Capital, é de 2.800 menores. Nada obstante, apenas 1.500 recebem bolsa, e somente 662 frequentam algum núcleo do programa.

[...]

A Sra. Cristina informou, também, que a maioria do pessoal que trabalha com os programas sociais do município são oriundos de Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP), o que dificulta a realização de um maior investimento na área de capacitação; aproveitou a oportunidade para reivindicar a nomeação dos servidores efetivos, selecionados por meio de concurso público. A Sra. Marluce, Coordenadora Estadual do PETI, lembrou que um dos pontos críticos do Programa é a falta de capacitação do pessoal. Informou, ainda, que é importante que sejam identificadas as crianças que, mesmo cadastradas no PETI, não estão frequentando os núcleos; propôs que esse trabalho seja realizado pelo pessoal que estava trabalhando nos núcleos que atualmente se encontram fechados, por servidores da SEMED e pelos membros dos Conselhos Tutelares. Finalizando, a Sra. Marluce lembrou que, entre as 200 crianças, moradoras da comunidade Sururu de Capote,

identificadas pelo Projeto Catavento como exercendo algum tipo de trabalho, se deve pontuar as que estão inscritas no PETI ou no Bolsa-Família.

[...]

A Sra. Adriana, Diretora do Departamento de Proteção Integral a Criança e ao Adolescente da Secretária Municipal de Assistência Social (SEMAS), disse que deve estar havendo algum desencontro de informações, eis que não há algum registro de fechamento daquele núcleo. A Sra. Ana, representante do Instituto São Bartolomeu, sugeriu que o impasse seja resolvido por meio do funcionamento, naquele mesmo local, da escola e do núcleo do PETI. **Após alguns debates, concluiu-se que é imprescindível a uma maior articulação entre os órgãos envolvidos com as políticas sociais municipais, a exemplo da SEMED e da SEMAS, com vistas ao melhor desenvolvimento e consequente desempenho dessas políticas.** Dra. Rosemeire recomendou que a questão fosse devidamente apurada e solicitou a representante da SEMED instalar a escola somente após ser encontrado um novo local para o núcleo do PETI que atualmente funciona naquele local. A Sra. Adriana comunicou que está em vias de implantação um núcleo do PETI na área da comunidade Sururu de Capote; disse que a estrutura já está pronta e que estão faltando apenas alguns acertos finais. Concedida a palavra a Sra. Magnólia, representante da SEMED, que fez uma breve explanação sobre o projeto de implantação de escolas em turno integral no Município de Maceió. Afirmou que apenas uma escola da Capital está funcionando sob o regime do tempo integral: A Escola Cecília Carnaúba, localizada no Bairro da Serraria; a instituição atende a crianças entre 4 e 5 anos e, ainda, aquelas consideradas fora de faixa (idade incompatível com a série). Disse que o Município de Maceió aderiu ao programa “Mais Educação” do Governo Federal, que visa fomentar a

educação integral das crianças, adolescentes e jovens; para que o programa seja implantado, continuou, será necessário um estudo minucioso de toda a rede escolar municipal, que, no momento, conta com 124 escolas. Disse, também, que a implantação do regime integral em outras escolas municipais está na dependência da liberação de recursos financeiros, os quais foram solicitados no mês de fevereiro do corrente ano. (fls. 143/144, grifos nossos)

25. A fls. 106/111 consta Notificação Recomendatória do Ministério Público do Trabalho, de 14.04.09, contendo exaustivas “consideranda”, no sentido de o Município de Maceió, através de sua Prefeitura Municipal e Gestores, propiciarem a formulação e execução de políticas públicas que são objeto de alguns dos pedidos formulados na Ação Civil Pública.

26. A fls. 138/140 consta ata de reunião do Fetipati/AL, realizada na data de 25.04.08, em cuja teor se destaca a luta para se eliminar a prática de trabalho infantil ilícito em certas comunidades, inclusive a Favela Sururu de Capote. Consta da relação de presentes a Sra. Tatiana de Araújo Teles, Coordenadora Pedagógica do PETI — Secretaria Municipal de Assistência Social (SEMAS) da Prefeitura de Maceió (fl. 138). Destacam-se os seguintes trechos:

“Adriana Yoshikawa requereu a palavra para informar que já está na fase de ajustes finais a instalação de um núcleo do PETI na comunidade da orla lagunar; trata-se de local situado na igreja daquela comunidade; em seguida, comunicou que foi exonerada do cargo de Diretora do Departamento de Proteção Integral a Criança e ao Adolescente e que é do seu interesse continuar participando do Fórum. Por unanimidade, os presentes se manifestaram no sentido de que, além do FETIPAT está aberto a sociedade, a manutenção da Sra. Adriana como um dos seus membros é salutar, eis que se trata de pessoa comprometida com os objetivos do

Fórum. A Sra. Marluce, Coordenadora Estadual do PETI, disse que o projeto de inclusão digital, previsto para ser implantado no CAIC da comunidade lagunar, com recursos provenientes do Projeto Catavento, atenderá, além dos alunos das escolas instaladas no local, as crianças do PETI, em dois dias por semana. A Sra. Maria Aparecida, Diretora da Escola Maria Rita Lira Almeida, esclareceu que três escolas estão instaladas naquele CAIC, sendo a que dirige uma delas; informou que não se deve esquecer que a implantação do projeto de inclusão digital demandará um aumento de pessoal para atender aos menores participantes. Indagada acerca da segurança do local, disse que, apesar de nunca ter havido problema, naquela escola, quanto a esse aspecto, a sala onde os computadores serão instalados é bastante segura, além de contar com a presença constante de segurança armada. A Sra. Marluce comunicou a constatação de que, das 200 crianças da comunidade lagunar, relacionadas a situação de trabalho infantil, apenas 16 estão cadastradas no PETI; disse que as demais deverão ser cadastradas no decorrer do corrente mês, após o que suas famílias serão reunidas com vistas a que se estabeleça um processo de sensibilização quanto a necessidade do combate ao trabalho infantil. Continuando, informou que os menores que frequentavam o núcleo do PETI, instalado na FAPE, serão redirecionados para o núcleo que funcionará na orla lagunar. Esclareceu, também, que em 2006 o Governo Federal criou o denominado cadastro único, integrando-se o PETI ao Bolsa-Família; lembrou que no sistema utilizado para a realização deste cadastro existe um “campo” (CAMPO 270) que deverá ser, obrigatoriamente, preenchido quando se tratar de caso referente a inclusão no PETI. A Sra. Maria Aparecida observou que os Governos não podem esquecer que, além da ação contra o trabalho infantil e a favor da educação, se deve cuidar, também, da alimentação das

crianças, eis que, se não devidamente alimentadas, não terão forças para estudar e, conseqüentemente, para desenvolver um bom trabalho quando adultas. Dra. Rosemeire explicou que, apesar de reconhecer a pertinência da observação lançada pela Sra. Maria Aparecida, não se pode perder de vista o fato de que o combate ao trabalho infantil deve ser conjunto, não se admitindo, por qualquer hipótese, menores trabalhando, sob pena dessas crianças não terem, no futuro, condições de enfrentar, normalmente, o mercado de trabalho em decorrência da inversão da ordem natural do seu desenvolvimento físico e psicológico. (grifos nossos).

27. A fls. 332/353 consta documento chamado “ATIVIDADES PETI/MACEIÓ, datado de 30.05.08, da Secretaria Municipal de Ação Social, onde se destacam as dificuldades encontradas, não apresentando soluções concretas e efetivas, as quais poderiam, por exemplo, ter evitado a morte do adolescente, que desencadeou o ajuizamento da presente Ação Civil Pública. Em compensação verificam-se fartos auto-elogios:

JUSTIFICATIVA

Diante de tantas dificuldades e desestruturação enfrentadas pelos PETIs de Maceió, que passou a ser um assunto discutido por todos os órgãos que priorizam um atendimento digno para crianças e adolescentes, especialmente no Combate a Erradicação do Trabalho Infantil, a Secretaria Municipal de Assistência Social — SEMAS, através da Diretoria de Proteção à Criança e ao Adolescente — DPCA e do Programa de Erradicação do Trabalho Infantil — PETI vem apresentar alguns aspectos da atual reestruturação, que busca em curto, médio e longo prazo, atingir o verdadeiro objetivo deste Programa, que exige participação e empenho de todos os órgãos públicos, sejam eles executores ou fiscalizadores para alcançarmos juntos a efetividade de direitos e garantias do cidadão criança e adolescente. (fl. 334).

[...] Considerações Finais

Em seu conjunto, as diversas ações realizadas pelo Município de Maceió promoveram avanços significativos no âmbito da Gestão da Assistência Social.” (fl. 348 grifos nossos).

28. A fl. 67 este juízo verifica o Ofício n. 1.078/2008/SEINT/SRTE/AL, de 22.12.08, da Seção de Inspeção do Trabalho da Superintendência Regional do Trabalho e Emprego em Alagoas, dando conta de levantamento de várias crianças e adolescentes menores de idade em trabalho infantil, em bairros como Centro, Mercado (CEASA), Ponta Verde e Pajuçara.

29. A fl. 390 há **nota publicada pelo MPT, informando que “A Secretaria Municipal de Assistência Social (Semas) não possui nenhum servidor efetivo”, e que “O quadro de pessoal é formado por prestadores de serviço, contratados por exemplo pela Oscip “Toqueville”:**

Município tem 15 dias para apresentar Projeto de Lei que cria cargos para Semas A Secretaria Municipal de Assistência Social (Semas) não possui nenhum servidor efetivo. O quadro de pessoal é formado por prestadores de serviço, contratados pela Oscip Toqueville. Por isso, em audiência realizada nesta sexta-feira (13), a Procuradoria Regional do Trabalho (PRT) determinou prazo de 15 dias para apresentação de Projeto de Lei à Câmara de Vereadores, com a criação de cargos para o órgão.

Atualmente, existem 451 pessoas contratadas pela Toqueville para prestar serviço na Semas. Com a criação dos cargos haverá concurso público e os irregulares serão afastados. De acordo com a secretária de Administração, Regina Feijó, nesta sexta-feira (14), será entregue ao prefeito Cícero Almeida o resultado do estudo das necessidades e carência de pessoal do órgão.” (fl. 390; grifos nossos).

30. As omissões acima detalhadas podem, no caso concreto, se enquadrar na hipótese de improbidade administrativa, por descumprimento de normas cogentes, de caráter público,

em claro e evidente desrespeito aos princípios da administração pública. É o que se conclui da leitura do texto abaixo:

“De forma geral, a improbidade administrativa não reclama tanta elaboração para que seja reconhecida. Estará caracterizada sempre que a conduta administrativa contrastar qualquer dos princípios fixados no art. 37, *caput* da CF (legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade), independente da geração de efetivo prejuízo ao erário.” (fl. 100)

Procurando dar concreção a ideia de responsabilização do agente ímprobo que aja em desconformidade com os princípios constitucionais reitores da Administração Pública, como forma de preservar a lisura e a a Lei n. 8.429, em 02 de Junho de 1992 (Lei de Improbidade Administrativa — LIA, a qual dispõe sobre atos de improbidade administrativa), que tem por escopo proteger a administração, em seu sentido mais amplo possível, de toda sorte de malversações e ilícitos, que violem os princípios que regem a Administração Pública.”

Note-se que a ratio legis, volta-se para o controle da “probidade pública” em toda abrangência do termo, nas varias searas de atuação do Poder Público, em todo espectro da Federação brasileira e em toda e qualquer categoria de empresas e órgãos públicos, entidades ou empresas particulares relacionadas na lei (LIA, arts. 1º, parágrafo único e 3º), não sendo imperiosa a necessidade de ocorrência de prejuízo financeiro ao erário. (p. 101; grifos nossos)⁽⁵⁾

31. Ante todo o exposto, **DECIDE** este juízo da 4ª Vara do Trabalho de Maceió (AL) em sede de antecipação de tutela, determinar o que se segue:

(5) MATTOS, Vivian Rodriguez “A legitimidade passiva do administrador público em Ações Coletivas Trabalhistas”. In: RIBEIRO JÚNIOR, José Hortêncio *et alii*. *Ação Coletiva na Visão de Juizes e Procuradores do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2006.

A) Que os Réus promovam **em 24h a partir do recebimento desta decisão judicial** a retirada imediata de todas as crianças e adolescentes que trabalhem ou exerçam atividades quaisquer no depósito de lixo de Maceió (“Lixão”), enviando-os a suas famílias ou abrigos, através do respectivo Conselho Tutelar, de Assistentes Sociais, Psicólogos e Servidores Municipais destacados em número suficiente à conclusão dessa tarefa;

B) Que os Réus proíbam o acesso de crianças e adolescentes ao depósito de lixo de Maceió (“Lixão”), mantendo **24h por dia número suficiente de Guardas Municipais, Fiscais da SMCCU e servidores da SLUM, notadamente aqueles postos à disposição de órgãos fora de suas áreas-fim, tais como Câmara de Vereadores e Assembleia Legislativa;**

C) Que os Réus efetuem a construção de guaritas fixas no local, para efetivar essa vigilância de maneira mais eficaz, **no prazo de 90 (noventa) dias a contar da intimação desta decisão liminar positiva;**

D) Que os Réus reformem **no prazo de 90 (noventa) dias** a escola municipal Vila Sapeca, localizada na Vila Emater, **a contar da ciência desta decisão, deixando-a em condições de receber os estudantes da região,** e implementando o Sistema de Educação Integral, a fim de viabilizar o cumprimento da política pública do “Programa Mais Educação”, conforme Portaria Normativa Interministerial n. 17, de 24.4.07;

E) Que os Réus estructurem de forma completa o PETI Bela Vista, na Vila Emater, com remanejamento de profissionais e recursos materiais necessários ao seu funcionamento;

F) Que os Réus estructurem com recursos humanos e materiais, **no prazo de 30 (trinta) dias a contar da ciência desta decisão interlocutória** o Conselho Tutelar da localidade, a fim de permitir que os réus apresentem relatório mensal **no dia 30 (trinta) de cada mês, sobre o andamento do PETI, a partir de Agosto de 2009;**

G) Que os Réus disponibilizem **no prazo de 30 (trinta) dias a contar da data de ciência desta decisão interlocutória** local adequado para abrigo das crianças e adolescentes que sejam encontrados no “Lixão” sem família a cuja guarda possam ser entregues; e

H) Que os Réus apresentem relação mensal atualizada das crianças e adolescentes inseridas no PETI Bela Vista, **até o dia 30 (trinta) de cada mês, a partir de Agosto de 2009.**

32. Fica cominada pena pecuniária diária de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) para cada cominação acima descumprida, inclusive per capita, no caso de crianças e adolescentes encontrados no Lixão, a cargo de cada um dos réus, que responderão solidariamente, na forma do Art. 186 do Código Civil c/c Art. 769 da CLT, a ser recolhida em favor do FAT — Fundo de Amparo ao Trabalhador.

33. O descumprimento das determinações judiciais acima acarretará ainda as seguintes providências:

A) instauração de Inquérito Policial Federal para apuração de responsabilidades e violação do Art. 330 do Código Penal;

B) ofício ao Ministério Público para apuração de prática de improbidade administrativa, por inobservância dos princípios constitucionais da Administração, na forma dos arts. 4º e 11, incisos II e VI, da Lei n. 8.429/92:

Art. 4º Os agentes públicos de qualquer nível ou hierarquia são obrigados a velar pela estrita observância dos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no trato dos assuntos que lhe são afetos.

Art. 11. “Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente: [...] II – retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício; [...] VI – deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo;” (grifos nossos).

C) representações ao Ministério Público e à Mesa da Câmara de Vereadores do Município de Maceió para apuração de eventual crime de responsabilidade, previsto no art. 1º, inciso XIV, do Decreto-lei n. 201, de 27.2.67:

Art. 1º São crimes de responsabilidade dos Prefeitos Municipal, sujeitos ao julgamento do Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores: [...]

XIV – Negar execução a lei federal, estadual ou municipal, **ou deixar de cumprir ordem judicial, sem dar o motivo da recusa ou da impossibilidade, por escrito, à autoridade competente;** (grifos nossos)

34. Os demais pedidos serão analisados oportunamente após as intimações desta decisão, inclusive quanto à realização de eventual inspeção judicial, se necessária.

* A SECRETARIA da Vara deverá registrar a tramitação do feito como preferencial, nos

termos do art. 5º, inciso VII, da Consolidação dos Provimentos do Tribunal Regional do Trabalho da 19ª Região e corrigir a autuação quanto ao nome da ré Sandra Maria Arcanjo *.

Intimem-se os réus desta decisão COM URGÊNCIA, através de Oficiais de Justiça e, após, o MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO, este pessoalmente e nos autos, com cópia da decisão, devendo os autos retornar a este Juízo de imediato, para providências complementares.

Remeta-se cópia desta decisão à Coordenação Nacional do Programa Internacional para Eliminação do Trabalho Infantil (IPEC) da Organização Internacional do Trabalho (OIT), para ciência.

Maceió (AL), 18 de Agosto de 2009.

HENRIQUE CAVALCANTE

Juiz do Trabalho

Vara do Trabalho de Colider – MT

ATA DE AUDIÊNCIA

Aos vinte e três dias do mês de março do ano de 2.009, às 17h:00, presente o Juiz Titular da Vara do Trabalho de Colider, **Ivan José Tessaro**, para a audiência relativa ao Processo n. 00079.2009.041.23.00-6, movido por **WILSON JOSÉ PEREIRA** em face de **CREUDEVALDO BIRTCHÉ e AGROPECUÁRIA CAROLMILA LTDA.**

Apregoadas as partes, ausentes.

Ato contínuo foi proferida a seguinte:

SENTENÇA

I – RELATÓRIO

A princípio, demanda submetida ao rito sumaríssimo, dispensa a elaboração de relatório, nos termos do art. 852 I, da CLT.

II – FUNDAMENTAÇÃO.

PRELIMINARMENTE

A) COMPETÊNCIA MATERIAL

A Emenda Constitucional n. 45/2004, ao alterar a redação do art. 114 da CR/88, ampliou substancialmente a competência material da Justiça do Trabalho, visto que foram inclusas no rol de suas atribuições as lides decorrentes da relação de trabalho.

Esta ampliação manteve o foco na valorização/proteção do trabalho humano, como resposta a sua crescente precarização, considerando-se a grande quantidade de trabalhadores informais existentes em nosso País.

A lei não contém palavras inúteis.

Fosse para manter a competência da Justiça do Trabalho às relações de emprego, não haveria

necessidade de qualquer alteração na redação do art. 114 da Carta Magna.

Aliás, de se observar que o legislador excluiu a referência a dissídios entre trabalhadores e empregadores contida no texto original, presumindo a intenção de remeter à Justiça do Trabalho questão inerente a sua especialização, ou seja, relação de trabalho em sentido amplo.

Note-se, conforme consagrado na doutrina trabalhista de forma uníssona, que relação de trabalho possui caráter genérico, abrangendo as relações jurídicas que tenham por objeto qualquer tipo de prestação de serviços, alcançando todas as modalidades de trabalho humano, tais como o trabalho autônomo, o contrato de estágio, o trabalho voluntário, a prestação de serviços terceirizados, a relação de trabalho eventual, a representação comercial, a empreitada, a prestação de serviços etc.

A relação de emprego, espécie do gênero relação de trabalho, apresenta-se naqueles casos em que os labores são desenvolvidos de modo pessoal, oneroso, não eventual e subordinado, sendo certo que esta última característica é, por excelência, o principal traço que distingue a relação de emprego das demais formas de trabalho humano.

Não é o objeto da prestação de serviços singularmente considerado que define a relação de emprego, mas o modo de execução dos trabalhos, porquanto toda vez que nos defrontarmos com alguma modalidade de labor prestada pessoalmente, de modo oneroso, não eventual e com subordinação ao tomador, invariavelmente estaremos diante de uma típica relação de emprego.

Porém, não somos partidários da tese segundo a qual todas as lides originadas ou decorrentes de qualquer forma de trabalho tenham sido açambarcadas pela nova competência da Justiça Obreira. O aumento da competência deve sofrer temperamentos, sob pena de se generalizar de tal forma a ponto de não se justificar mais a divisão do Poder Judiciário em diversos ramos especializados, já que em qualquer atividade humana sempre é possível encontrar o elemento trabalho.

Assim, entendo que a relação jurídica alcançada pela Justiça do Trabalho deve ter em mira aquela resultante de um contrato onde uma pessoa física se obriga a prestar um serviço ou realizar uma obra em favor de outra pessoa física ou jurídica, ainda que para tanto contrate alguns auxiliares, desde que também execute pessoalmente parte dos trabalhos.

A relação de trabalho que importa é aquela que nasce do fato trabalho, como conjunto de direitos e obrigações, vinculando o prestador de serviço ao tomador. Desde que alguém preste serviços a outrem, sob qualquer condição ou modalidade, pouco importando a causa de sua origem, haverá aí uma relação de trabalho.

Esclareço que, diante do novo leque de ações que serão direcionadas à Justiça do Trabalho, será necessário o uso, com mais frequência, de normas previstas em outros ramos do Direito, sem que isso descaracterize a sua especialização, implicando, pelo contrário, aperfeiçoamento de toda instituição trabalhista.

Destarte, emerge de modo inequívoco que a competência neste caso será desta Justiça Especializada, uma vez que inquestionavelmente estamos diante de uma relação de trabalho, onde o reclamante assumiu a obrigação de conduzir um lote de bovinos de uma fazenda para outra, sendo que para executar o contrato laborou pessoalmente, não obstante tenha contratado outros trabalhadores para auxiliá-lo.

Nessa linha de raciocínio, pouco importa se estamos diante de uma pequena empreitada, como aduzido na inicial, ou de um contrato

de transporte, tese da defesa, ou ainda se a hipótese é de mera prestação de serviços sem vínculo empregatício, nos moldes enunciados no contrato de fl. 52, pois em todas as hipóteses a competência para dirimir o litígio será da Justiça do Trabalho.

Rejeito.

b) Ilegitimidade Passiva do Primeiro Reclamado

É consabido que a relação jurídica processual não se confunde com a relação material, sendo pacífico que a ação tem natureza abstrata, de sorte que seu exercício não está vinculado ao reconhecimento do direito postulado.

Regra geral a pertinência subjetiva para a demanda é ostentada pelos titulares da relação jurídica de direito material, o que corresponde no campo trabalhista aos sujeitos da relação de emprego.

Contudo, em conformidade com a mais moderna teoria geral do processo, o critério de análise desta pertinência é abstrato, baseado na chamada teoria da asserção, segundo a qual para perquirir a respeito das condições da ação leva-se em conta exclusivamente as alegações trazidas na petição inicial. Vale dizer, a análise é feita em tese e com a exclusiva finalidade de constatar se a partir das alegações iniciais é possível ultimar a apreciação do conteúdo meritório da demanda.

O exame profundo de quem efetivamente compõe a relação material é questão afeta ao mérito e, uma vez constatado que a parte reclamada não participou diretamente liame jurídico objeto do dissídio, tal circunstância não afetará sua legitimação, implicando exclusivamente a rejeição das pretensões deduzidas.

Portanto, se restar confirmado que o primeiro requerido é apenas representante de uma das sócias da segunda requerida, a consequência no campo pragmático será a improcedência dos pedidos.

Rejeito.

MÉRITO

1) Modalidade Contratual. Obrigação de Meio ou de Resultado

De acordo com o reclamante, os labores por ele desenvolvidos qualificam-se como contrato de pequena empreitada.

Esta modalidade contratual surge quando uma pessoa assume a obrigação de **executar uma obra** para outra pessoa, mediante retribuição (art. 610 do CC). Neste tipo de contrato não há subordinação jurídica do prestador em favor do tomador, característica típica das relações empregatícias regidas pela CLT. Ainda, na empreitada o pagamento encontra-se condicionado ao sucesso do resultado buscado, independentemente do tempo despendido na execução do contrato. Com isso, conclui-se que o contrato de empreitada tem como principais características a bilateralidade, onerosidade, consensualidade, sendo, como regra, de execução única, no qual interessa muito mais o resultado que o modo de execução das tarefas necessárias a sua consecução.

O autor não foi contratado para edificar uma obra, mas para conduzir animais de uma fazenda para outra. Logo, não há como qualificá-lo como empreiteiro.

A dúvida a ser debelada é se estamos diante de um contrato de transporte de coisas, como advoga a defesa, ou de prestação de serviços, tal qual exsurge do documento apresentado à fl. 52.

A prestação de serviços ou a *locatio operarum*, segundo o art. 593 do CC, abrange todas as modalidades de labor humano não reguladas pela CLT, ou seja, não sendo relação de emprego, mas havendo alguma forma de trabalho, estaremos diante de uma prestação de serviços. A amplitude desta modalidade contratual é manifesta e deve ser tratada residualmente, visto que diversos outros contratos regulados pelo Código Civil também envolvem prestação de serviços, como ocorre com a empreitada, a representação comercial, o mandato, a parceria, o contrato de transporte de pessoa ou coisa etc.

Nesse sentido, não obstante as partes tenham qualificado como contrato de prestação de serviços o pacto entre elas entabulado, na realidade trata-se de contrato de transporte de coisas, porquanto conta com regulamentação específica no Código Civil (arts. 730/756), devendo assim ser tratado.

Outra questão importante para solucionar a lide que precisa ser definida é se a obrigação assumida pelo autor foi de meio ou de resultado.

A primeira é verificada naquelas hipóteses em que o trabalhador não assume o compromisso de alcançar um objetivo, senão que executar certa atividade voltada a obtenção de determinado fim, mas sem o dever fundamental de atingi-lo e sem dar garantia de sucesso do intento. É indubitoso que deverá envidar todos os esforços e lançar mão de todos os meios disponíveis para que o resultado seja positivo, sob pena de responsabilidade, mas a obtenção do resultado em si não é condicionante para que o contrato seja considerado fielmente cumprido.

Diversamente, em se tratando de obrigação de resultado, esta somente será considerada cumprida se o objetivo definido no contrato for alcançado. Aqui o contratado se obriga a obtenção de um resultado específico. Caso não o atinja, ou o atinja apenas parcialmente, dar-se-á a inexecução da obrigação, cuja culpa é presumida. Em sendo assim, para fazer jus ao ressarcimento, basta que o lesado prove a existência do contrato e a não obtenção do resultado prometido, exonerando-se o devedor/trabalhador de responsabilidade se provar caso fortuito ou força maior.

Pelo contrato de fl. 52, o autor inicialmente comprometeu-se a conduzir 900 animais entre os Municípios de Nova Bandeirantes/MT e Colider/MT, trajeto posteriormente alterado, pois o local de entrega passou a ser a Fazenda Jaú, localizada no Município de Apiacás/MT.

Trata-se, pois, de obrigação de resultado.

2) Função Social do Contrato. Boa-Fé Objetiva

A secular atividade de tropeiro, alardeada em verso, prosa e música, compõe o imaginário popular como uma mescla de bucólico e romântico. Algo prazeroso e quase invejável, supostamente desejado por todos, ainda que na mocidade ingênua que deixa aflorar o desejo errante da alma humana.

Mas o dia a dia daqueles que a ela se dedicam não é tão belo quanto sugerem as cantatas. Exercida por pessoas humildes, que no lombo de cavalos ou burros transpõe longos trechos, sob sol, chuva, frio ou calor excessivo, alimentando-se na beira das estradas, sem qualquer conforto ou estrutura, descansando sob a sombra de árvores, sentados em pedras, dormindo em redes armadas sob barracos de lona montados e desmontados diariamente ao longo do caminho, tomando banho em riachos e córregos, dividindo a mesma água ingerida pelos animais, fazendo suas necessidades fisiológicas no meio da mata.

Este é o perfil do tropeiro, que com seu desprendimento, suas mãos calejadas e com a honradez do suor do seu trabalho presta serviços aos grandes fazendeiros, conduzindo por estradas empoeiradas ou lamacenta grande número de animais, tudo para bem atender aos anseios do “patrão”.

Não se trata de um grande empresário do ramo de transportes, frente ao qual o dono da mercadoria se apresenta enfraquecido, dada a inferioridade econômica. Ao contrário, é trabalhador humilde, que labuta para prover seus sustento, tendo o dono dos animais inequívoca superioridade patrimonial.

Aliás, o preço de cada animal, conforme anotado na inicial, e não contestado especificamente pela defesa (art. 302 do CPC) era de R\$ 1.009,00, **permitindo avaliar a boiada em aproximadamente um milhão de reais.**

Como contraprestação foi ajustado o preço de R\$ 400,00 por marcha, assim compreendido

um dia inteiro de condução do gado, cabendo ao autor custear todas as despesas com alimentação e pessoal.

A boiada marchou durante 35 dias, **rendendo a importância bruta de R\$ 14.000,00**, que seria destinada ao autor, seus ajudantes (ao total de sete conforme prova testemunhal), bem como para custear todas as despesas da comitiva com alimentação, transporte, direitos trabalhistas, necessidades médicas, farmacêuticas, hospitalares, obrigações tributárias e previdenciárias, além de quaisquer outras que se fizessem necessárias ao fiel cumprimento do contrato (vide item 6, fl. 52/V).

Não é necessário grandes conhecimentos matemáticos para concluir que o autor ao final não teria grandes ganhos, mesmo que houvesse sido pago tudo aquilo que fora prometido.

Mais, o tropeirismo é atividade laborativa arcaica, cada dia menos utilizada, substituída pelos modernos meios de transporte (caminhões). Os animais sofrem demasiadamente com a marcha de longos dias, não sendo nada incomum alguns se perderem nas matas existentes ao longo do caminho, morrerem picados por cobras ou outro bicho peçonhento, ou simplesmente porque não suportam o extenuante desgaste físico.

Bois destinados a produção de carne, como aqueles criados pelos reclamados, não são animais de carga, tampouco sua fisiologia e complexação física sugere vocação para a marcha constante e prolongada. É mais do que óbvio que submetê-los a condições como essas implica elevado risco de perecimento ou dano.

Ainda que o autor tenha assumido o compromisso de prestar seus serviços conduzindo os animais, com a garantia de entregar todos no destino, tratando-se, pois, de obrigação de resultado, a solução do dissídio trazido a apreciação exige parcimônia e ponderação, dadas as peculiaridades que informam este caso.

É que a Constituição da República consagra como um dos seus fundamentos a valorização social do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º),

sendo contrário aos mais comezinhos princípios do direito que uma pessoa preste serviços sem contraprestação.

Em tal contexto, não se pode conceber que a existência de um contrato escrito dizendo que o prestador assumiu uma obrigação de resultado e que a perda de animais, mesmo sem culpa, seja razão bastante para inibir o dever de pagar os trabalhos realizados.

Um dos pontos de destaque do Código Civil de 2002 está no art. 421, que impõe limites à livre contratação, ao apregoar que: “*A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.*”, norma que se integra ao art. 5º da Constituição Federal, incisos XXII e XXIII, que asseguram o direito de propriedade, mas impõe o dever desta atender a sua função social.

A real função do contrato não é mais reconhecida apenas a partir do seu papel instrumental para obtenção de segurança jurídica, pois sua celebração e execução rompeu com a concepção liberal individualista que preponderava no Código Civil de 1916, interessando atualmente além das partes, também a toda a sociedade.

Essa perspectiva transindividual, todavia, não acabou com a premissa clássica que imanta todos os contratos, traduzida pelo velho brocardo “*pacta sunt servanda*”. Vale dizer, como regra geral, as cláusulas contratuais continuam valendo como lei entre as partes, mantida a obrigatoriedade de respeito por ambos os lados. Corroborando esta conclusão temos o art. 422 do CC: “*os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé*”.

Assim, a validade do contrato exige uma postura eticamente aceitável de ambos os contraentes. A imposição de respeito a função social do contrato conduz a conclusão de que não pode ser utilizado como instrumento capaz de cancelar o abuso de direito, causando dano a um dos contratantes ou a terceiro, pois o art. 187 do CC estabelece: “*também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim*

econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

Embora a livre iniciativa se apresente como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito (art. 1º, IV da CR/88) e a celebração de contratos seja a manifestação concreta deste princípio, não se trata de um garantia ilimitada, de modo que não deve causar espécie a exigência de que o contrato atenda a sua função social, não se admitido que valorize apenas os interesses de um dos contratantes ou contrarie o interesse coletivo.

A própria Constituição contem norma emblemática que limita o direito de contratar ao não admitir negócio jurídico que implique abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à limitação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros (§ 4º do art. 173).

Nos casos em que as fronteiras da licitude do exercício regular dos contratos são desrespeitadas, cabe ao juiz aprofundar a análise do tema, fazendo incursões que vão além da literalidade das cláusulas, assegurando soberania aos valores sociais e da coletividade.

Negar a função social do contrato, o que por si só já é bastante grave, implicaria também em mais um afronte ao direito privado moderno, pois colocaria em segundo plano a boa-fé objetiva, também enaltecida pelo CC (art. 422), cuja aplicação se mostra dever do magistrado, cumprindo-lhe verificar se o contrato não contempla fraude a garantias constitucionais ou algum outro direito inscrito em norma infraconstitucional.

Como muito bem define o Enunciado n. 23, CEJ: “*A função social do contrato prevista no art. 421 do novo código Civil não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio, quando presentes interesses meta-individuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana.*”

Cabe ponderar que o trabalho em condições adversas, como aquelas enfrentadas pelo requerente, sem o pagamento da devida contraprestação ajustada, atenta contra a dignidade da

pessoa humana, postulado alçado ao patamar de fundamento da República, consoante art. 1º, III, da CR/88, e por tal razão irrenunciável, inderrogável pela vontade das partes e inalienável.

Sendo a dignidade o atributo que destaca o ser humano dos outros animais, não poderá ser relativizada em hipótese alguma, cabendo ao Estado intervir com vistas a sua preservação em toda e qualquer hipótese em que for agredida, mesmo naqueles casos em que a vulneração conta com a anuência da própria vítima, sob pena de transferir para os atores das relações contratuais a responsabilidade pelo respeito ou não à dignidade do ser humano, o que a tornaria um bem de menor grandeza e expressão, porque renunciável e derogável pela singela manifestação volitiva das partes, o que, em última análise, equivale a sua negação, situação que atenta contra próprio Estado Democrático de Direito.

Exigir a prestação de serviços em condições tão adversas como aquelas que compõe o objeto do contrato celebrado entre as partes, cuja execução somente é possível com elevada dose de risco aos animais, conforme mencionado em linhas pretéritas, e ao mesmo tempo transferir ao transportador/trabalhador/tropeiro toda a responsabilidade pelos danos que a marcha de 35 dias ininterruptos causou aos animais e tomando-se em consideração, ainda, a gritante diferença econômico/financeira entre as partes, consubstancia cláusula contratual manifestamente abusiva, pois vulnera a função social do contrato e por esta razão não pode ser judicialmente cancelada.

Com efeito, somente se estivesse demonstrada a culpa do trabalhador é que se poderia conceber os descontos efetuados em face do perecimento de quatro animais e como indenização pelas lesões sofridas por outros bois. Ressalte-se que a prova testemunhal confirmou que somente quatro animais pereceram durante a marcha, prevalecendo a tese inicial de que também houve desconto por causa dos animais que chegaram ao destino machucados.

Ademais, na hipótese dos autos, a prova testemunhal deixa transparecer de modo cristalino que além dos 900 animais inicialmente integrados a boiada, os reclamados colocaram outros ao longo do caminho, tanto que chegaram ao destino com aproximadamente 1000 animais.

Esta circunstância por si só já seria bastante grave, permitindo afirmar que os reclamados faltaram com o dever de boa fé objetiva, pois contrataram um serviço e depois, mesmo sem anuência do requerente, alteraram o objeto do contrato, acrescentando animais a manada.

Tornando a situação mais abusiva ainda, tem-se o fato de que os novos animais não apresentavam boas condições para a marcha, pois estavam mancos, doentes ou muito fracos, tanto que parte deles foi recusada pelo reclamante no local de origem e a outra parte fora deixada para traz de uma outra boiada, também pertencente ao reclamado, que iniciou a marcha cerca de 20 dias antes. (vide depoimentos das testemunhas).

Além disso, estes animais eram trazidos de caminhão e simplesmente despejados no meio daqueles que estavam marchando, sem possibilidade de qualquer conferência das reais condições que se encontravam, não sendo providenciado nem mesmo local adequado para o desembarque, simplesmente saltavam da carroceria do caminhão.

Deste modo, uma vez que o contrato não atende a sua função social, visto que excessivamente oneroso a uma das partes, transferindo o risco da atividade ao trabalhador, bem ainda porque durante a execução do contrato os reclamados não se pautaram pela boa fé objetiva, colocando animais que não tinham condições de marchar, afiguram-se abusivos os descontos efetuados, razão pela qual são condenados ao pagamento de R\$ 8.236,00.

3) Responsabilidade do Primeiro Reclamado

O primeiro reclamado é pessoa bastante conhecida na região, bem sucedido empresário

do ramo pecuário, sendo inequívoca a sua condição de sócio aparente da segunda reclamada, devendo responder solidariamente pela satisfação dos débitos oriundos desta demanda.

Saliente-se que fatos notórios não precisam de prova.

4) Honorários Advocatícios. Custas Processuais e Justiça Gratuita

Arbitro custas processuais a cargo dos réus no importe de R\$ 164,72, calculadas sobre o valor do débito de R\$ 8.236,00.

Levando em conta o que dispõe o art. 20 do CPC, fixo honorários advocatícios no valor de R\$ 1.647,20, a cargo dos reclamados. Observe-se que a condenação corresponde a 20%, sobre o valor da condenação, sendo devida esta verba, visto que não se aplica aqui a exceção aplicada aos empregados típicos.

De resto, porque atendidos aos pressupostos da Lei n. 1.060/50, defiro os benefícios da justiça gratuita ao autor.

III – DISPOSITIVO

Isto posto, julgo **PROCEDENTE** os pedidos formulados por **WILSON JOSÉ PEREIRA** em face de **CREUDEVALDO BIRTCHÉ** e **AGROPECUÁRIA CAROLMILA LTDA**, condenando-os ao pagamento de R\$ 8.236,00,

além de custas e honorários advocatícios, tudo nos termos da fundamentação supra que a este dispositivo integra para todos os efeitos legais.

Juros no percentual de 01% (um por cento) ao mês, além de correção monetária pelo INPC, devida a partir da origem do débito, considerando-se para tal fim o dia 2.2.2009, data em que o valor ajustado deveria ter sido pago integralmente.

A Contribuição Previdenciária, cota patronal (11%), deverá ser comprovada nos autos, sob pena de execução dos valores correspondentes, a teor do art. 114, § 3º da CF/88 (Emenda Constitucional n. 20, de 15.12.1998) e da Lei n. 10.035/2000, que introduziu no bojo da CLT as normas pertinentes a execução previdenciária. A cota obreira (20%) será retida do crédito deferido acima.

Custas pelos reclamados, conforme valor acima definido.

Cientes as partes.

Oficie-se ao Indea/MT, para que tome as providências que entender cabíveis, visto que os réus integraram animais a boiada sem a necessária Guia de Transporte.

Encerrou-se às 17:08 horas.

Ivan José Tessaro

Juiz do Trabalho

Índice Geral



Doutrina

Primera lectura del pacto mundial para el empleo de la OIT (2009). 1. Importancia y naturaleza jurídica. 2. Contenido. 2.1. Objeto y principios. 2.2. Protección social. 2.3. Las normas internacionales del trabajo. 2.4. Otros aspectos. 3. Evaluación 15

A nova redação do art. 895 da CLT. 1. Introdução. 2. Precisão terminológica. 3. Conceito de sentença. 4. A nova redação do art. 895 da CLT. 5. Os efeitos da Lei n. 11.295/09 sobre o processo do trabalho. 6. Decisões terminativas e definitivas dos TRTs em competência originária. 6.1. Dissídios coletivos e mandado de segurança coletivo. 6.2. Ação rescisória. 7. Conclusões 22

A prisão civil do depositário judicial infiel economicamente capaz: um outro olhar. I. Introdução. Efetividade da execução e devido processo legal. II. A prisão civil do depositário infiel. 1.a. A Constituição Federal e o Pacto de San José da Costa Rica. 1.b. Posições do Supremo Tribunal Federal. 1.c. A questão da hierarquia das normas internacionais (I): interpretação autêntica do art. 5º, § 3º, CRFB. 1.d. A questão da hierarquia das normas internacionais (II): regime de recepção por derivação vinculada a ato de legitimação política. 1.e. A questão da natureza jurídica da prisão do depositário infiel: “*contempt of court*”. III. Conclusões. IV. Referências bibliográficas 36

Direitos humanos e fundamentais, os princípios da progressividade, da irreversibilidade e da não regressividade social em um contexto de crise. 1. Direitos Humanos — cultura e ideologia. 2. Direitos fundamentais e Direitos Humanos. 3. O Direito do Trabalho com expressão dos Direitos Humanos — o princípio da progressividade, a irreversibilidade social

ou não regressividade social. 4. Crise, ajustes econômicos e os Direitos Humanos fundamentais e sociais. 5. Negociação Coletiva. Progressividade e Irreversibilidade dos Direitos. 6. Conclusões. 7. Referências bibliográficas 56

As perícias judiciais para a constatação de doença ocupacional — um gravíssimo problema a desafiar uma solução urgente, para a efetiva proteção à saúde do trabalhador. 1. Introdução. 2. O exame de um caso concreto. 2.1. Considerações sobre o referido caso. 2.2. A busca da justiça do caso concreto. 3. A realização das perícias por Engenheiro e Médico do Trabalho. 3.1. A necessária compreensão da causa e das doenças degenerativas. 3.2. A concessão de tutela antecipada para o pagamento dos salários após alta médica do INSS. 4. Considerações finais. 5. Referências bibliográficas 71

Direito a desconexão do trabalhador: repercussões no atual contexto trabalhista. 1. Introdução. 2. Direito a desconexão — conceito e inter-relação com as novas tecnologias. 3. Direitos fundamentais do trabalhador à preservação de sua higidez física e psíquica, ao lazer e à desconexão: pontos de contato. 4. Eficácia horizontal e vertical das normas fundamentais nas relações de labuta e cláusula de abertura de compreensão de direitos fundamentais. 5. Mecanismos de exigibilidade judicial. 6. Hermenêutica constitucional concretizadora dos direitos fundamentais. 7. Enfoque jurisprudencial. 8. Considerações finais. 9. Referências bibliográficas 84

O valor trabalho como dimensionador da personalidade. 1. As injustiças não combatidas geram a violência. 2. O trabalho como valor econômico. 3. O trabalhismo. 4. A crise. 5. O neotrabalismo. 6. Considerações finais. 7. Referências bibliográficas 99

Devido processo substantivo. 1. Introdução. 2. Noções históricas básicas e indispensáveis. 3. <i>Substantive due process</i> . 4. Padrões de escrutínio. 5. Vias de ampliação do controle de constitucionalidade. 6. <i>Economic substantive due process</i> . 7. <i>A substantive due process</i> e as liberdades e os direitos civis. 8. Críticas à doutrina do devido processo substantivo. 9. Considerações finais. 10. Referências bibliográficas	113
Inexistência de estabilidade e a confusão jurisprudencial formada em torno da dispensa do empregado público concursado. 1. Introdução. 2. O anacronismo da Súmula n. 390, I, do TST. 3. Análise crítica acerca da estabilidade bienal (antes do advento da EC n. 19/98). 4. A tortuosa concepção jurisprudencial acerca da “estabilidade”. 5. O tratamento discriminatório atribuído pelo TST aos empregados de empresas públicas e sociedades de economia mista. 6. Inconstitucionalidade da dispensa de empregado público sem a motivação adequada. 7. A discriminação entre os discriminados — o caso dos empregados públicos da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. 8. Considerações finais. 9. Referências bibliográficas	126
Flexissegurança — Aspectos Gerais. 1. Introdução. 2. Flexissegurança. 2.1. Exemplos de flexissegurança. 2.1.1. Dinamarca: o Triângulo de Ouro. 2.1.2. Holanda: o trabalho temporário. 2.1.3. Espanha: redução do contrato a termo. 2.1.4. Alemanha: o Pacote Hartz. 2.1.5. França: o CTP e o CTE. 3. Possibilidade de extensão. 4. Conclusão. 5. Referências bibliográficas	144
Súmula vinculante, o princípio da segurança jurídica e a Súmula Vinculante n. 4. 1. Introdução. 2. Princípios. 2.1. Conceito. 2.2. Princípio da segurança jurídica. 3. Súmula vinculante. 3.1. Conceito. 3.2. Objeto. 3.3. Edição, revisão e cancelamento. 3.4. Legitimados. 3.5. Reclamação. 4. A Súmula Vinculante n. 4. 5. Considerações finais. 6. Referências bibliográficas	165
Pacto social, Estado e sindicalismo. 1. Introdução. 2. Conflitos coletivos de trabalho. 3. Formas de solução dos conflitos coletivos. 4. Pacto social. 4.1. Conceito e denominações. 4.2. Fundamentos. 4.3. Origem. 4.4. Natureza jurídica. 4.5. Pressupostos. 4.6. Conteúdo e objetivos. 4.7. Legitimidade. 4.8. Eficácia. 5. Pacto social na história. 6. Convenções coletivas de trabalho e pacto social. 7. Pacto social e sindicalismo brasileiro. 8. Conclusão. 9. Referências bibliográficas	187
A ação civil pública na Justiça do Trabalho. 1. Introdução. 2. Aspectos gerais. 2.1. Retrospectiva histórica. 2.2. Natureza jurídica. Conceito. Espécies. 2.3. Terminologia. Cabimento na Justiça do Trabalho. 3. Objeto. 4. A legitimidade do Ministério Público do Trabalho para a defesa dos direitos individuais homogêneos dos trabalhadores. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas	201
Práticas behavioristas e dignidade do empregado: um estudo de caso no Brasil. 1. Introdução. 2. Descrição do caso. 3. Poder diretivo. 4. Práticas behavioristas de gestão. 5. Direitos fundamentais. 6. Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. 7. Dignidade do empregado. 8. Considerações finais. 9. Referências bibliográficas	215
A cláusula penal no direito desportivo: sua adequada aplicação. 1. Introdução. 2. Antigo passe e cláusula penal. 3. Interpretando o art. 28 da Lei Pelé: unilateralidade ou bilateralidade da cláusula penal. 4. Evolução jurisprudencial. 5. A cláusula penal no direito civil. 6. A cláusula penal no direito desportivo. 7. Considerações finais. 8. Referências bibliográficas	224

Jurisprudência

Acórdãos do Tribunal Superior do Trabalho

Acórdãos de Tribunal Regional do Trabalho

Acórdão do Tribunal Superior do Trabalho 237

Acórdão do Tribunal Regional do Trabalho
da 22ª Região 244

Acórdão do Tribunal Regional do Trabalho
da 22ª Região 252

Sentenças

1ª Vara do Trabalho de Uberlândia – MG . 261

4ª Vara do Trabalho de Maceió – AL 269

4ª Vara do Trabalho de Maceió – AL 271

Vara do Trabalho de Colider – MT 284

