



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

REVISTA DO TRIBUNAL  
REGIONAL DO TRABALHO  
DA DÉCIMA QUINTA REGIÃO

*DIREÇÃO E COORDENAÇÃO  
DA ESCOLA DA MAGISTRATURA*

2005 – N. 27





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

REVISTA DO TRIBUNAL  
REGIONAL DO TRABALHO  
DA DÉCIMA QUINTA REGIÃO

*DIREÇÃO E COORDENAÇÃO  
DA ESCOLA DA MAGISTRATURA*

*REPOSITÓRIO OFICIAL DE JURISPRUDÊNCIA*

## FICHA CATALOGRÁFICA

---

Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região -  
Direção e Coordenação da Escola da Magistratura - n. 27 -  
JUL/DEZ 2005 - Campinas - São Paulo

1. Direito do Trabalho - 2. Direito Processual do Trabalho -
  3. Direito Internacional - 4. Jurisprudência (TRT da 15ª Região) -
  5. Atos Normativos (TRT da 15ª Região)
- 

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

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

Rua Barão de Jaguara, 901 - 14º andar - Campinas/SP - 13015-927  
Fone: (19) 3031-4183 - Fax (19) 3236-0585 - e-mail: ematra@trt15.gov.br

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

## **CONSELHO EDITORIAL**

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

## **CONSELHO TÉCNICO - SUBCOMISSÕES**

### **JURISPRUDÊNCIA**

Juíza **MARIANE KHAYAT** – Presidente  
Juiz **SAMUEL HUGO LIMA**  
Juiz **FLÁVIO LANDI**

### **DOCTRINA INTERNACIONAL**

Juíza **ANA MARIA DE VASCONCELLOS** – Presidente  
Juiz **GUILHERME GUIMARÃES FELICIANO**  
Juíza **LAURA BITTENCOURT FERREIRA RODRIGUES**

### **TRABALHOS DO MEIO CIENTÍFICO**

Juiz **HENRIQUE DAMIANO** – Presidente  
Juíza **ELIANE DE CARVALHO COSTA RIBEIRO**  
Juíza **MARIA DA GRAÇA BONANÇA BARBOSA**

### **ESTUDO MULTIDISCIPLINAR-TEMÁTICO**

Juiz **GERSON LACERDA PISTORI** - Presidente  
Juiz **ANDRÉ AUGUSTO ULIANO RIZZARDO**  
Juiz **LEO MINORU OZAWA**

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

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

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

## **PRESIDENTE**

Juiz Laurival Ribeiro da Silva Filho

## **VICE-PRESIDENTE**

Juiz Antônio Miguel Pereira

## **CORREGEDOR REGIONAL**

Juiz Luís Carlos Cândido Martins Sotero da Silva

## **VICE-CORREGEDOR REGIONAL**

Juiza Olga Aida Joaquim Gomieri

## **Juízes**

José Pedro de Camargo Rodrigues de Souza

Eurico Cruz Neto

Ernesto da Luz Pinto Dória

Carlos Alberto Moreira Xavier

Irene Araíum Luz

Fany Fajerstein

Eliana Felipe Toledo

Luiz Carlos de Araújo

Luís Carlos Cândido Martins Sotero da Silva

Laurival Ribeiro da Silva Filho

Maria Cecília Fernandes Álvares Leite

Carlos Roberto do Amaral Barros

Antônio Miguel Pereira

Samuel Corrêa Leite

Olga Aida Joaquim Gomieri

Eduardo Benedito de Oliveira Zanella

I. Renato Buratto

Henrique Damiano

Flavio Allegretti de Campos Cooper

Luiz Antonio Lazarim

José Pitas

Nildemar da Silva Ramos

Luiz Roberto Nunes

Lorival Ferreira dos Santos

José Antônio Pancotti

Manuel Soares Ferreira Carradita

Fernando da Silva Borges

Vera Teresa Martins Crespo

Paulo de Tarso Salomão

Flávio Nunes Campos

Elency Pereira Neves

Gerson Lacerda Pistori

Mariane Khayat

Ana Maria de Vasconcellos

Helena Rosa Mônaco da Silva Lins Coelho

## **1ª TURMA**

### **1ª Câmara**

Juiz Luiz Roberto Nunes (Presidente da Turma e da 1ª Câmara)  
Juiz Carlos Alberto Moreira Xavier  
Juiz Luiz Antonio Lazarim

### **2ª Câmara**

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

## **2ª TURMA**

### **3ª Câmara**

Juiz José Pedro de Camargo Rodrigues de Souza (Presidente da 3ª Câmara)  
Juiz Samuel Corrêa Leite  
Vaga

### **4ª Câmara**

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

## **3ª TURMA**

### **5ª Câmara**

Juiz Lorival Ferreira dos Santos (Presidente da Turma e da 5ª Câmara)  
Juiz Ernesto da Luz Pinto Dória  
Juíza Eliana Felipe Toledo

### **6ª Câmara**

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

## **4ª TURMA**

### **7ª Câmara**

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

### **8ª Câmara**

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

## **5ª TURMA**

### **9ª Câmara**

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

### **10ª Câmara**

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

## **6ª TURMA**

### **11ª Câmara**

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

### **12ª Câmara**

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

### **SEÇÃO DE DISSÍDIOS COLETIVOS**

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

### **1ª SEÇÃO DE DISSÍDIOS INDIVIDUAIS**

Juiz Luís Carlos Cândido Martins Sotero da Silva (Presidente)  
Juíza Eliana Felipe Toledo  
Juiz Luiz Carlos de Araújo  
Juiz Samuel Corrêa Leite  
Juiz Luiz Antonio Lazarim  
Juiz Luiz Roberto Nunes  
Juiz Manuel Soares Ferreira Carradita  
Juiz Gerson Lacerda Pistori  
Juíza Mariane Khayat  
Juíza Ana Maria de Vasconcellos  
Juíza Helena Rosa Mônico da Silva Lins Coelho  
Vaga

### **2ª SEÇÃO DE DISSÍDIOS INDIVIDUAIS**

Juíza Olga Aida Joaquim Gomieri (Presidente)  
Juiz José Pedro de Camargo Rodrigues de Souza  
Juiz Eurico Cruz Neto  
Juiz Ernesto da Luz Pinto Dória  
Juiz Carlos Alberto Moreira Xavier  
Juíza Irene Araim Luz  
Juíza Fany Fajerstein  
Juíza Maria Cecília Fernandes Álvares Leite  
Juiz Carlos Roberto do Amaral Barros  
Juiz Eduardo Benedito de Oliveira Zanella  
Juiz I. Renato Buratto  
Juiz José Pitas

## **Escola da Magistratura da Justiça do Trabalho da 15ª Região**

Diretor: Eduardo Benedito de Oliveira Zanella  
Coordenador: Juiz Flavio Allegretti de Campos Cooper

### **Conselho Consultivo e de Programas**

Juíza Vera Teresa Martins Crespo  
Juiz José Otávio de Souza Ferreira  
Juíza Alzeni Aparecida de Oliveira Furlan

# JUIZES TITULARES DE VARAS DO TRABALHO

Em 19/12/2005

## NOME

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

## VARA

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

ANA CLÁUDIA TORRES VIANNA  
SCYNTHIA MARIA SISTI TRISTÃO  
CINTHIA MARIA DA FONSECA ESPADA  
MÔNICA AIEX  
RENATO HENRY SANT'ANNA  
ISABEL CRISTINA TORRIZELLA PÉRIGO  
CARLOS EDUARDO OLIVEIRA DIAS  
ADELINA MARIA DO PRADO FERREIRA  
REGIANE CECÍLIA LIZI  
MARIA DE FÁTIMA VIANNA COELHO  
CLÁUDIA CUNHA MARCHETTI  
OLGA REGIANE PILEGIS  
JÚLIO CÉSAR RODA  
JORGE ANTONIO DOS SANTOS COTA  
ELIANA FÉLIX BATISTA  
TÁRCIO JOSÉ VIDOTTI  
OSÉAS PEREIRA LOPES JUNIOR  
WALNEY QUADROS COSTA  
RONALDO OLIVEIRA SIANDELA  
WILSON POCIDÔNIO DA SILVA  
FLÁVIO GASPAS SALLES VIANNA  
ALBERTO CORDERO DONHA  
LEVI ROSA TOMÉ  
CLAUDIA GIGLIO VELTRI CORRÊA  
EDSON SILVA TRINDADE  
MARCO ANTONIO MACEDO ANDRÉ  
MARCO ANTONIO DE SOUZA BRANCO  
MAURÍCIO TAKAO FUZITA  
LUÍS FERNANDO LUPATO  
AMAURI VIEIRA BARBOSA  
WELLINGTON CÉSAR PATERLINI  
ANDRÉ DA CRUZ E SOUZA WENZEL  
SÉRGIO MILITO BARÊA  
ROBERTO NICÁCIO  
JOSÉ ROBERTO DANTAS OLIVA  
SÉRGIO CARDOSO E SILVA  
MARCELO CARLOS FERREIRA  
RENÉ JEAN MARCHI FILHO  
JOSÉ ROBERTO THOMAZI  
HAMILTON LUIZ SCARABELIM  
WAGNER RAMOS DE QUADROS  
MARIA HELENA SALLES CABREIRA  
JAIDE SOUZA RIZZO  
ANDRÉ AUGUSTO ULPIANO RIZZARDO  
JOÃO VIEIRA DE MORAES  
LUIZ ANTONIO ZANQUETA  
LÚCIO SALGADO DE OLIVEIRA  
LUCIANA MORO LOUREIRO  
ROBERTA JACOPETTI BONEMER  
ROBSON ADILSON DE MORAES  
DORA ROSSI GÓES  
JOSÉ ANTONIO RIBEIRO DE OLIVEIRA SILVA  
FLAVIO LANDI  
MARINA DE SIQUEIRA FERREIRA ZERBINATTI  
RENATO DE CARVALHO GUEDES  
FIRMINO ALVES LIMA  
INEZ MARIA JANTÁLIA  
ELIANA DOS SANTOS ALVES NOGUEIRA  
SANDRA DE POLI  
GUILHERME GUIMARÃES FELICIANO  
ROSANA FANTINI NICOLI  
RENATA DOS REIS D'ÁVILLA CALIL  
MARIA ANGÉLICA MINETO PIRES  
LUÍS MARTINS JUNIOR  
JULIANA BENATTI  
LUCIANA NASR  
ANA CLÁUDIA PIRES FERREIRA DE LIMA  
ALEXANDRE VIEIRA DOS ANJOS  
GISELE PASOTTI FERNANDES FLORA PINTO

2º CAMPINAS  
JOSÉ BONIFÁCIO  
GARÇA  
TUPÁ  
1º RIBEIRÃO PRETO  
SÃO JOSÉ RIO PARDO  
1º CAMPINAS  
2º SÃO JOSÉ RIO PRETO  
2º JAÚ  
PIRASSUNUNGA  
SUMARÉ  
1º LIMEIRA  
ARARAS  
2º ARARAQUARA  
PRESIDENTE VENCESLAU  
4º RIBEIRÃO PRETO  
2º ASSIS  
2º RIBEIRÃO PRETO  
CAPÃO BONITO  
BRAGANÇA PAULISTA  
4º SOROCABA  
2º FRANCA  
OURINHOS  
1º SÃO CARLOS  
TAQUARITINGA  
2º PRESIDENTE PRUDENTE  
1º ASSIS  
3º ARAÇATUBA  
UBATUBA  
CAJURU  
2º SERTÃOZINHO  
PINDAMONHANGABA  
3º ARARAQUARA  
DRACENA  
1º PRESIDENTE PRUDENTE  
1º ARAÇATUBA  
1º SOROCABA  
1º SERTÃOZINHO  
1º JAÚ  
2º SOROCABA  
1º CATANDUVA  
PEDERNEIRAS  
BIRIGÜI  
3º SOROCABA  
2º JABOTICABAL  
LINS  
1º SÃO JOSÉ DOS CAMPOS  
TATUI  
SÃO JOAQUIM DA BARRA  
FERNANDÓPOLIS  
1º JACARÉI  
ORLÂNDIA  
3º PIRACICABA  
SÃO ROQUE  
RIO CLARO  
PORTO FERREIRA  
ITANHAÉM  
ITUVERAVA  
CARAGUATATUBA  
2º SÃO CARLOS  
SÃO JOÃO DA BOA VISTA  
MOCOCA  
BOTUCATU  
ITÁPOLIS  
ITAPETINGA  
MATÃO  
SANTA CRUZ DO RIO PARDO  
BARRETOS  
JALES

# JUIZES DO TRABALHO SUBSTITUTOS

Em 19/12/2005

PAULO CÉSAR DOS SANTOS  
JOSÉ ADILSON DE BARROS  
MARCELO SCHMIDT SIMÕES  
ÁLVARO DOS SANTOS  
ELIANE APARECIDA AGUADO MORENO GERALDI  
LUIZ ANTONIO DE CAMPOS GRAIN  
ODAIR RODRIGUES DA ROCHA  
FERNANDA CAVALCANTI VARZIM GAETANO  
MARIA CRISTINA BRIZOTTI ZAMUNER  
MAURO CÉSAR ROSSI LUNA  
SANDRO VALÉRIO BODO  
WALTER GONÇALVES  
JOSÉ GUIDO TEIXEIRA JUNIOR  
LÚCIA ZIMMERNANN  
KÁTIA LIRIAM PASQUINI BRAIANI  
ANDRÉ LUIZ ALVES  
CRISTIANE MONTENEGRO RONDELLI MAZZINI  
ANGELA MARIA BERMUDES  
ISMAR CABRAL MENEZES  
LEANDRA DA SILVA GUIMARÃES  
JÚLIO CÉSAR MARIN DO CARMO  
PATRÍCIA GLUGOVSKIS PENNA MARTINS  
LUÍS RODRIGO FERNANDES BRAGA  
ADRIANA FONSECA PERIN  
LAURA BITTENCOURT FERREIRA RODRIGUES LEITE  
EVANDRO EDUARDO MAGLIO  
ANA PAULA ALVARENGA MARTINS  
JÚLIO CÉSAR TREVISAN RODRIGUES  
ALEXANDRE GARCIA MULLER  
ARILDA CRISTIANE SILVA DE PAULA CALIXTO  
CÁSSIA REGINA RAMOS FERNANDES  
JOSÉ EDUARDO BUENO DE ASSUMPTÃO  
LEO MINORU OZAWA  
DENISE FERREIRA BARTOLOMUCCI MULATO  
NELMA PEDROSA GODOY SANT'ANNA FERREIRA  
PEDRO MARCOS OLIVIER SANZOVO  
ANDRÉIA DE OLIVEIRA  
MARCUS MENEZES BARBERINO MENDES  
ANDRÉIA ALVES DE OLIVEIRA GOMIDE  
GISLENE APARECIDA SANCHES  
FERNANDO LUCAS ULIANI MARTINS DOS SANTOS  
ADHEMAR PRISCO DA CUNHA NETO  
HENRIQUE MACEDO HINZ  
ALZENI APARECIDA DE OLIVEIRA FURLAN  
TÂNIA APARECIDA CLARO  
JOSÉ ANTÔNIO GOMES DE OLIVEIRA  
ALCIONE MARIA DOS SANTOS COSTA GONÇALVES  
PEDRO EDMILSON PILON  
VALDIR RINALDI SILVA  
ALESSANDRO TRISTÃO  
DANIELA RENATA REZENDE FERREIRA BORGES  
ALAN CEZAR RUNHO  
WILSON CÂNDIDO DA SILVA  
VALDOMIRO RIBEIRO PAES LANDIM

CONCEIÇÃO APARECIDA ROCHA DE PETRIBU FARIA  
ISABELA TÓFANO DE CAMPOS LEITE PEREIRA  
VALÉRIA CÂNDIDO PERES  
MÔNICA MUNIZ BARRETTO VOLASCO  
RENATO DA FONSECA JANON  
EUCYMARA MACIEL  
DÉCIO UMBERTO MATOSO RODOVALHO  
ANTONIA RITA BONARDO DE LIMA  
LUCIANA CAPLAN  
MARCOS ROBERTO WOLFGANG  
AZAEL MOURA JUNIOR  
MÁRCIA CRISTINA SAMPAIO MENDES  
CARLOS EDUARDO VIANNA MENDES  
DANIELLE BERTACHINI  
JOSEFINA REGINA DE MIRANDA GERALDI  
CLEBER ANTONIO GRAVA PINTO  
KATHLEEN MECCHI ZARINS STAMATO  
AFRÂNIO FLORA PINTO  
JOÃO BAPTISTA CILLI FILHO  
RENATO CÉSAR TREVISANI  
FERNANDA CRISTINA DE MORAES FONSECA  
DANIELA MACIA FERRAZ  
ROSANA ALVES SISCARI  
RODRIGO PENHA MACHADO  
MARCELO BUENO PALLONE  
MARCELO SIQUEIRA DE OLIVEIRA  
CANDY FLORENCIO THOME  
LUCINEIDE ALMEIDA DE LIMA MARQUES  
SANDRA MARIA ZIRONDI  
SANDRA DOS SANTOS BRASIL  
SIDNEY PONTES BRAGA  
ELEN ZORAIDE MÓDOLO JUCÁ  
ANA MARIA DA SILVA SANDEI  
CLÁUDIO ISSAO YONEMOTO  
REGINA RODRIGUES URBANO  
MANOEL LUIZ COSTA PENIDO  
PAULO BUENO CORDEIRO DE ALMEIDA PRADO BAUER  
ANA PAULA SILVA CAMPOS  
DÉBORAH BEATRIZ ORTOLAN INOCÊNCIO NAGY  
TERESA CRISTINA PEDRASI  
DIOVANA BETHÂNIA ORTOLAN INOCÊNCIO FABRETI  
PRISCILA DE FREITAS CASSIANO NUNES  
ANA FLÁVIA DE MORAES GARCIA CUESTA  
ANA MARIA GARCIA  
JOSÉ ANTÔNIO DOSUALDO  
RODARTE RIBEIRO  
SUZELINE LONGHI NUNES DE OLIVEIRA  
ALEXANDRE CHEDID ROSSI  
MAURÍCIO DE ALMEIDA  
FLÁVIO HENRIQUE GARCIA COELHO  
ANDRÉA MARIA PFRIMER FALCÃO  
DENISE DOS SANTOS SALES  
ANA LÚCIA COGO CASARI  
MARIA FLÁVIA RONCEL DE OLIVEIRA  
ALEXANDRE ALLIPRANDINO MEDEIROS  
ADRIANA DE JESUS PITA COLELLA  
SIDNEY XAVIER ROVIDA  
WELLINGTON AMADEU  
SANDRA CARLA SIMAMOTO DA CUNHA

# SUMÁRIO

<b>I - APRESENTAÇÃO .....</b>	<b>13</b>
<b>II - ESTUDO MULTIDISCIPLINAR-TEMÁTICO.....</b>	<b>17</b>
<b>O ESTADO SOCIAL E O RECONHECIMENTO DOS DIREITOS SOCIAIS</b> <b>DAMIANO, Henrique.....</b>	<b>19</b>
<b>A NATUREZA JURÍDICA DA EXECUÇÃO TRABALHISTA</b> <b>PISTORI, Gerson Lacerda.....</b>	<b>37</b>
<b>PRINCÍPIOS – MARCOS DE RESISTÊNCIA</b> <b>GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta .....</b>	<b>47</b>
<b>O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E A PENHORA DE SALÁRIO</b> <b>GIORDANI, Francisco Alberto da Motta .....</b>	<b>65</b>
<b>DOS PRINCÍPIOS DO DIREITO DO TRABALHO NO MUNDO CONTEMPORÂNEO</b> <b>FELICIANO, Guilherme Guimarães .....</b>	<b>85</b>
<b>AÇÕES AFIRMATIVAS FRENTE A PARTICULARES</b> <b>LIMA, Ana Cláudia Pires Ferreira de .....</b>	<b>107</b>
<b>O DIREITO HUMANO À IGUALDADE, O DIREITO DO TRABALHO E O PRINCÍPIO DA IGUALDADE</b> <b>CAPLAN, Luciana.....</b>	<b>127</b>
<b>III - DOCTRINA NACIONAL.....</b>	<b>139</b>
<b>AS TUTELAS DE URGÊNCIA COMO GARANTIA DA JURISDIÇÃO E DE INCLUSÃO SOCIAL – TUTELA CAUTELAR, ANTECIPATÓRIA E MADAMENTAL</b> <b>SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira .....</b>	<b>141</b>
<b>A ESTABILIDADE DA EMPREGADA GESTANTE E O ABUSO DO DIREITO</b> <b>BRAIANI, Kátia Liriam Pasquini .....</b>	<b>167</b>

**ASPECTOS DO ART. 129, DA LEI Nº 11.196, DA TERCEIRIZAÇÃO E DO DIREITO DO TRABALHO**

CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa e  
JORGE NETO, Francisco Ferreira ..... 179

**MODALIDADES DA COISA JULGADA COLETIVA**

SANTOS, Ronaldo Lima dos ..... 205

**IV - DOUTRINA INTERNACIONAL ..... 221**

**DIREITO DO TRABALHO NOS ESTADOS UNIDOS**

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes ..... 223

**V - TESES ACADÊMICAS ..... 233**

**ESTÁGIO NO ENSINO SUPERIOR: UMA QUESTÃO SOCIAL**

YOSHIOCA, Clarice ..... 235

**UMA PROPOSTA DE ALTERAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE: ANÁLISE SOBRE A PERSPECTIVA DA POLÍTICA JURÍDICA**

PETERMANN, Daniela ..... 247

**VI - ATOS NORMATIVOS ..... 261**

**VII - JURISPRUDÊNCIA ..... 267**

**Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**

Direito Material ..... 273

Direito Processual ..... 287

Direito Rural ..... 297

Execução ..... 299

Matéria Nova ..... 305

1ª SDI ..... 307

2ª SDI ..... 307

## **I - APRESENTAÇÃO**



Relançada com nova configuração, a **Revista do Tribunal Regional do Trabalho de Campinas** passa a enfrentar tema de atualidade, que vem sendo objeto de acirradas discussões tanto na doutrina, quanto na jurisprudência, ao abordar a questão dos princípios.

Num mundo marcado pelo ritmo frenético da mudança e da instabilidade constante, o ser humano vai, dolorosamente, descobrindo que precisa fincar raízes, para não ser anulado, e poder sobreviver como condutor do processo civilizatório, pessoa titular de direitos e deveres.

As diferentes análises, constantes deste número, desnudam a perspectiva do direito como ciência. Com efeito, tratam os princípios primordialmente como bem da vida, que podem ser juridicamente exigidos por qualquer cidadão, para poder manter sua dignidade.

Longe de deduzir-se a meras palavras de ordem, ou adereços elegantes que valorizam um texto, os princípios estão imbricados com a própria vida, com o dia a dia do cidadão comum, o que acentua a importância, e a centralidade da discussão.

Como se referem aos valores que norteiam a conduta do homem em sociedade, afetam diretamente a funcionalidade do ordenamento jurídico, bem como a própria efetividade da prestação jurisdicional e, por isso, a abordagem dos pontos controvertidos se torna relevante para o Poder Judiciário.

Assim, procura contribuir para o debate, difundindo novas idéias que visam não só ao aprimoramento científico, mas, também, a disponibilização de novas ferramentas, oferecendo marcos de resistência para evitar a precarização e a diminuição do valor do trabalho, que constitui pilar de sustentação do Direito como sistema, imprescindível para garantir ao homem que trabalha uma vida decente, como expressamente estabelece a Constituição Federal em vigor.

**JUÍZA TEREZA APARECIDA ASTA GEMIGNANI**  
Presidente do Conselho Editorial



**II - ESTUDO**  
**MULTIDISCIPLINAR – TEMÁTICO**



# O ESTADO SOCIAL E O RECONHECIMENTO DOS DIREITOS SOCIAIS

HENRIQUE DAMIANO\*

**Resumo:** Estado de Bem-Estar Social é aquele interessado no bem-estar, oposto ao comunismo e ao autoritarismo.

O *Welfare State* apareceu para superação das contradições históricas derivadas do liberalismo clássico. Após a Segunda Guerra Mundial, o Estado Social desenvolveu-se nos países componentes do bloco ocidental. Em países em vias de desenvolvimento ainda é incipiente a atuação do Estado no campo social, em que pesem as cláusulas sociais inseridas em suas Constituições.

O Estado deixou de centrar-se preponderantemente no direito, não sendo o único meio de ação, senão um dos instrumentos de gestão, tendo como contrapartida a justiça distributiva material, e atualizando-se mediante a eficácia das políticas e prestações estatais.

Quando o Estado estende sua influência a quase todos os domínios que anteriormente pertenciam, em grande parte, à área de iniciativa individual, nesse instante, o Estado pode, com justiça, receber a denominação de Estado Social (BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 6ª ed., Malheiros, 1996, p. 186).

**Sumário:** 1 Introdução; 2 O Estado social; 2.1 Objetivo histórico; 2.2 A formulação da idéia e sua constitucionalização; 3 Notas características do Estado social; 3.1 Estado e sociedade; 3.2 Progresso técnico; 3.3 Estado liberal; 3.4 Condições mínimas; 3.5 Desenvolvimento econômico; 3.6 Sistema tributário; 3.7 Representatividade; 4 Estado social e estado de direito; 5 Princípio da legitimidade; 6 Princípio da divisão de poderes; 7 Princípio da legalidade; 8 O controle da legalidade e da constitucionalidade; 9 Conclusão.

**Palavras-chave:** Estado Social; Estado Liberal; Disfunções Sociais; Ação do Estado no Desenvolvimento Econômico e Social; Liberdade e Mínimos Vitais.

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

## 1 INTRODUÇÃO

Outras denominações que recebem este modelo de Estado são *Welfare State*, Estado de Bem-Estar e Estado Social Democrata, denominações devidas a KENNETH EWART BOULDING<sup>1</sup>, e que significa, neste caso, um Estado interessado no bem-estar, oposto ao comunismo e ao autoritarismo.

A idéia do Estado subjacente e as mencionadas denominações desenvolveram-se plenamente nos países industrializados e pós-industrializados, porém algumas delas servem de modelo orientador para os países em trânsito ao desenvolvimento, do mesmo modo que serviram às constituições democráticas e liberais.

As denominações de Estado de partidos e de Estados de associações aludem a problemas específicos do processo de distribuição do poder. O conceito de *Welfare State* refere-se a uma dimensão da política estatal, as finalidades do bem-estar social: é um conceito mensurado em função da distribuição das cifras destinadas aos serviços sociais e de outros índices e as questões que se colocam, tais como seus custos, suas possíveis contradições e sua capacidade de reprodução, podem também ser medidos quantitativamente.

Por outro lado, a denominação e o conceito de Estado Social inclui, não só os aspectos do bem-estar, mas também os problemas gerais do sistema estatal de nosso tempo, que em parte podem ser medidos e em parte simplesmente estendidos. O *Welfare State* refere-se a um aspecto da ação do Estado, não exclusiva de nosso tempo, posto que o Estado da época do absolutismo também foi qualificado como Estado de bem-estar, embora o Estado Social se refira aos aspectos totais de uma configuração estatal típica de nossa época.

As medidas de adaptação e transformação do Estado liberal-burguês no campo do social não são totalmente novas, pois no século XIX e princípios do século XX,

registraram-se medidas estatais de intervenção social. Hoje as encontramos com caráter generalizado, pois já não se limitam à resolução das mais imediatas necessidades econômicas, ou medidas de beneficência, posto que se estende a todos os âmbitos vitais, como a promoção do bem-estar, da cultura, da diversão, etc., e também no que respeita aos destinatários das mesmas, que já não são somente as classes obreiras, mas também a classe média.

O mesmo ocorreu no campo econômico, apesar do princípio geral do *laissez-faire* (palavra de ordem do liberalismo econômico, cunhada no século XVIII pelos fisiocratas franceses, proclamando a mais absoluta liberdade de produção e comercialização de mercadorias), relativo ao Estado do século XIX, em todos os países houve medidas alfandegárias destinadas a defender ramos econômicos específicos do comércio exterior. Também houve subsídios estatais a determinadas atividades técnicas. Havia algumas medidas estatais de intervenção econômica, porém de caráter setorial e localizada, como medidas subsidiárias e corretivas dos desajustes do sistema que se considerava, em geral, auto-regulado. Atualmente encontramos, de forma geral, uma política estatal de direção permanente e programada do conjunto das atividades econômicas.

## 2 O ESTADO SOCIAL

### 2.1 Objetivo histórico

No que tange aos elementos sócio-históricos, que propiciaram a passagem do Estado Liberal ao Social, eles são principalmente dois.

De um lado, a necessidade de dar solução aos problemas ou disfunções criados pela estrutura do Estado Liberal. Como recorda KAMMLER<sup>2</sup> o poder público vinha sendo solicitado para atuar de mediador nos fortes enfrentamentos que o capital e o trabalho vinham provocando. O Estado, vendo-se assim envolvido, reagia com a adoção de medidas sociais, e ocasionalmente, com

<sup>1</sup>BOULDING, Kenneth Ewart. *O significado do século XX*, Editora Fundo de Cultura, Rio de Janeiro: 1966

<sup>2</sup>KAMMLER, Jorg. *Funções de Governo. Introdução à ciência política*. Anagrama, Barcelona, Espanha: 1971, pág 62.

medidas repressivas, dando a impressão de que estava integrando os trabalhadores no sistema, até que a *grande crise* de 29 produziu os efeitos definitivos: de um lado o autoritarismo e a ganância excessiva do capitalismo em prejuízo da justiça social e, por outro, abandonando a sua própria dinâmica, compactuava com a produção dos desequilíbrios sociais.

As profundas crises econômicas e o agravamento da luta de classes, presentes no período entre-guerras, repercutiram decisivamente na estabilidade das instituições políticas. As experiências totalitárias européias e o desastre da Segunda Guerra Mundial, levou as potências ocidentais ao compromisso histórico de evitar a volta ao sistema anterior ou a caída em um socialismo de inspiração soviética.

Para tal propósito resultou extremamente útil a política econômica proposta por KEYNES<sup>3</sup>, em 1936: segundo ele, era possível chegar por métodos democráticos e sem alterar, fundamentalmente, a economia capitalista, ao aumento da produção, aumento da capacidade aquisitiva das massas e redução do desemprego. Para obter êxito seria necessário que o Estado assumisse a função orientadora e o controle do processo econômico sem chegar a adquirir a propriedade ou os meios de produção.

Por outro lado, contribuíram ao desenvolvimento e à atual complexidade das funções estatais, as possibilidades oferecidas pelo desenvolvimento tecnológico na medida em que facilitou a presença das ações estatais (impossíveis de conceber sem as técnicas de controle e programação com que

hoje se conta) e, de outro, este mesmo desenvolvimento, com os riscos inerentes a ele, exigiu que a função diretiva permanecesse nas mãos do Estado.

## 2.2 A formulação da idéia e sua constitucionalização

Como precursor da idéia de Estado Social costuma-se citar LORENZ VON STEIN<sup>4</sup>, que, em 1850, defendeu que havia terminado a época das revoluções das reformas políticas para começar a revolução das reformas sociais, pela qual somente uma teoria e uma práxis consciente permitiriam enfrentar com êxito o futuro. Entendeu-se

que a fortaleza do Estado depende do nível moral e material de seus cidadãos, pelo que é absurdo permitir a miséria da população, de sorte que corrigir as disfunções sociais de uma sociedade industrial competitiva não é tão só uma exigência ética, senão também, uma necessidade histórica a fim de se evitar uma revolução social.

Dentro da história da idéia do Estado Social, devem mencionar-se também certas tendências do pensamento social democrata clássico, iniciadas por LASALLE e perseguidas, *mutatis*

*mutandis*, pelas direções marxistas revisionistas, inclusive as centristas. O Estado foi, e é, um instrumento de dominação de classes, porém é também uma instituição que, sob pressão dos partidos e das organizações obreiras, pode conseguir constantes melhoras para as classes trabalhadoras, as quais, têm interesse em um Estado forte, eficaz e socialmente orientado; sua presença para a sociedade e para o cumprimento das funções sociais, exige desenvolvimento de suas atividades econômicas e administrativas.

*"...corrigir as disfunções  
sociais de uma sociedade  
industrial competitiva não é  
tão só uma  
exigência ética, senão  
também, uma necessidade  
histórica a fim de se evitar  
uma revolução social."*

<sup>3</sup>KEYNES, John Maynard. *Breve Tratado Sobre a Reforma Monetária*. Editora Fondo, México, 1992, pág. 18/25

<sup>4</sup>MARTINEZ, Elias Gonzalez-Posada. *La Europa Social*. URL [www.der.uva.es/trabajo/euso.html](http://www.der.uva.es/trabajo/euso.html). 21/03/2005.

Uma futura sociedade socialista é impensável sem um Estado que assegure a direção do processo produtivo. A luta não é contra o Estado. Embora a democracia política seja uma forma de dominação de classes, deve-se considerá-la como uma valiosa e definitiva conquista da civilização e somente sob a qual poderá avançar a democracia social. A democracia tem, pois, dois momentos: o político e o social. O primeiro é pressuposto inescusável para conseguir o segundo e este é, por sua vez, a plena realização dos valores de liberdade e igualdade proclamados por aquele. Parafraseando uma famosa expressão escolástica, poderíamos sintetizar esta posição dizendo que o socialismo não anula a democracia, senão a aperfeiçoa.

A formulação da idéia de Estado Social (de Direito) se deve a HERMANN HELLER<sup>5</sup>, militante social democrata, que enfrentou o problema concreto da crise da democracia e do Estado de Direito, e que considera que é preciso evitar não só a ditadura fascista mas também a degeneração a que se conduziu o positivismo jurídico pelos interesses das categorias dominantes. Para isso não é necessário renunciar ao Estado de Direito, senão dar-lhe um conteúdo econômico e social. Só o Estado Social de Direito (escrevia em 1929) pode ser uma alternativa válida frente à anarquia econômica e frente à ditadura fascista e, portanto, só ele pode ser a via política para salvar os valores da civilização.

A idéia de Estado Social foi constitucionalizada pela primeira vez em 1949 pela Lei Fundamental (Constituição) da República Federal Alemã, ao defini-lo, em seu artigo 20, como "um Estado Federal, Democrático e Social", e, em seu artigo 28,

como "um Estado Democrático e Social de Direito". A Constituição espanhola de 1978 estabelece em seu artigo 1.1 que "Espanha se constitui em um Estado Social e Democrático de Direito".

### 3 NOTAS CARACTERÍSTICAS DO ESTADO SOCIAL

Limitar-nos-emos agora aos aspectos que permitem colocar em relevo as noções básicas do Estado Social.

#### 3.1 Estado e sociedade

Em primeiro lugar, a diferença que ocorria na etapa anterior, Estado e Sociedade, já não são realidades separadas nem opostas. O Estado anterior não podia nem devia modificar a ordem social natural e espontânea, datada de racionalidade, cujo equilíbrio sustentava-se somente com o reconhecimento da liberdade e da igualdade. O Estado Social posiciona-se no sentido de que a sociedade, deixada a seus mecanismos auto-reguladores, conduz à pura irracionalidade e de que só a ação do Estado pode neutralizar os efeitos disfuncionais de um desenvolvimento econômico

*"O Estado Social posiciona-se no sentido de que a sociedade, deixada a seus mecanismos auto-reguladores, conduz à pura irracionalidade e de que só a ação do Estado pode neutralizar os efeitos disfuncionais de um desenvolvimento econômico e social controlado."*

e social controlado. Por conseguinte, o Estado não pode limitar-se a assegurar as condições ambientais de uma suposta ordem social imanente, nem a vigiar os distúrbios de um mecanismo auto-regulado e, pelo contrário, há de ser ele o regulador decisivo do sistema social e deve dispor-se à tarefa de estruturar a sociedade através de medidas diretas ou indiretas: "Estado Social – disse H.P. IPSEN – significa a disposição e a responsabilidade, a atribuição e a competência do Estado para a estruturação da ordem social"<sup>6</sup>. Os limites para a estruturação da ordem social são discutíveis e podem

<sup>5</sup>HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. URL: [www.mindef.gov.br](http://www.mindef.gov.br)

manifestar-se nas seguintes posições: 1) O Estado Social tem como função assegurar os fundamentos básicos do *status* econômico e social adaptando-os às exigências do tempo atual e excluindo permanentemente os distúrbios para seu bom funcionamento, de modo que, em essência, está destinado a garantir o sistema de interesse da sociedade atual, da sociedade neocapitalista; 2) O Estado Social significa uma correção não superficial, senão de fundo; não factorial (parcial), senão sistemática (total) do *status quo*, cujo efeito acumulativo conduz a uma estrutura e estratificação social novas e concretamente a um socialismo democrático.

A política estatal leva a cabo, direta ou indiretamente, uma ação estruturadora da sociedade nos países industrializados e pós-industrializados e que se manifesta em múltiplos aspectos como, por exemplo, em sua contribuição às modificações da estratificação e mobilidade social, criando, se não novas classes, novas categorias sociais, promovendo o potencial científico-tecnológico através dos programas de investigação e desenvolvimento, abrindo o desfrute de bens materiais e imateriais mediante o crescimento dos serviços sociais, especialmente de saúde e educação, criando por si mesma ou promovendo a criação de novas frentes de trabalho, reduzindo, por medidas jurídicas e econômicas, o âmbito e a intensidade da luta de classes, etc. Em outras palavras, a sociedade atual não seria como é sem a permanente e sistemática ação do Estado. A este resultado tem-se chegado, historicamente, tanto por uma coerção da sociedade pelo Estado, como por uma coerção do Estado pela sociedade. Pelo ponto de vista estatal, as experiências dos anos anteriores à Segunda Guerra Mundial, mostraram que a existência do Estado estava submetida a fortes tensões, a grandes gastos de energia, a permanentes crises políticas, etc., que em alguns países terminaram com o regime democrático e livre para dar lugar a formas

estatais totalitárias capazes de resolver temporariamente alguns dos problemas existentes, como a greve e a ordem pública, porém à base de grandes custos, como a anulação das liberdades, a constante aplicação da violência, o reinado de um terror difuso, a política exterior agressiva ocasionando a destruição da ordem internacional, etc. Por conseguinte, se o Estado queria subsistir deveria estar disposto a controlar permanentemente os aspectos econômicos, sociais e culturais da sociedade. E caso o Estado Democrático de Direito queira continuar tendo vigência, deveria adaptar seus valores às novas exigências e incluir em seus objetivos a regulamentação permanente do sistema social. Em termos de teoria de sistema, deveria dispor-se a controlar seu ambiente socioeconômico a fim de não receber insumos negativos incapazes de serem absorvidos pelo sistema estatal.

De outro lado, a sociedade exercia uma ação coercitiva sobre o Estado dado que, por sua própria ação, era incapaz de resolver os conflitos existenciais que albergava em seu seio ou, dito de outro modo, havia perdido sua capacidade de auto-regulamentação e havia de buscar no Estado a ação reguladora de que carecia. E, por todos os grupos da sociedade, qualquer que fora seu *status* econômico, postulava-se energeticamente, apesar de que em sentido distinto e contraposto, a ação do Estado para dar à sociedade a ordem que esta era incapaz de dar-se. Em suma, o Estado era incapaz de subsistir sem proceder à reestruturação da sociedade e a sociedade, por sua vez, era incapaz de subsistir sem a ação estruturada do Estado.

### 3.2 Progresso técnico

O Estado Social nasce e se desenvolve em íntima convivência com o progresso técnico. Este tem proporcionado toda sua capacidade para garantir ao cidadão as oportunidades vitais. O avanço tecnológico é tão importante que condiciona as relações sociais

<sup>6</sup>IPSEN, H.P. *Europaisches Gemeinschaftsrecht apud* GARCIA-PELAYO, M.- *As transformações do Estado contemporâneo*. Aliança, Madri, 1985, p. 64.

e se impõe na ordem política, dando lugar a extraordinárias modificações em tal ordem.

### 3.3 Estado liberal

O Estado Social não pretende negar os valores e fins do Estado Liberal (a liberdade e a igualdade do indivíduo). Ao contrário, assume-os e trata de fazê-los mais efetivos, dando-lhes uma base e um conteúdo material partindo do pressuposto de que indivíduo e sociedade não são categorias isoladas e contraditórias, tendo implicações recíprocas de tal modo que não se pode realizar um sem o outro. Não há possibilidade de atualizar a liberdade se seu estabelecimento e garantias formais não vêm acompanhadas de condições existenciais mínimas que façam possível seu exercício real. Enquanto nos séculos XVIII e XIX pensava-se que a liberdade era uma exigência da liberdade humana, atualmente se pensa que a dignidade humana (materializada em pressupostos socioeconômicos) é uma condição para o exercício da liberdade. A propriedade individual tem como limite os interesses gerais da comunidade, dos trabalhadores e dos empregados. A segurança formal tem que vir acompanhada da segurança material frente à necessidade econômica permanente ou contingente, através de instituições como o salário mínimo, o seguro desemprego, a atenção médica, etc. A segurança jurídica e a igualdade perante a lei, devem ser complementadas com a segurança de condições vitais mínimas e com a correção das desigualdades econômicas e sociais. A participação na formação da vontade estatal deve ser aperfeiçoada com uma participação no produto nacional, através de um sistema de prestações sociais e com uma participação na democracia interna das organizações e das empresas, através de métodos

*"O Estado Social é um Estado que se responsabiliza para que os cidadãos contem com "mínimos vitais", a partir dos quais podem exercer sua liberdade."*

como o controle obreiro, a co-gestão e a autogestão.

Deste modo, enquanto o Estado tradicional se sustentava na justiça comutativa, o Estado Social se sustenta na justiça distributiva; enquanto o primeiro consignava direitos sem menção de conteúdo, o segundo distribui bens jurídicos de conteúdo material; enquanto o Estado tradicional era fundamentalista, um Estado legislador, o Estado Social é um Estado gestor a cujas condições devem submeter-se as modalidades das legislações; enquanto que um se limitava a assegurar a justiça legal formal, ao outro se estende a justiça legal material. No Estado tradicional, tratava-se de proteger a sociedade do Estado; no Estado Social, protege-se a sociedade pela ação do Estado. Naquele, tratava-se de um Estado que se realizava pela omissão das entidades privadas, neste, trata-se de um estado que se realiza por sua ação em forma de prestações sociais, direção econômica e distribuição do produto nacional.

### 3.4 Condições mínimas

O Estado Social é um Estado que se responsabiliza para que os cidadãos contem com "mínimos vitais", a partir dos quais podem exercer sua liberdade. Se o Estado Liberal quis ser o estado "mínimo", o Estado Social quer estabelecer as bases econômicas e sociais para que o indivíduo, a partir do mínimo garantido por aquele, possa desenvolver-se. Daí que os alemães definiram o Estado Social como Estado que se responsabiliza pela "procura existencial" (*Daseinvorsorge*). O homem desenvolve sua existência dentro de um âmbito constituído por um repertório de situações e de bens e serviços materiais e imateriais, por uma possibilidade de existência, designada como espaço vital. Dentro desse espaço,

desse âmbito ou condição de existência, tem-se que distinguir, de um lado, o espaço vital dominado, ou seja, aquele que o indivíduo pode controlar e estruturar intensivamente por si mesmo, o espaço que não tem que coincidir necessariamente com a propriedade (poço da casa ou da aldeia, o cavalo de carga, o cultivo particular). De outro lado, o espaço vital efetivo constituído por aquele âmbito em que o indivíduo realiza faticamente sua existência. É constituído pelo conjunto de coisas e possibilidades das quais se serve, porém sobre as quais o senhorio não tem controle (serviço público de água, sistema de tráfego ou de telecomunicações, ordenação urbanística, etc.).

A civilização tecnológica tem aumentado constantemente o espaço vital efetivo e diminuído gradativamente o espaço vital dominado ou, dito de outro modo, o indivíduo tem perdido crescentemente o controle sobre a estrutura e os meios de sua própria existência. A necessidade de utilizar bens e serviços sobre os quais se carece de poder de ordenação e disposição direta, produz a pobreza social, instabilidade da existência. Diante disto, atua o Estado como uma de suas principais missões na responsabilidade da procura existencial de seus cidadãos, levando a cabo as medidas que assegurem ao homem as possibilidades de existência que não pode assegurar-se por si mesmo, tarefa que ultrapassa as noções clássicas de serviço público como a de política social *stricto sensu*.

### 3.5 Desenvolvimento econômico

O Estado Social não reconhece os direitos sociais no mesmo nível de exigência e garantia que o Estado tradicional, posto que os direitos sociais costumam ser de configuração legal e submetidos à ação do legislador. As funções sociais que assume o Estado têm um condicionamento básico, o desenvolvimento econômico, de sorte que o êxito das políticas estatais produzem-se de forma proporcional ao nível que se conte com uma economia saneada.

### 3.6 Sistema tributário

O Estado Social conta com um instrumento jurídico excepcional, o sistema

tributário. O que é próprio do Estado Social, é seu caráter redistribuidor das rendas que, com o auxílio do sistema tributário, lhe permite atender à urgente demanda de serviços sociais.

### 3.7 Representatividade

O Estado Social é, antes de tudo, um Estado em que os processos de representatividade adquirem a complexidade inerente à acumulação de representatividades de naturezas diversas. A mais ampla representatividade política a que tem conduzido os métodos democráticos do Estado Social, veio somar todo tipo de manifestações grupais que esperam ser ouvidas, bem para obter prestações do Estado benfeitor, bem para chamar a atenção e impor condições ao Estado arrecadador. Em alguns casos tais manifestações ou vozes se institucionalizam (conselhos econômicos e sociais), em outros, atuam mediante pressões de diversos tipos.

O Estado Social conviveu com a máxima expansão do constitucionalismo. O Estado Social herdou do Estado Liberal os postulados do Estado de Direito, tornou-os reais e efetivos, na mesma medida em que dotou-os de princípios democráticos, respeitando-os e impulsionando-os.

## 4 ESTADO SOCIAL E ESTADO DE DIREITO

A Constituição Alemã deu início à fórmula "Estado Social de Direito", dando origem ao desenvolvimento desse conceito por juristas e politólogos alemães.

O Estado de Direito em sua formulação originária é um conceito polêmico, orientado contra o Estado absolutista, contra o Estado poder e especialmente contra o Estado polícia, que fomentava o desenvolvimento geral do país e fazia a felicidade de seus súditos à custa de incômodas intervenções administrativas na vida privada e que, como correspondia a um Estado burocrático, não era incompatível com a sujeição dos funcionários e dos juizes à legalidade. O Estado de Direito em seu sentido original, é um Estado cuja função capital é estabelecer

e manter o Direito e cujos limites de ação estão rigorosamente definidos por este, porém, bem entendido que o Direito não se identifica com qualquer lei ou conjunto de leis com indiferença em seu conteúdo, pois o Estado absolutista não excluía a legalidade, senão com uma normatividade acorde com a "idéia do Direito". O Estado de Direito significa, assim, uma limitação do poder do Estado pelo Direito. A legalidade é um componente da idéia do Estado de Direito, não se identifica com qualquer legalidade, senão como uma legalidade de determinado conteúdo e sobretudo com uma legalidade que não lesione certos valores que se expressam em normas ou princípios que a lei não pode violar. A idéia de Estado de Direito surge do jusnaturalismo e em coerência histórica com uma burguesia, cujas razões vitais não são compatíveis com qualquer legalidade, nem com excessiva legalidade, senão com uma legalidade destinada a garantir certos valores jurídico-políticos, certos direitos imaginados como naturais, que garantissem a livre demonstração da existência burguesa.

A expressão Estado de Direito se incorporou às constituições em tempos muito recentes. Sua formulação não está ligada ao direito positivo, mas, sim, é resultado da construção dos juristas. Vagamente enunciada pela primeira vez por KANT e por HUMBOLDT e de modo mais rigoroso por VON MOHL, foi desenvolvida pelos tratadistas alemães de direito administrativo, que construíram uma teoria politicamente neutral, porém sustentada sobre valores jurídicos cuja evidência não se discutia e sobre uma estrutura de poderes completamente concreta, todo o qual era uma atualização axiológica e organizativa, fora do liberalismo sem adjetivação, fora do liberalismo democrático. Só mais tarde, o pleno desenvolvimento do positivismo jurídico se desprezou desta vinculação subjacente e conduziu à plena e consciente identificação do Direito com a Lei e do Estado de Direito com o Estado legal.

Para Kelsen, todo Estado é um Estado de Direito. O critério de Kelsen,

totalmente coerente com sua teoria de Direito e de Estado, não prosperou nos países ocidentais. E com razão, pois a idéia do Estado de Direito continua tendo sentido não só do ponto de vista dos valores jurídicos e políticos, senão também do ponto de vista da funcionalidade do sistema estatal, já que introduz nele fatores de incerteza. Uma concepção do Estado de Direito formulada dentro de um marco caracterizado pela distinção entre Estado e sociedade, por valores jurídicos considerados como imutáveis e por uma determinada distribuição do poder político-social, não pode manter-se em seus termos clássicos e que há de sofrer o correspondente processo de adaptação às novas situações ambientais.

Alguns doutrinadores postulam a introdução do momento social no Estado de Direito, distinção entre o Estado formal e o Estado material de Direito, distinção que pode variar nas modalidades de sua formulação, cabendo sintetizar do seguinte modo: O Estado material de Direito não se refere à forma, senão ao conteúdo da relação Estado-cidadão, sob a inspiração de critérios materiais de justiça; não gira só em torno da legalidade, mas na legitimidade em uma idéia do Direito, expressão dos valores jurídico-políticos vigentes em uma época. Em realidade, poderia afirmar-se que não se trata tanto dos conceitos contraditórios, quanto de dimensões e de momentos do Estado de Direito: os componentes formais são os mecanismos para atualizar os valores jurídico-políticos que inspiram o Estado e que racionalizam a ação deste, uma vez que os valores jurídicos necessitam ser atualizados através dos mencionados mecanismos. Porém, em todo caso, podem distinguir-se das modalidades de Estado de Direito: a liberal e a social, bem entendido que esta última não significa a ruptura com a primeira, senão um intento de adaptação das notas clássicas do Estado de Direito a seu novo conteúdo e a suas novas condições ambientais.

## 5 PRINCÍPIO DA LEGITIMIDADE

Os valores básicos que deviam servir ao Estado de Direito Liberal Burguês,

através de sua ordem jurídica, seriam os direitos individuais e mais especificamente, a liberdade individual, a igualdade, a propriedade privada, a segurança jurídica e a participação dos cidadãos na formação da vontade estatal. Tal critério coincidia com o sistema das concepções políticas e dos interesses dos grupos e estratos dominantes, de maneira que a dimensão da axiologia (ou seja, havia uma adequação entre a idéia válida do Direito e os interesses dos estratos) que, dadas as condições históricas, estava em condições de estabelecer o direito.

O Estado Social não nega esses valores, porém lhes dá um novo significado e os complementa com outros critérios axiológico-políticos. Em realidade, nenhum dos valores antes mencionados teve uma significação unívoca e permanente ao longo da história, senão uma coincidência em uma idéia básica suscetível de distintas configurações. Quem tem um conhecimento da história das idéias políticas (que não é o mesmo que a história das teorias políticas) a *libertas* romana é distinta da *libertas* medieval e esta da liberdade moderna; toda liberdade é liberdade de algo e para algo, por conseguinte, cada época histórica e/ou cada estrato ou grupo social deve colocar o problema de frente estabelecendo que coerção concreta deve postular-se para a manutenção de liberdades: frente à coerção do senhor; frente às oligarquias associativas; frente ao Estado; frente às necessidades econômicas sustentadas sobre uma organização político-social; ou como se diz hoje, frente ao "sistema". Não menos variável é o conteúdo concreto do "para quê?" das liberdades e dos pressupostos individuais ou coletivos delas; por exemplo: para a burguesia clássica, o indivíduo era sujeito direto da liberdade sem necessidade de mediação alguma; por outro lado, para a classe obreira a liberdade individual frente à necessidade econômica é derivada da liberdade sindical. Análogas trocas de significações podem encontrar-se também na propriedade, pois a instituição da propriedade privada se perde na noite dos tempos, não é menos certo que

sua purificação de aderências feudais (que implica a pluralidade de titulares de direitos sobre uma mesma coisa), sua formulação, por assim dizer, clara e distinta não tem lugar até a revolução francesa e até sua formulação pelos juristas como "o domínio ilimitado e exclusivo de uma pessoa sobre uma coisa" (SAVIGNY); esta formulação burguesa tem sofrido como todo o mundo sabe, uma série de retificações para passar a ser um direito não só protegido, senão também limitado e intervindo pela lei e a administração, ao que se acrescenta que a estrutura, mesmo da propriedade individual, tem introduzido a distinção entre o direito e os frutos de uma coisa, que nem sempre é o exercido pelo proprietário. Parecidas reflexões poderiam fazer-se sobre outros direitos clássicos, porém haveria distração demasiada e, para o nosso objetivo, bastam os exemplos mencionados. O que nos interessa é recordar que a liberdade política é irreal se não vem acompanhada da liberdade das dependências econômicas; que a propriedade há de ter como limite sua funcionalidade para os sistemas social e econômico e os direitos dos que participam em fazê-la produtiva; que a seguridade não se estenda somente à dimensão jurídica, senão à dimensão existencial em geral; que a igualdade não seja só frente à lei, mas que se estenda, na medida do possível, aos encargos e benefícios e que a participação se amplie aos bens e serviços e às formas de democracia social.

O Estado Social acolhe os valores jurídico-políticos clássicos, porém de acordo com o sentido que tem tomado através do curso histórico e com as demandas e condições da sociedade do presente. Ademais, a tais direitos clássicos acrescentam-se os direitos sociais e econômicos e, em geral, o derivado da função da procura existencial. Por conseguinte, não só inclui direitos para limitar a ação do Estado, como também direitos a prestações pelo Estado, que naturalmente, devem obedecer ao princípio da eficácia, o que exige uma harmonização entre racionalidade jurídica e a racionalidade

técnica. O Estado, por conseguinte, não só deve omitir tudo o que seja contrário ao direito, como também exercer uma ação constante através da legislação e da administração que realiza a idéia social do direito. Ao Estado se colocam problemas complexos, porém cada tipo de Estado tem que responder à complexidade de sua própria época, cada tipo de Estado deve procurar que tal complexidade não seja desorganizada, senão organizada e controlada, de tal modo que exclua, na medida do possível, as condutas erradas. E para tal fim é necessário conservar as linhas mestras do Estado de Direito.

## 6 PRINCÍPIO DA DIVISÃO DE PODERES

Outro requisito inicial do Estado de Direito era a divisão de poderes intimamente vinculada à garantia da liberdade e ao império da lei. A rica doutrina iniciada por MONTESQUIEU que, em palavras de RANK, era "uma abstração do passado, um ideal do presente, ao mesmo tempo em que um programa para o futuro"<sup>7</sup>, sofreu ao longo do tempo um processo de dogmatização, convertendo-se em uma proposição acrítica de fé. A divisão e implicação de poderes transformou-se em separação e derivou em uma fórmula vazia de sustentação política, organizativa e sociológica, em uma pura formulação que ignora a existência de outros poderes e, em geral, as transformações no funcionamento do sistema estatal. Porém, deixando de lado a história da teoria, mais tarde transformada em princípio apriorístico da divisão de poderes, nosso problema consiste em determinar em que medida o modelo clássico de tal divisão é compatível com as exigências do Estado Social e, em que medida, se vê obrigado a sofrer processos de adaptação.

Em primeiro lugar, a doutrina clássica da divisão de poderes respondia a uma racionalidade axiológica unilateralmente orientada: o máximo valor era a liberdade, a

que tratava de garantir formalmente mediante a limitação da ação do Estado pelo freio mútuo de seus poderes. No Estado Social, a liberdade é um valor de primeira categoria, porém só pode se fazer valer articulado com outros (principalmente diante da seguridade econômica) que tem de ser garantido materialmente pela intervenção concertada (e não separada) dos poderes do Estado. Em segundo lugar, o modelo da divisão de poderes respondia a uma racionalidade organizativa, a uma divisão das tarefas fundamentais do Estado conforme a qual cada função devia estar a cargo de um órgão distinto, precisamente por aquele que por sua estrutura era mais apropriado para ele. Assim, como *deliberer* – disse MONTESQUIEU – *est le fait de plusieurs*, a formação das leis deve ser tarefa do Parlamento e como *agir est le fait d'un Seul*, deve estar com o Executivo. O Estado Social é um Estado *manager*; uma boa parte da legislação formal, aprovada pelo Parlamento, tem sua origem em projetos de lei apresentados pelo Governo, ao que se une, por outra parte, que o mesmo Parlamento pode ver-se na necessidade de agir mediante as chamadas "leis mediadas". A tudo isso devemos incluir que o controle da constitucionalidade das leis limita os poderes do Parlamento e concede aos juizes uma função que ultrapassa a assinalada por MONTESQUIEU. Em resumo, a unidade de instituição e função tem sido substituída por um sistema mais complexo em que um mesmo poder cumpre distintas funções e uma mesma função é cumprida por distintos poderes. Finalmente, a divisão de poderes respondia originariamente a uma fundamentação sociológica enquanto cada um dos poderes do Estado sustentava-se sobre uma realidade social autônoma, de modo que a "independência" de cada poder teria como infra-estrutura a autonomia de seus portadores: o Executivo se sustentava sobre a instituição monárquica, o Legislativo, dividido em duas câmaras,

<sup>7</sup>RANK, Leopold Van *apud* GARCIA-PELAYO, M. - *As transformações do Estado contemporâneo*. Ob. cit., p. 43.

sobre os níveis da nobreza e do Terceiro Estado, e o Judicial, se bem que para MONTESQUIEU estava composto de juízes leigos e carecia de presença permanente, era investido, em realidade, pela elite da toga.

Tanto a redução do Estado a três níveis, como as realidades que os sustentavam, deixou gradativamente de ter vigência. Em primeiro lugar, como mostrou GARCIA DE ENTERRIA, já na mesma Revolução Francesa, surge a administração como um poder autônomo de ação permanente com poder e jurisdição próprias, dotado da faculdade de regulamentação da lei — o que permite desviar seu sentido ou bloquear sua vigência dilatando a correspondente regulamentação — e autor e ator ao invés de um ramo específico da administração, à vez de uma específica rama que a administração, uma vez que é um órgão formalmente dependente do governo, constitui por si uma realidade sociológica, um *Beamtenstand* ou nível de funcionários que permanece em seus postos, embora troque a composição do Governo e do Parlamento e que praticamente é o único poder do Estado que se recruta, por si mesmo, através de exames e concursos perante tribunais compostos, na maioria dos casos, pelos próprios funcionários, apesar de que a nomeação de funcionários corresponda formalmente ao chefe do Estado ou a uma instância do Governo. Finalmente, concebida como órgão subordinado de execução da decisão, é certo que seus superiores níveis tecnoburocráticos participam com seus informes e estudos no conteúdo da decisão.

Junto a este quarto poder, têm surgido também os partidos e as organizações de interesses, convergindo entre si por relações de influência recíproca. Ele não somente inclui outros atores, mas também introduz modificações na estrutura real do sistema clássico dos três poderes estatais. Com efeito, quando a maioria do parlamento e o governo pertencem ao mesmo partido ou coalizão de partidos, pode ocorrer que a “independência” entre ambos os órgãos

permaneça fortemente relativizada por sua comum articulação a um só centro que orienta, tanto a ação do governo, como a do parlamento. O parlamento e o governo se convertem em órgão de legitimação das decisões dos partidos, pois o certo é que cada um deles tende a constituir-se em uma instituição zelosa de suas prerrogativas, sujeita a sua própria dialética e submetida a exigências e coerções de uma realidade que só se patenteia quando se acede ao exercício do poder, com a consequência freqüente de que quem o ocupa atue conforme a uma representação das coisas não sempre coincidentes com a de seu próprio partido. Em realidade, não se trata — em termos gerais — de uma dependência unilateral, senão de uma interação ou de um circuito entre os critérios do partido majoritário e as exigências da ação estatal; entre a participação daqueles nas decisões governamentais e sua conversão em agente de apoio da política governamental, uma vez que as decisões devem ser tomadas. A estas funções dos partidos governamentais deve-se incluir o exercício do poder de controle por parte dos partidos na oposição.

Em resumo, a tripartição dos poderes é demasiadamente simples para explicar a divisão dos poderes em um Estado e em uma sociedade acentuadamente complexa, o que unida a outros possíveis critérios de distribuição, conduziu à formação de novas teorias da divisão de poderes. Entre elas merece ser mencionada a de W. STEFANI<sup>8</sup> que distingue entre: 1) divisão horizontal coincidente com a clássica (alguns, como veremos mais adiante, a reduzem a dois poderes); 2) divisão temporal, ou seja, a duração limitada e a rotação no exercício do poder público; 3) a divisão vertical ou federativa, que se refere à distribuição do poder entre a instância central e as regionais ou locais, e que, como é obvio, pode expressar-se em distintos graus de autonomia; 4) divisão decisória: enquanto que as divisões anteriores têm caráter normativo, esta, ao contrário, se refere aos atores que intervêm na prática da tomada de decisões políticas;

5) divisão social de poderes entre os estratos e grupos da sociedade. A elas incluímos a divisão entre a autoridade política sustentada sobre uma investidura pública e a autoridade técnica, *operational authority*, sustentada sobre os conhecimentos necessários para tomar ou realizar uma decisão.

Sob tais pressupostos pode-se chegar à conclusão de que o sistema clássico da divisão de poderes passou a constituir um subsistema dentro de um sistema mais amplo, o que não só significa a relativização de sua importância desde o ponto de vista da teoria política e do Estado, senão que significa também mudanças substanciais em sua estrutura interna, devido precisamente à relação de seus termos com outros componentes do sistema geral, do que é exemplo, entre outros, a redução da "independência" entre o parlamento e o governo, como consequência de sua comum articulação a um mesmo partido ou coalizão de partidos, a que antes fizemos menção. Nada disto quer dizer que o manutenção e a funcionalidade jurídico-política da divisão clássica de poderes careçam de sentido, senão que simplesmente modificaram seu sentido. Com efeito, tem, todavia, a função de assegurar a unidade e a estabilidade do Estado democrático, já que sobre o que um pluralismo desordenado não pode haver mais que um pluralismo desordenado e desintegrado, sobre o que é impossível fundamentar ordem estável alguma. Tem a função de contribuir à racionalidade do Estado democrático introduzindo fatores de diferenciação e articulação no exercício do poder político, pelas forças sociais e de obrigar os grupos politicamente dominantes a adaptarem o conteúdo de suas vontades a um sistema de formas e de competências, objetivando, assim, o exercício do poder, o que, unido à crítica da oposição no parlamento, põem limites a seu exercício arbitrário pelo partido do governo ou pelos partidos majoritários. Como disse MAX WEBER<sup>9</sup>, a divisão dos três poderes "tem, todavia, um certo valor

disciplinador e sustentador do Estado, tem a função de disciplinar e limitar o uso do aparato estatal pelos pretendentes e mantenedores do poder". A ele cabe acrescentar que o conjunto de conceitos normativos criados em torno da divisão de poderes contribui, para garantir, juridicamente, a liberdade individual. A politização do governo e do parlamento, que, como vimos, relativiza a autonomia de ambos, tratou de ser neutralizada, tanto na teoria como na práxis institucional, pelo realçamento da judicatura a um poder capaz de defender o cidadão dos excessos da Administração e da Legislação, ante tudo, mediante o controle da constitucionalidade, que a converte em guardião do correto uso do aparato estatal, até o ponto em que alguns tratadistas transformam a tripartição clássica na dualidade Governo/Parlamento, de um lado e judicatura, de outro.

## 7 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O princípio da legalidade significa que toda ação da Administração e toda decisão dos tribunais devem ser uma aplicação da lei. Tal princípio é coerente com o princípio da ilegitimidade racional (no sentido de MAX WEBER), segundo o qual não mandam os homens e nem as autoridades, senão as leis. Assim é também com a segurança jurídica como um dos valores a garantir pelo Estado e é, não menos, com a hegemonia do Parlamento dentro do esquema clássico da divisão de poderes. Corolário do princípio da legalidade é, prescindindo aqui das circunstâncias jurídico-políticas em que se originou — o da reserva legal, segundo o qual toda intervenção que afete a liberdade e a propriedade só pode ter lugar em virtude de uma lei formal, aprovada pelo Parlamento.

Quando se formulou o princípio da legalidade, entendia-se por lei uma normatividade geral, abstrata, válida para um número indefinido de casos e para um tempo indeterminado. Tal idéia abstrata e genérica da lei correspondia: 1) com uma idéia das funções do Estado e 2) com uma idéia da racionalidade. No primeiro aspecto,

<sup>9</sup>SANCHES FERRIZ, R. *Introdução ao Estado Constitucional*. Ed. Ariel, Barcelona, 1993, pág.36

<sup>9</sup>SANCHES FERRIZ, R. *Introdução ao Estado Constitucional*. Ob. cit., p. 39

correspondia a um Estado que se limitava a criar as mínimas condições ambientais para que os sistemas social e econômico, supostamente auto-regulados, atuassem conforme sua própria dialética, ou seja, a lei criava uma ordem para a ação de outros, porém ela mesma não era — normalmente — um instrumento de ação ou intervenção do Estado no curso dos acontecimentos. A lei deveria ser expressão da vontade popular expressada por seus representantes, não é menos certo que, através da mediação do Parlamento, era também expressão da racionalidade; não se tratava de substituir um decisionismo por outro, o *tel est notre plaisir* do rei pelo representante do povo, senão que partindo do princípio de que “da discussão sai a luz”, acreditava-se que da composição honesta de vontades e critérios na discussão parlamentar surgia a racionalidade da lei. Tal idéia tem como suposto uma crença herdada da ilustração, a saber, a idéia de que existe uma racionalidade objetiva que encerra tanto um *logos* (umas relações necessárias entre as coisas) como um nome (cuja expressão é o estado natural), que existe uma ordem objetiva imanente à realidade obtida ao entendimento, seja partindo de alguns princípios seguidos de um discurso lógico, seja mediante um processo de análise e de síntese. A discussão parlamentar é o procedimento adequado para descobrir a racionalidade objetiva em sua dimensão normativa, do mesmo modo que o é a livre concorrência no mercado para proporcionar uma racionalidade econômica objetiva. Partindo desses pressupostos, a lei, genérica e abstrata, como é a razão, cria ela mesma uma racionalidade objetiva, uma ordem racional ao que devem adaptar-se e ao que podem reduzir-se as condutas e os acontecimentos. A lei formal aprovada pelo Parlamento é completada com as normas regulamentárias para sua aplicação emitidas pela administração, seja em virtude de seu próprio poder, seja por autorização do Parlamento.

Tais pressupostos deixaram de ter vigência. Quando o Estado utiliza a legislação,

não só para criar uma ordem geral para a ação, senão também como instrumento de ação, então as leis não podem ter sempre caráter geral e abstrato, senão frequentemente, específico e concreto, de acordo com a singularidade e, frequentemente, com a temporalidade do caso a regular ou do objetivo a conseguir. Ele não está acorde com a idéia de racionalidade típica de nosso tempo: com a chamada razão instrumental, funcional, sistemática, operacional, etc., que desconhece uma ordem racional objetiva e para a qual não há mais que racionalidade subjetiva. Conforme a ela, é racional aquele que, dada uma relação mais ou menos complexa entre fins e meios, serve para lograr um objetivo, de modo que a razão não é uma ordem substancial, senão um mecanismo funcional, um procedimento cujo valor, no melhor dos casos, se mede por sua funcionalidade, ou seja, por sua soma positiva para o manutenção de um sistema *hic et nunc*. Porém, sistema no sentido que atualmente tem o conceito nas chamadas ciências sociais não pode constituir um critério certo e permanente de racionalidade, pois não é algo permanentemente dado, sendo construído, reproduzido ou transformado pela ação contínua, de tal maneira que, o mais que se pode afirmar é que, na situação S, tal medida contribuirá para seu manutenção, porém na situação S<sup>1</sup>, pode contribuir para seu bloqueio, de modo que haverá que anular a medida anterior ou, o que é mais freqüente, tomar uma contramedida. Por outra parte, ao estender-se ao âmbito do Estado, e sendo o Direito um método capital da ação deste, nos encontramos: 1) com que a legislação já não gira só em torno de valores jurídicos, nem segue só uma dialética jurídica, senão que pode converter-se em instrumento auxiliar para a realização de outros valores e adaptar-se à dialética destes; 2) a lei passa a ser assim um instrumento para a execução de decisões de distintas espécies, pelo que se compreende que algumas perspectivas politológicas ignorem completamente o Direito para considerar como conceito central do Estado, o do sistema político de decisão;

3) a legislação tem forçosamente que aumentar tanto em quantidade como em diversificação, de maneira que poderíamos imaginar uma situação limite na qual a acumulação de atos de racionalidade jurídica instrumental, destruiria a própria razão jurídica, ou seja, a certeza proporcionada pela ordem jurídica.

Em todo caso, na legislação aprovada pelo parlamento, encontramos uma diversificação de formas devidas, em parte, à quantidade mesma de legislação (já que todo aumento quantitativo que não queira terminar em caos produz por si mesmo a diferenciação), ao caráter instrumental da lei, à impossibilidade de entrar em especificações técnicas na necessidade de adaptação às circunstâncias cambiantes; e, assim, junto às formas clássicas de lei proliferam outros tipos de leis, como as leis medidas, as leis quadro (declaratórias de princípios), a maioria das prescrições legais que afeta o cotidiano da vida e as condições de existência do homem de nosso tempo, não foram aprovadas pelo parlamento, senão estabelecidas pelo governo, a administração direta ou a corporação de direito público, seja em virtude do exercício do poder regulamentador, seja por autorização legislativa, seja para complementar as lacunas da lei quadro e cumprir os objetivos das leis programáticas, etc.. Formalmente, quicá tudo possa reduzir-se a uma decisão do parlamento mais ou menos vaga ou precisa, expressa ou latente. Porém, mais além de todo formalismo, sabemos que os regulamentos podem desviar o sentido da lei ou bloquear sua aplicação, que em uma lei quadro o programa é muito difícil de determinar se a legislação governamental é adequada às premissas ou aos objetivos estabelecidos em dita lei; sabemos que é muito difícil manter,

com contornos claros e distintos, o princípio da reserva legal em um estado de permanentes intervenções no processo econômico e social. Tendo em conta todas essas modificações da estrutura normativa, podemos chegar à conclusão que o Estado Social de Direito significa um Estado sujeito à lei legitimamente estabelecida conforme o texto e a práxis constitucionais, com indiferença de seu caráter formal ou material, abstrato ou concreto, constitutivo ou ativo, a qual, em todo caso não pode colidir com os preceitos sociais estabelecidos pela constituição ou reconhecidos pela práxis constitucional como normatização de uns valores por e para os quais se constitui o Estado Social e fundamenta sua legalidade.

## 8 O CONTROLE DA LEGALIDADE E DA CONSTITUCIONALIDADE

O Estado de Direito inclui o controle da legalidade dos atos do Estado pelos Tribunais ordinários ou administrativos. Ao controle da legalidade e da constitucionalidade, são incluídos por alguns Estados, a constitucionalidade das leis por órgãos judiciários. Em um Estado material de Direito, tal controle não pode limitar-se à pura di-

mensão formal, incidindo também no exame dos valores materiais estabelecidos pela Constituição, sem necessidade de que estes se expressem no detalhe de um preceito, senão que podem ser determinados através de uma interpretação do sentido total da Constituição.

Em um Estado no qual a vida cotidiana do homem está submetida à intervenção ou ao trâmite administrativo, os Tribunais não bastam para a proteção dos direitos e interesses dos cidadãos, sendo criado e estendido para distintos países e com distintas modalidades e âmbitos de ação, a figura do *Ombudsman*, isto é, de um cargo cujo titular

*"...Estado Social de  
Direito significa um  
Estado sujeito à lei  
legitimamente  
estabelecida conforme  
o texto e a práxis  
constitucionais."*

é designado pelo parlamento em uma pessoa imparcial e cuja função é defender o público contra arbitrariedades administrativas ou a má administração e dotado de poder para investigar, criticar e publicar, porém sem faculdades para anular a ação administrativa.

Todavia, restam por resolver muitos problemas. Desde seus começos, e muito singularmente desde BODINO<sup>10</sup>, o Estado tem sido pensado e construído como uma instituição iuscêntrica e seria razoável considerar o passo do Estado absolutista ao liberal como um aperfeiçoamento do iuscentrismo: em realidade, não significa outra coisa o Estado de Direito. Atualmente, o Estado deixou de centrar-se única ou preponderantemente no direito, nem este é seu único meio de ação, senão tão só um dos instrumentos de gestão, e a justiça distributiva material de outro, devendo atualizar-se mediante a eficácia das políticas e das prestações estatais. Por conseguinte, o controle da legalidade não é hoje mais que uma dimensão do controle da ação estatal. Por outra parte, houve também uma troca na concepção mesma do *ius* que, como antes havíamos dito, não se sustenta ou não só se sustenta em uma racionalidade objetiva, nem se limita a criar através da lei, uma ordem para a ação, senão que se mostra como um modo de aplicação da razão instrumental ou técnica. Ele coloca novos problemas no tocante ao controle da legalidade, pois, como determinar se uma legislação subordinada de caráter técnico cumpre com os objetivos da lei básica da que é especificação?; como determinar se uma intervenção na propriedade ou na liberdade não está justificada pelas exigências

técnicas?; como determinar, em uma palavra, se uma norma é funcional ou não funcional, sendo que a funcionalidade é sua *ratio essendi*? Pois se são normas para um objetivo definido, é claro que devem entrar no âmbito de seu controle, o problema de se são realmente adequadas para conseguir o objetivo em questão. O poder já não beneficia, nem ameniza ao cidadão tão somente com os meios tradicionais, senão também mediante políticas econômicas e sociais errôneas ou certeiras, ou sob o suposto de conexões técnicas. Estes e outros problemas análogos rebaixam as possibilidades do controle

judicial por muitos que podem ou queiram estender o âmbito de sua competência e a flexibilização dos métodos interpretativos. Sua solução radica em alguns sistemas de controle muito mais complexos que incluem não só órgãos estatais, mas também para estatais ou sociais, mais captáveis intelectualmente pela projeção sobre o tema de modelos estrutural-funcionalistas, sistêmicos ou cibernéticos, que pelas categorias jurídicas tradicionais.

*"Atualmente, o Estado deixou de centrar-se única ou preponderantemente no direito..."*

*"...devendo atualizar-se mediante a eficácia das políticas e das prestações estatais."*

## 9 CONCLUSÃO

O Estado, deixando de lado o viés do liberalismo clássico, passou a interferir nas relações econômicas e sociais, objetivando, fundamentalmente a implantação de uma maior igualdade material entre os homens. Abandonando a política abstencionista, o Estado passou a atuar positivamente com o escopo de assegurar a justiça social entre os homens, garantindo-lhes o direito ao trabalho, à previdência, à educação e à saúde, dentre outros direitos sociais. Para tanto,

<sup>10</sup>BODINO, Jean. *Les Six Livres de la République* apud GARCIA-PELAYO, M. Garcia, As transformações do Estado contemporâneo. Ob. cit., p. 83

foram instituídos serviços públicos e engendrada uma política fiscal que desse suporte aos gastos do Estado, de tal sorte que todos pudessem contribuir, através da tributação para a correção das injustiças sociais.

O escritor brasileiro PAULO BONAVIDES<sup>11</sup> nos oferece uma síntese do que seja Estado Social, "Quando o Estado, coagido pela pressão das massas, pelas reivindicações que a impaciência do quarto estado faz ao poder político, confere, no Estado constitucional ou fora deste, os direitos do trabalho, da previdência, da educação, intervém na economia como distribuidor, dita o salário, manipula a moeda, regula os preços, combate o desemprego, protege os enfermos, dá aos trabalhadores e ao burocrata a casa própria, controla as profissões, compra a produção, financia as exportações, concede crédito, institui comissões de abastecimento, provê necessidades individuais, enfrenta crises econômicas, coloca na sociedade todas as classes na mais estreita dependência de seu poderio econômico, político e social, em suma, estende sua influência a quase todos os domínios que dantes pertenciam, em grande parte, à área da iniciativa individual, nesse instante o Estado pode, com justiça, receber a denominação de Estado Social."

O *Welfare State* apareceu para a superação das contradições históricas derivadas do liberalismo clássico, que apenas garantia liberdade efetiva aos homens componentes das classes dominantes da sociedade, e não se preocupavam com as questões sociais e o pauperismo da população. Não suprimiu, ao contrário do que aconteceu nos chamados Estados socialistas do já derrubado bloco soviético, as liberdades fundamentais do indivíduo. Ao contrário, buscou garanti-las de maneira efetiva ao estender

ao conjunto da população, direitos econômicos e sociais básicos, sem os quais o indivíduo não tem condições de desenvolver a plenitude de suas potencialidades.

Após a Segunda Guerra Mundial, o Estado Social fincou bases nos países componentes do bloco ocidental. A proteção social cresceu nos países desenvolvidos da Europa e América do Norte. Em países em desenvolvimento, ainda é incipiente a atuação do Estado no campo social, em que pesem os esforços dos últimos tempos, principalmente em decorrência das cláusulas sociais inseridas nas Constituições e que embora muitos conservadores aventam em querer derrubá-las em face dos ventos neoliberais que sopram pelos rincões do planeta.

## BIBLIOGRAFIA

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. São Paulo: Malheiros, 6ª ed., 1996.

EWART BOULDING, Kenneth. *O significado do século XX*. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1966.

GARCIA-PELAYO, M.— *As transformações do Estado contemporâneo*. Madrid: Aliança, 1985.

HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*, 1934. URL: [www.mindef.gov.br](http://www.mindef.gov.br)

JAMES, Emile. *História do Pensamento Social*. Madrid: Aguilar, 1974

KAMMLER, Jorg. *Funções de Governo, Introdução à ciência política*. Barcelona, Espanha: Anagrama, 1971

KEYNES, John Maynard. *Breve Tratado Sobre a Reforma Monetária*. México: Fondo, 1992.

<sup>11</sup>BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. Malheiros, 6ª ed., São Paulo, 1996, p. 186.

MARTINEZ, Elias Gonzalez-Posada. *La Europa Social*. URL: [www.der.uva.es/trabajo/euso.html](http://www.der.uva.es/trabajo/euso.html).

*Español como Estado Social y Democrático de Derecho*, 1984.

MORALES, Angel Garrorena. *El Estado*

SÁNCHEZ FERRIZ, R. *Introdução ao Estado Constitucional*. Barcelona: Ariel, 1993.



# A NATUREZA JURÍDICA DA EXECUÇÃO TRABALHISTA

UMA ABORDAGEM HISTÓRICA E CRÍTICA

GERSON LACERDA PISTORI\*

**Resumo:** O presente trabalho, a partir da análise contextualizadora da natureza jurídica em seu atual momento científico, busca analisar historicamente o caminho percorrido pela execução no Direito Processual a partir do Direito Romano até seu atual estágio em nosso país. Por fim, observa de forma crítica a natureza jurídica da execução em nosso Direito Processual do Trabalho e o momento atual em que a execução do Direito Processual Civil busca aproximar-se da execução do Direito Processual do Trabalho.

**Sumário:** 1 Aspectos introdutório e metodológico: podemos denominar como natureza jurídica o estudo da relação da execução com um dos institutos do Direito Processual?; 2 Aspectos históricos: um rápido olhar sobre o caminho percorrido pela execução no Direito Processual; 3 A natureza jurídica da execução no Direito Processual do Trabalho: uma visão crítica e seu atual momento; 4 Consideração final.

**Palavras-chave:** natureza jurídica; execução trabalhista.

## 1 ASPECTOS INTRODUTÓRIO E METODOLÓGICO: PODEMOS DENOMINAR COMO NATUREZA JURÍDICA O ESTUDO DA RELAÇÃO DA EXECUÇÃO COM UM DOS INSTITUTOS DO DIREITO PROCESSUAL?

À guisa de perfunctória introdução à introdução proposta acima, temos que expor escolasticamente o significado da palavra natureza, e em seguida seu sentido contemporâneo; a partir daí é que devemos apon-

tar qual o objetivo de se conhecer a natureza jurídica a fim de observarmos a natureza jurídica da execução trabalhista, em sua abordagem histórica e crítica, meta de nosso trabalho.

a) Ao observarmos o que vem a ser o termo *natureza* no âmbito da filosofia da ciência, temos de ter próxima a conceituação tradicional do que ela vem a ser. É nos detemos em Aristóteles, utilizando-nos de

\*O autor é juiz titular do TRT da 15ª Região, mestre em Direito Processual Civil e mestrando em Direito do Trabalho.

N. Abbagnano<sup>1</sup>, que nos diz: "A Natureza é o princípio e a causa do movimento e do repouso da coisa à qual é inerente primeiramente e por si, não acidentalmente". Ou então, "A substância das coisas que têm o princípio do movimento em si próprias". Essas conceituações demonstram a base de duas postulações da metafísica aristotélica: substância e causa, e delas se extrai a natureza como causa eficiente e final, como substância ou essência necessária e como totalidade das coisas.

Uma segunda concepção do que seja natureza é a que a considera ordem e necessidade. Provém dos estoícos que diziam ser a natureza a "disposição que se move por si segundo as razões seminais, disposição que leva a cabo e mantém unidas todas as coisas que dela nascem em tempos determinados e coincide com as próprias coisas das quais se distingue"<sup>2</sup>. Abbagnano destaca que essa concepção de natureza se liga à noção de lei natural, intimamente ligada à moral e ao direito até o século XIX. Dessa visão se tem que a lei de natureza é uma regra de comportamento que a ordem do mundo faz com que seja respeitada, e tinha como base o instinto (entre os animais) ou a razão (para o homem). Também dá destaque a um conceito de Roberto Boyle (cientista do século XVII ligado às idéias de Descartes): "A Natureza não deve ser considerada como um agente distinto e separado, mas como uma regra ou antes como um sistema de regras, segundo as quais os agentes naturais e os corpos sobre os quais estes

operam são determinados pelo Grande Autor das coisas para agir e para partir".

Há uma terceira concepção de natureza, mas de conteúdo subjetivista e romancista, que passa por Plotino (filósofo neoplatônico grego do século III) que dizia que a "Sabedoria é o primeiro termo, a Natureza, o último"; e é vista por Hegel assim: "A Natureza é a idéia na forma de ser outro"<sup>3</sup>. Isso basta, não é mesmo? Vamos à última concepção.

A quarta concepção de natureza é destacada por Abbagnano como a mais contemporânea, e está relacionada como ínsita às "operações efetivas da pesquisa científica e em algumas análises da metodologia científica contemporânea."<sup>4</sup> A natureza, nesta premissa, relaciona-se com campo (conjunto das condições que tornam possível um evento) e "não se identifica com um princípio ou com uma aparência metafísica nem com um determinado sistema de conexões necessárias; pode, porém, ser determinada, em cada fase do desenvolvimento cultural da humanidade". Não é uma concepção dogmática, mas funcional.

b) Tendo sido vista a concepção contemporânea de natureza, cabe destacar agora a relação entre a natureza jurídica e, se admissível, sua concepção científica. Observamos acima que a natureza jurídica possui inicialmente uma influência do período em que o Direito era visto como diretamente relacionado à lei natural e, portanto, sob uma ótica transcendental da concepção do direito natural.

*"A Natureza é o princípio e a causa do movimento e do repouso da coisa à qual é inerente primeiramente e por si, não acidentalmente"*

<sup>1</sup>Dicionário de Filosofia, Mestre Jou, São Paulo, 1982; p. 670.

<sup>2</sup>Idem, p. 670.

<sup>3</sup>N. Abbagnano, op. cit., p. 671.

<sup>4</sup>Ibidem.

A visão do direito natural é concebida em pelo menos dois aspectos: o primeiro, dado por Aristóteles e trabalhado por Santo Tomás de Aquino, possui um “enfoque filosófico-metafísico, de corte aristotélico. Isto quer dizer que a pergunta do jurista medieval quando se depara com o problema jurídico é pela *natureza* do instituto. Quer conhecer pela essência, pela regra de razão para decidir. Pergunta-se pelas causas (formal, material, final, eficiente) e pergunta-se sobretudo pelo direito natural e pela natureza da coisa... No direito natural clássico, a razão prática é deliberativa e está implicada numa razão especulativa que tem a capacidade de conhecer a realidade objetivamente dada fora do sujeito cognoscente”<sup>5</sup>. O direito natural desse período, portanto, não é um ordenamento, mas deliberativo: possui regra de razão prática que redundam em um processo permanente de escolha de regras a aplicar<sup>6</sup>.

O segundo momento do direito natural relaciona-se com a Renascença e está diretamente ligado ao momento da dedução matemática e geométrica que predomina naquele momento científico (cartesianismo, p. ex.), adaptando-se a teoria política e jurídica diante dos novos estados soberanos e o pacto de dominação entre soberano e súditos. Da mesma forma, altera-se o conceito de liberdade individual (consciência e ação privada) e aprofunda-se o racionalismo. O direito natural desse período possui um traço contratualista, com uma ética de deveres, do cumprimento de regras e de obediência a procedimentos<sup>7</sup>. O estilo da apresentação desse direito é demonstrativo, influenciado pela geometria.

Muito do que estudamos durante o século XX ainda possui a visão de natureza jurídica pelo enfoque do direito natural, o que, sob um prisma mais rigoroso, não possuiria

uma característica a que pudéssemos denominar de científica, principalmente se considerarmos a ciência sob o aspecto analisado pela chamada ciência fria. Essa visão não admite o elemento valorativo em seu enfoque, busca uma pretensa neutralidade, o que seria contraditório com o Direito, pois esse possui, em sua essência, uma preocupação com a conduta humana e seu dever ser ou agir.

Cabe destacar que as “ciências humanas têm métodos de compreensão e de interpretação do sentido das ações, das práticas, dos comportamentos, das instituições sociais e políticas, dos sentimentos, dos desejos, das transformações históricas, pois o homem, objeto dessas ciências, é um ser histórico-cultural que produz as instituições e o sentido delas”<sup>8</sup>.

Pelo visto, verificamos que o Direito situa-se como uma ciência humana, incluído em sua sistematização na medida em que seu estudo passou a ter posicionamento científico, pois submetido às mudanças de sentido e de significação, por possuir conteúdo histórico, ser formulado por leis próprias, sendo assim tratado e observado como ciência. Também o Direito, que era tratado como técnica ou arte durante a sua concepção jusnaturalista, passou a ser concebido como uma ciência humana aplicada encarada sob uma ótica crítica e construcionista, interligada às outras ciências humanas que o ajudam na análise científica do caminho jurídico.

Dessa maneira, vemos que é cabível o estudo da natureza jurídica do instituto da execução trabalhista, pois se trata de análise científica de um campo específico do Direito processual, e mais precisamente, do Direito processual voltado à execução trabalhista. Portanto cumpre agora observar o caminho histórico do que objetiva este

<sup>5</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. *In O Direito na História - Lições Introdutórias*; São Paulo: Max Limonad, 2002, p.131.

<sup>6</sup> *Ibidem*.

<sup>7</sup> LOPES, Lima. *opus cit.*, p. 181.

<sup>8</sup> CHAUI, Marilena. *In Convite à Filosofia*, São Paulo: Ática, 1996, p.159.

trabalho, ou seja, a execução no campo do Direito Processual do Trabalho.

## 2 ASPECTOS HISTÓRICOS: UM RÁPIDO OLHAR SOBRE O CAMINHO PERCORRIDO PELA EXECUÇÃO NO DIREITO PROCESSUAL.

O professor e jurista carioca Leonardo Greco<sup>9</sup> destaca a execução sob a perspectiva histórica, em primeiro lugar observando sua figura no Direito Romano. E em seu primeiro período histórico a execução é vista na Lei das XII Tábuas como privada e penal; estabelecida pelo árbitro, que era privado e escolhido pelas partes, havia um prazo de trinta dias para o devedor pagar o crédito, sob pena de "pôr-lhe o credor a mão em cima (*manus iniectio esto*) e conduzi-lo à presença do juiz (*in ius ducito*)"<sup>10</sup>. Após a autorização do juiz, o devedor era levado para a casa do credor e ali permanecia por sessenta dias, para que ele ou amigo seu pagasse a dívida. Se não houvesse o pagamento nesse prazo, o devedor se tornava escravo do credor, podendo este vendê-lo ou matá-lo, porém, fora dos limites de Roma (na região etrusca). Na morte do devedor o credor se apossava de todos os seus bens.

A partir da *Lex Poetelia*, do ano 326 aC., foi abolida a pena capital e castigos ou trastes corporais (uso de correntes). Nessa fase o credor pedia ao pretor uma *addictio* do devedor que, se obtida, era denominada *minima capitis deminutio*, e tinha como característica a condução do devedor para o trabalho até pagar sua dívida com o credor. No mesmo período ainda ocorreu a *pignoris capio*, tendo-se com ela o primeiro exemplo de execução patrimonial no Direito Romano. Refere-se à forma de pagamento de certas obrigações públicas ou religiosas, correspondendo à uma apreensão concreta de certo bem pelo credor, sem intervenção de pretor. O exemplo típico desse tipo de

execução era a possibilidade de o soldado tomar o bem de um *tribunus aerarii*, pela falta de pagamento do seu soldo.

Já no período clássico do Direito Romano (período Formulário), a partir da *Lex Aebutia*, no ano 149 aC., Leonardo Greco<sup>11</sup> cita José Alberto dos Reis, explicando que nesse período a sentença de condenação possuía uma eficácia obrigatória e não executiva. Assim, a condenação dava lugar a uma nova ação, a *actio iudicati*. Nesse tempo surgiu a *bonorum venditio*, de criação pretoriana (por volta do ano 118 aC), que tinha por escopo uma execução patrimonial e universal, de aspecto coletivo, instaurada para todos os credores do devedor. Seus bens eram arrecadados com autorização do pretor, ficando na guarda do *missio in possessionem* (credor-exequente), por certo prazo, em que se aguardava o pagamento espontâneo do devedor; após esse prazo os credores nomeavam um administrador dos bens do devedor, um *curator bonorum*, que providenciava a arrematação por alguém de todos os bens do devedor.

Posteriormente, por volta do ano 30 aC., o Senado Romano concedeu o privilégio aos seus membros da *bonorum distractio*, pela qual o administrador dos bens do devedor (*curator bonorum*), ao invés de proceder a venda de todos os bens em hasta pública, promovia apenas a venda dos bens suficientes para o pagamento integral da dívida. Tal privilégio tornou-se com o tempo um direito aos demais devedores, o que acabou prevalecendo no período do Dominato.

No período do Dominato, mais precisamente, da *cognitio* extraordinária, entre os anos 305 e 565 de nossa era, alterou-se ainda mais a estrutura da execução. Passou a ocorrer a figura do *pignus ex causa iudicati captum*, um precursor da execução singular que conhecemos, e era a

<sup>9</sup>O *Processo de Execução*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999. Utilizamos-nos dessa obra para nortear a apresentação deste capítulo.

<sup>10</sup>*Op. cit.*, p. 12.

<sup>11</sup>*Op. cit.*, p. 17.

apreensão dos bens apenas suficientes para o saldo da dívida. Apreendidos os bens, após o prazo de dois meses, os bens eram vendidos pelos auxiliares do juiz, os *apparitores*. Vemos que, a partir daí, a execução deixa “de ser penal, pessoal, universal e coletiva, para ser preponderantemente patrimonial, satisfativa, restrita aos bens capazes de satisfazer o credor e singular”<sup>12</sup>.

No chamado período do Direito Intermediário (após a queda do Império Romano), em razão das invasões, notadamente dos povos germanos, propagou-se pela Europa aquilo que podemos chamar de direito germânico primitivo, com influência da vida social comunitária sem a presença de um tipo de estado mais eficiente, ocorrendo então uma postura mais individualista na reivindicação de direitos e na defesa de patrimônio. Assim, na falta do pagamento, o credor poderia penhorar os bens do devedor de forma direta – penhora privada.

Só aos poucos foi sendo instituída a autorização da autoridade com exercício jurisdicional para que houvesse a penhora direta e privada e, somente após esta é que o devedor poderia tentar impugnar o crédito apontado. O credor poderia também escolher entre a execução corporal (por cárcere privado) ou por arrecadação direta dos bens. A forma de discutir a penhora era através das assembleias populares, sendo que, se o devedor provasse ali a improcedência da medida, isto resultava no pagamento pelo exequente da quantia indevidamente pleiteada ou até mais. Com o tempo passou a ocorrer, em função de tribunais eclesiásticos, a utilização da *excomungatio* como forma executória.

No final da Idade Média alta passou a ocorrer um encontro do direito germânico ainda primitivo e o direito romano remanescente (principalmente nas regiões de Veneza, Roma, Nápoles e Sicília), sendo que a miscigenação entre os povos, o comércio cada vez mais prevaiente entre as cidades, os

interesses econômicos e políticos passaram a incrementar a organização do conhecimento jurídico e sua aplicação prática cada vez mais ampliadamente.

Diante desse contexto, já no início da Idade Média baixa, foi sendo colocada de lado a característica germânica primitiva da execução privada para, com o fortalecimento da figura da autoridade local, dar-se a um juiz o poder de declarar por sentença o direito à execução e, a partir daí, a formação da *executio parata*. Criou-se, nesse período, a execução *per officium iudicis*, um tipo de execução sumária para questões mais simples e menos incisiva contra o devedor; as execuções de cunho mais complexo exigiam um processo autônomo. Diante da condescendência para com o devedor no caso da execução *per officium iudicis*, foi criada a fórmula de um título executivo mais incisivo e benéfico ao credor: os *instrumenta guarentigiata*, precursores do *processus sumarius executivus*, que antecedeu à ação executiva utilizada no Brasil pelo Código de Processo Civil de 1939.

A formação do procedimento (vamos denominá-lo assim) executório no final da Idade Média baixa resultou em avanços da concepção da execução, como o princípio da prioridade da penhora (direito de preferência), forma de recuperação de princípio utilizado no final do Império Romano. Desse período também a influência de Bártolo para a formação da regra sobre obrigações de dar, em que se pode exigir seu cumprimento de forma específica, enquanto que as obrigações de fazer podem ser convertidas em indenização de perdas e danos.

O Direito Lusitano recebeu influência direta do período intermediário, mas sob a influência da concentração de poder ocorrida a partir da formação dos estados, desde a Idade Média baixa. Assim, a partir das Ordenações Afonsinas, formalizou-se a execução na alçada estatal, com base em sentença<sup>13</sup>, sendo que o devedor poderia ser

<sup>12</sup>Op. cit., p. 23.

<sup>13</sup>Leonardo Greco, *opus cit.*, p. 33.

preso em cárcere público. Com as Ordenações Manoelinas, de 1521, a par da execução pelo Estado, surgiu a ação de *assinção de dez dias*, um tipo de ação cominatória tosca para certos créditos. Nas Ordenações Filipinas, em 1602, havia um processo ordinário de execução e um processo sumário, sob o mesmo nome de *assinção de dez dias*. Nesse período retoma-se a figura dos *instrumenta guarentigiata*, acima já vistos, representados em dívidas contraídas por escrituras, alvarás e dotes<sup>14</sup>.

Destaque-se que a penhora no período estruturado do estado renascentista era *"real e filhada*, ou seja, 'com effectiva, e corporal, apprehensão de bens, e entrega d'elles à Justiça, ou a quem esta os-manda entregar'...; não devendo ficar na posse do condemnado, para que este não os-esconda, consuma ou aliene. Sem isso não se-habilita o credôr para entrar em concurso de preferência ou ratêio"<sup>15</sup>. Nesse período havia a existência de bens impenhoráveis, como cavalos, armas, livros, roupas de cavalheiros e fidalgos, bois de arado e sementes de lavradores, além de bens públicos, das paróquias e ordens religiosas, pensões alimentícias, soldos, ordenados e salários. A penhora se constituía pelo tabelião, no caso de valor elevado, e pelo porteiro da vara se fosse de valor reduzido; sem avaliação do bem. A avaliação só foi criada por lei de 1774, sendo que com tal lei havia liquidação por artigos e arbitradores, sem a existência de cálculo pelo juízo.

No Brasil, as Ordenações Filipinas influenciaram a execução até o início do século XX, mais precisamente até quando foram sendo estabelecidos os códigos processuais estaduais durante a velha república. Assim, o Regulamento 737, de cunho comercial diante de sua feitura em concomitância ao Código Comercial de 1850, instituiu uma execução de sentença estatal, com a competência do juiz da ação de

conhecimento; destaque-se ali a regulação da fraude de execução.

Com os códigos estaduais de processo foi mantida e disciplinada a ação executiva e mantida em alguns estados brasileiros a antiga ação de *assinção de dez dias*, que em São Paulo teve o nome de ação *decendária*. Entretanto a influência da legislação anterior se manteve, mas com o desaparecimento da prisão civil, até o primeiro Código de Processo Civil brasileiro de 1939.

O chamado CPC, Código de Processo Civil, de 1939, eliminou a ação de *assinção de dez dias* e estabeleceu um dualismo: um, relacionado à *ação executiva*, para conhecimento com penhora incidente, com direito à contestação, sentença e etc., em função dos títulos extrajudiciais; outro, o processo de execução, para a sentença condenatória, tendo a competência do juiz da causa<sup>16</sup>. Para os embargos do executado havia um efeito suspensivo.

Foi durante a vigência do CPC de 39 que foi promulgada a CLT, Consolidação das Leis do Trabalho, com sua estrutura executória, acrescida da lei de executivos fiscais. O próximo CPC, o de 1973, passou a ter uma concepção distinta da execução, concebendo-a como um processo autônomo e próprio. Mas a CLT manteve-se ligada à concepção do processo de execução como fase complementar à cognição, até que surgiram as mais recentes modificações de processo autônomo quanto ao compromisso do devedor perante o Ministério Público do Trabalho, e do cumprimento de termo de acordo perante comissões sindicais de conciliação em rescisões de contratos de trabalho; mais recentemente ainda, as novas competências da Justiça do Trabalho por força de emenda constitucional, que trouxeram para seu âmbito, entre outras, execuções de dívida pública.

<sup>14</sup>Idem

<sup>15</sup>Ibidem, p. 35.

<sup>16</sup>Op. cit., p.46.

### 3 A NATUREZA JURÍDICA DA EXECUÇÃO NO DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO: UMA VISÃO CRÍTICA E SEU ATUAL MOMENTO.

Como sabemos, o Direito Processual do Trabalho no nosso país iniciou-se como ramo autônomo após a CLT, e podemos afirmar que isso se deu de forma completa após a estruturação do judiciário trabalhista como parte do Poder Judiciário nacional, em 1946. Como foi visto, a execução no âmbito trabalhista se montou tendo como referência o CPC de 1939, que tinha a execução como fase posterior à cognição, sem uma autonomia própria. Aliás, tendo ainda como parâmetro de sua fase executória uma especial forma de execução, qual seja, a execução da dívida fiscal.

Cabe destacar Manus: "acreditamos que a execução no processo do trabalho guarda ainda a antiga noção do processo comum de uma segunda fase dentro do processo do trabalho, em que o conhecimento representa a primeira fase, não desfrutando de autonomia"<sup>17</sup>.

Esse posicionamento de Manus, e de inúmeros outros conceituados juristas do direito processual, se tem, por óbvio, pela própria estrutura histórica e concreta da execução trabalhista, pois ela surgiu com a CLT que, por sua vez, foi moldada na forma do CPC de 1939. E surgiu a execução trabalhista em formato próprio de dependência da sentença trabalhista, convivendo com o princípio da devolutividade recursal, com a execução provisória até a penhora e sem a presença de títulos executivos extra-judiciais ou mesmo de executivos fiscais em sua competência.

Esta conceituação da natureza jurídica da execução trabalhista, de fase posterior à cognição, sem autonomia ou processo próprio de instrumentação, acabou sendo uma característica própria do processo trabalhista, observada desde o CPC de 1973 por juristas não trabalhistas como algo ultrapassado no plano teórico, muito embora a execução trabalhista na forma tradicional não representasse instrumentalmente algo pior do que a execução adotada com autonomia no processo civil.

Note-se que a execução trabalhista, embora longe de representar um ótimo desempenho, foi adquirindo, por algumas alterações legislativas, jurisprudenciais e doutrinárias, um estofamento suficiente para dar atendimento ao cumprimento das sentenças promulgadas, muito embora em locais de excessivo volume de processos, tenha havido muitas frustrações para o atendimento de uma efetividade adequada.

Entretanto, aquilo que tornava remansoso o entendimento de que a natureza jurídica da execução como fase processual, e não processo

autônomo, por força da característica da execução trabalhista como elemento decorrente da sentença existente, em curto espaço de tempo sofreu uma profunda alteração. É que, a partir da lei 9958/00, alterou-se a redação do artigo 876 da CLT, incluindo-se como títulos executivos trabalhistas, além da sentença (e do acordo judicial, também tido como sentença), o termo de ajuste de conduta firmado perante o Ministério Público do Trabalho, além do termo de conciliação firmado por Comissão de Conciliação Prévia<sup>18</sup>.

*"Esta conceituação da natureza jurídica da execução trabalhista, de fase posterior à cognição, sem autonomia ou processo próprio de instrumentação, acabou sendo uma característica própria do processo trabalhista..."*

<sup>17</sup>In *Execução de Sentença no Processo do Trabalho*, Atlas, São Paulo, 2005, p. 16.

<sup>18</sup>In *Manus*, opus cit.

Pouco tempo depois, a Emenda Constitucional 45/2004 veio alterar ainda mais a execução trabalhista, trazendo para a competência da Justiça do Trabalho a discussão sobre penalidades administrativas aplicadas a empregadores pela fiscalização responsável pelas relações de trabalho.

Tivemos em pouco tempo, portanto, uma mudança daquilo que podemos denominar de paradigmas de campo científico a afetar o que não era objeto de muitas dúvidas, qual seja, a própria natureza jurídica da execução trabalhista. Tal mudança ocorrida, a de não ser a execução existente no processo do trabalho apenas decorrente de sentença ou acordo judicial, mas passar a ter como execução títulos de natureza extrajudicial, como o ajuste de conduta, o termo de conciliação de comissão de conciliação prévia e a discussão sobre o cumprimento de penalidades administrativas decorrentes da fiscalização do executivo na área trabalhista, provocou uma profunda dúvida para aqueles que se debruçam no estudo das instituições doutrinárias do processo trabalhista.

Essa dúvida, além de originada pela própria mudança legislativa acima descrita, também é posta em razão de outra questão: a influência que o Código de Processo Civil de 1973 trouxe à teoria processual da execução. Afinal, a chamada escola paulista de processo, formada a partir de Enrico Tullio Liebman quando lecionou em São Paulo no período da segunda grande guerra, teve em um de seus discípulos, Alfredo Buzaid, o principal mentor daquela codificação que, por sua vez, teve na autonomia do processo de execução uma de suas mais festejadas bandeiras.

Mas, como dizia um velho bolero, “tudo passa, tudo passará...” E mais de trinta anos passados, o inicial confronto e o atual diálogo entre o processo do trabalho e o processo civil representaram a obtenção de outros pontos de vista e outras concepções, dentro do próprio campo de pesquisa do processo. Pois entre os paradigmas contemporâneos do direito processual encontramos a instrumentalidade e a efetividade como fundamentais para a resposta que o Estado precisa dar à sociedade. E um dos pontos agudos de estrangulamento e crise de instrumentalidade e efetividade do processo civil é encontrado exatamente na execução, excessivamente formal e vagarosa.

Assim, em função da vida prática e da atividade constatada, os processualistas civis passaram a visualizar o processo do trabalho como um símbolo de maior instrumentalidade e efetividade, sendo que já ocorreu uma alteração importante no processo civil, retomando a forma, com reformas, da execução trabalhista, a partir da concepção de fase posterior à cognição, deixando-se de lado o mito criado por eles do processo

de execução autônomo.

#### 4. CONSIDERAÇÃO FINAL

Aqui então surge uma indagação necessária: será que essas modificações trazidas pela lei 9958/00, 1035/00 e pela emenda constitucional 45/2004 afetaram o cerne da natureza jurídica da execução trabalhista?

Parece-nos que não, como já dito por Manus<sup>19</sup>. A forma dividida da execução permanece íntegra, sob o manto pragmático do CPC de 1939, acrescida pelo acúmulo do

*“Tivemos em pouco tempo, portanto, uma mudança daquilo que podemos denominar de paradigmas de campo científico a afetar o que não era objeto de muitas dúvidas, qual seja, a própria natureza jurídica da execução trabalhista.”*

<sup>19</sup>Idem et ibidem.

conhecimento teórico advindo desde então pela instrumentalidade e pela efetividade. Ampliou-se a competência, a matéria e até o ângulo de atuação, diante da extrapolação da execução para situações não anteriormente exclusivas, como eram as execuções e acordos judiciais oriundas do dissídio entre empregador e empregado, e agora muito mais abrangentes para execuções de tipos de conflitos multifacetados. Mas permanece o nexo de instrumentalidade e de efetividade da execução trabalhista. Resta, pois, mantido o cerne da natureza jurídica da execução trabalhista, aperfeiçoá-la.

## BIBLIOGRAFIA

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. São Paulo: Mestre Jou, 1982.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Direito Romano*, Vol. II, Rio de Janeiro: Forense, 1997.

\_\_\_\_\_. *Novo Processo Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

CHAUÍ, Marilena. *Convite à Filosofia*. São Paulo: Ática, 1996.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 2000.

FAVA, Marcos. As ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho – primeira leitura do art. 114, VII da CF. In: COUTINHO, Grijalbo Fernandes e FAVA, Marcos (coord.). *Justiça do Trabalho: competência ampliada*. São Paulo: Anamatra e Ltr., 2005.

GRECO, Leonardo. *O Processo de Execução*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na História – Lições Introdutórias*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

MANUS, Pedro Paulo Teixeira. *Execução de Sentença no Processo do Trabalho*. São Paulo: Atlas, 2005.

RODRIGUES PINTO, José Augusto. *Execução Trabalhista*. São Paulo: Ltr, 2002.



# PRINCÍPIOS – MARCOS DE RESISTÊNCIA

**TEREZA APARECIDA ASTA GEMIGNANI\*\***

*“Justamente quando eu descobri todas as respostas,  
mudaram todas as perguntas.”*

*provérbio anônimo*

*“Algo notável é o valor que aquela gente dava a suas  
palavras. De nenhuma maneira eram usadas para  
justificar os fatos. Hoje, entretanto, todas as  
interpretações são válidas e as palavras servem mais  
para distanciar-nos de nossos atos, do que para  
respondermos por eles”*

*Ernesto Sábato*

**Resumo:** A ambivalência dos valores, que caracteriza a época contemporânea, leva à necessidade de se buscar um norte, para disciplinar os conflitos sociais. Neste contexto, o artigo traz para o debate a questão dos princípios, focando a análise na funcionalidade, sustentada em critérios de proporcionalidade e ponderação, para que possam ser evitados os inaceitáveis extremos, tanto do fundamentalismo, quanto da precarização.

**Sumário:** 1 Introdução; 2 A ambivalência; 3 Funcionalidade - o eixo principal; 4 A gênese de um novo modelo de normatividade; 5 A resistência aos extremos; 6 Conclusão.

**Palavras-chave:** princípios; funcionalidade; proporcionalidade; ponderação; resistência aos extremos.

---

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

## 1 INTRODUÇÃO

Só quando elabora o sentido da alteridade reconhecendo ao outro o direito de deter a mesma condição de pessoa, que cada homem reivindica para si, nasce a noção do justo, que na sociedade moderna bifurcou-se em dois conceitos principais:

-a **justiça comutativa**, foco principal de estudos da ciência jurídica, notadamente a partir do século XIX, quando houve a consolidação de um sistema de codificação, integrado por normas cogentes, pautadas pela racionalidade jurídica, cujo cumprimento se apresentava garantido pelo monopólio da força, exercido pela atuação do Estado, ente politicamente organizado.

-a **justiça distributiva**, foco de interesse dos demais marcos regulatórios postos pela sociedade, distribuídos em diferentes instituições políticas e sociais, edificadas fora do sistema judicial.

O grande problema, enfrentado na atualidade, é que toda esta estrutura, que sustentava a administração da justiça distributiva, desmanchou no ar sem deixar nenhum espólio. E, o que é mais grave, tudo isso aconteceu de forma abrupta, de repente, sem que a sociedade tivesse tempo de descobrir outros marcos regulatórios. O resultado foi a intensificação dos níveis de violência, não só física, mas também mental, psicológica, emocional, deixando o corpo social dilacerado.

Uma sociedade em que as relações humanas são substituídas por transações humanas. Se a lógica das relações humanas é o contato pessoa/pessoa, a lógica das transações implica em reduzir esta dimensão para a perspectiva do objeto, da coisa. O problema da sociedade contemporânea é que as pessoas, sujeitos desta relação, foram transformadas em coisa, objeto de uma transação, levando à implosão dos marcos de edificação e administração da justiça distributiva, anteriormente construídos pela Política, assim estabelecida para criar

condições de igualdade na disputa, e ocupação, do espaço público.

A insuficiência das soluções, via de regra apresentadas pelas políticas públicas de forma claudicante, e administradas de maneira ineficiente, levou a um movimento de judicialização da Política, que encontrou amparo na Carta de 1988, ao constitucionalizar os direitos sociais e trabalhistas, trazendo questões de justiça distributiva para o âmbito do Poder Judiciário, cujo aparato normativo não estava aparelhado para tanto, pois tradicionalmente pautado pela perspectiva da justiça comutativa.

Em virtude de tratar de questões afetadas ao exercício da liberdade, bem como da igualdade de condições nos locais de trabalho, e deliberar sobre créditos de natureza alimentar, que implicam num contato diuturno com os dilemas relacionados às necessidades humanas mais primárias do indivíduo, ao mesmo tempo em que disciplina os dissídios de natureza coletiva, o direito do trabalho foi um dos primeiros a sentir esta crise da normatividade, que acaba levando a uma situação de conflitualidade permanente, como a fratura exposta de um organismo doente.

### A solução?

Edificar um novo sistema, oxigenando as estruturas, para poder abrir caminhos entre a rigidez das regras, muitas vezes estéreis, e por isso incapazes de permitir a germinação de um novo direito, a ser construído mediante a aplicação de princípios reitores, tanto em relação ao direito material, quanto ao direito processual, que possam aumentar os níveis de funcionalidade da norma.

## 2 A AMBIVALENCIA

Discorrendo sobre a sociedade contemporânea, Zygmunt Bauman<sup>1</sup> ressalta que, ao contrário da modernidade, pautada por marcos unívocos e bem definidos, a atualidade se concretiza como um estado de

<sup>1</sup>BAUMAN, Zygmunt - *Modernidade e Ambivalência* - Jorge Zahar Editor - Rio de Janeiro - 1999 - tradução de Marcus Penchel - págs 10 a 15

ambivalência, em que tudo vale e, ao mesmo tempo, nada vale, tornando-nos incapazes de ler adequadamente a situação fática, dificultando a escolha da opção mais justa, entre as alternativas que se apresentam em número cada vez mais elevado.

Na área jurídica, a questão da ambivalência se torna grave quando os instrumentos jurídicos, até então utilizados para disciplinar comportamentos, a fim de possibilitar a vida em sociedade, se mostram inadequados para garantir a necessária solução do conflito posto, passando para a sociedade uma sensação de impotência, e perda de controle. Neste contexto, ressalta Bauman, as conseqüências "se tornam imprevisíveis, enquanto o acaso, de que supostamente nos livramos com o esforço estruturador, parece empreender um retorno indesejável", com o aumento dos níveis de contingência, que podem levar o grupo social ao esfacelamento.

Daí a necessidade de se guiar pelos princípios, que também terão que ser interpretados sob a dupla lógica, da justiça comutativa e da justiça distributiva, sem perder a percepção de que sua aplicação deve ser exauriente, marcada pela máxima eficiência e suficiência em debelar os altos níveis de ambivalência, que marcam a realidade fática como um dos fenômenos mais angustiantes de nosso tempo.

Nesse contexto, como bem define Bauman, a luta "pela ordem não é a luta de uma definição contra outra, de uma maneira de articular a realidade contra uma proposta concorrente. É a luta da determinação contra a ambigüidade, da precisão semântica contra a ambivalência, da transparência contra a obscuridade, da clareza contra a confusão".

É por isso que, quando os níveis de ambivalência são aumentados, como ocorre

na contemporaneidade, o Parlamento, sozinho, se torna incapaz de traçar os parâmetros de um padrão ordinatório, pois o modelo unívoco não oferece mais respostas satisfatórias, num ambiente de multiplicidade crescente. É por isso que as novas normas, postas pelo legislativo, são pautadas por um modelo de cláusulas abertas, como recentemente se tornou bem evidente, com a promulgação do novo Código Civil.

Ou seja, o Parlamento estabelece as regras gerais, traça as diretrizes, porém não as fixa mais em *numerus clausus*, abrindo caminho para uma atuação jurisdicional mais ampla, não apenas para interpretar, mas também para complementar o próprio enunciado da norma. Neste passo, esta interpretação só terá eficácia se for pautada pela aplicação dos princípios, em relação ao direito material e direito processual trabalhista.

### 3 FUNCIONALIDADE - O EIXO PRINCIPAL

Embora conceituado de forma diversa, por diferentes vertentes doutrinárias, o debate que se coloca com maior urgência, no momento, chama a atenção para a importância de priorizar o aspecto funcional, no que se refere aos princípios.

Com efeito, a implosão das instituições sociais e políticas, até então comprometidas com a administração da justiça distributiva, e a garantia de amplo acesso à jurisdição em caso de ameaça ou lesão, trouxe um número maior de controvérsias para a arena judicial, com a conseqüente necessidade de incorporar novas ferramentas ao sistema jurídico, a fim de restaurar a eficácia da norma para a solução de conflitos.

Um trabalho a ser feito por juízes.

Um trabalho de *juris prudentia*, edificado pelo vetor aristotélico da ponderação, da busca da razoabilidade num

*"Um trabalho a ser feito por juízes.*

*Um trabalho de "juris prudentia", edificado pelo vetor aristotélico da ponderação, da busca da razoabilidade num determinado contexto, sob determinadas condicionantes."*

determinado contexto, sob determinadas condicionantes.

Um trabalho que deve estar atento às cambiantes conjunturais e, ao mesmo tempo, ancorado sobre as vigas mestras, que estruturam o edifício jurídico do direito trabalhista, notadamente quanto a proteção, celeridade, primazia da realidade, priorização das formas simples e diretas, utilização de linguajar mais próximo ao que é falado e compreendido pelo homem do povo, em lugar do veiculado em compêndios científicos.

Isto porque a função prioritária dos princípios, neste momento de imbricamento dos pleitos que envolvem justiça comutativa, com justiça distributiva, é garantir ao homem que trabalha a condição de pessoa, sujeito de direitos, mas também de obrigações, que o impelem a reconhecer essa mesma condição ao outro, o que se reveste de relevância, pois a articulação entre o individual, o coletivo, e o público, integram a própria gênese do direito do trabalho, que nasceu como direito híbrido ( público e privado).

Só o juiz comprometido com esse norte, será capaz de navegar com segurança, na busca da solução adequada para conflitos cada vez mais complexos, que entrelaçam questões de justiça comutativa, com justiça distributiva e, portanto, não podem mais ser solucionados apenas por um tipo de ferramenta.

Entretanto, tal não justifica a utilização dos valores pessoais do juiz, como fundamento para julgar, como inadvertidamente vem sustentando certa corrente doutrinária e jurisprudencial, pela simples e boa razão de que num sistema democrático, seus sentimentos e valores pessoais detêm a mesma importância daqueles defendidos pelos demais cidadãos, face ao princípio da isonomia e, portanto, não podem sustentar uma decisão, destinada a dirimir um conflito

de interesses entre aqueles que lhe são iguais.

Destarte, para atuar com legitimidade, cabe ao juiz proceder como órgão de um dos poderes da República, conferindo eficácia e efetividade aos valores postos pela nação, instituídos na Constituição como reitores da sociedade brasileira. Tal implica em trazer para o debate questões mais abrangentes, que antes estavam situadas fora da órbita judicial, como matérias afetas à administração da justiça distributiva e à vinculação das políticas públicas, inclusive no que se refere aos critérios de conveniência e oportunidade desta aplicação, a fim de preservar o caráter dirigente da Constituição, e os princípios nela agasalhados, marcos axiológicos postos pela nação, para governar de modo permanente, quem exerce o poder de maneira transitória.

Como bem pondera José Reinaldo de Lima Lopes<sup>2</sup>, citando o pensamento de Canaris, se “não fosse pelos princípios, para predicar o justo ou o injusto e, especialmente para predicar o lícito ou o ilícito, o legal e o ilegal, bastaria aprender a colecionar os comandos ou as regras. Mas se as regras precisam passar de uma coleção simples para um sistema ou, em termos aristotélicos, se alguém quiser saber das relações necessárias entre os objetos, será preciso uma ciência, um saber por princípios”

#### 4 A GÊNESE DE UM NOVO MODELO DE NORMATIVIDADE

A sobrevivência da sociedade depende da existência de normas, que atuam como bússolas e sinalizadores, que permitem navegar no ambiente agitado dos conflitos, notadamente os que nascem das necessidades humanas mais primárias. Assim, se ao Parlamento compete fixar as regras diretivas gerais, ao Judiciário cabe completar os padrões de fixação da própria norma, para poder proceder a sua eficaz aplicação.

<sup>2</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima, - *As palavras e a lei* - Editora 34 Ltda - Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas - São Paulo - 2004

Essa interrelação exige novas ferramentas de hermenêutica, que possibilitem a adequada subsunção do fato à norma, o que vem sendo obtido com a aplicação dos princípios, notadamente quanto à proporcionalidade e razoabilidade, a fim de evitar que a crescente pluralidade e ambivalência levem à perda de orientação, e à situação de anomia, combustível para o recrudescimento da conflitualidade social.

Talvez, por estar situado institucionalmente no imbricamento de duas perspectivas tão distintas, como direito e economia, o direito do trabalho sentiu com intensidade essa exigência. Explica José Reinaldo de Lima Lopes<sup>3</sup> que, enquanto a economia está fundada no conceito de custo/benefício, em que o custo em uma ponta, e os benefícios esperados em outra, são legitimamente levados em conta para justificar, e dar razão de ser (racionalidade) ao juízo econômico, a perspectiva do direito sempre esteve assentada sob o ponto de vista de cumprimento de uma norma, independentemente de considerar qualquer outro desdobramento, que pudesse acarretar esta aplicação.

Entretanto, a nova realidade fática provocou um abalo nesta perspectiva. Esclarece, Lima Lopes, que isso já podia ser sentido nas divergências que marcaram “os dois maiores juristas do século XX”. Neste sentido, ressalta que, para Kelsen “o raciocínio jurídico constrói-se a partir da perspectiva do sujeito que quer evitar a sanção. Para Hart, o raciocínio jurídico constrói-se da perspectiva do sujeito que quer cumprir as regras para cooperar socialmente”, ou seja, enquanto para o primeiro o cumprimento da

regra é o suficiente em si, para o segundo isso não é o bastante, pois é preciso garantir a funcionalidade da solução, de modo que não se pode desprezar a avaliação do que isso representa em termos de custo e benefício para toda a sociedade.

O complicador é que hoje tais perspectivas atuam ao mesmo tempo, como vasos comunicantes, manifestando-se sob diferentes e diversas gradações, dependendo da natureza dos interesses em conflito.

É por isso, que o novo padrão de normatividade não pode ser traçado apenas pela atuação do Legislativo. É ao Judiciário, terceiro poder da República, que cabe apurar esta gradação, a fim obter a solução e a pacificação dos conflitos. Para tanto, o manejo dos princípios, necessários para calibrar a justa medida na aplicação da norma, se revela fundamental, notadamente nas situações limite, que vêm ocorrendo com maior frequência.

Neste contexto, relevante a diretriz constitucional, ao estabelecer nos artigos 170, 192 e 193 da CF/88, não só que a ordem social tem como base o primado do trabalho, mas também

que a própria ordem econômica deve estar fundada na valorização do trabalho humano, e o sistema financeiro estruturado de forma a atender aos interesses da coletividade, e promover o desenvolvimento equilibrado do país.

Tal se apresenta cada vez mais relevante, pois o princípio de acesso à jurisdição, agasalhado pela Constituição Federal como fundamental, foi reforçado pela EC 45/2004, ao acrescentar o inciso LXXVIII ao artigo 5º, consignando a exigência de que tal

*“...com a aplicação dos princípios, notadamente quanto à proporcionalidade e razoabilidade, a fim de evitar que a crescente pluralidade e ambivalência levem à perda de orientação, e à situação de anomia, combustível para o recrudescimento da conflitualidade social.”*

<sup>3</sup>LOPES - José Reinaldo de Lima - *Raciocínio Jurídico e Economia* - Revista de Direito Público de Economia RDPE - Belo Horizonte ano 2- n. 8 - pgs 137 a 170- out/dez 2004

ocorra num tempo hábil, suficiente para garantir a efetiva reparação da lesão, o que implica em assim assegurar a solução também dos conflitos que envolvem questões de justiça distributiva na área trabalhista.

Como bem ressaltou o Ministro Celso de Mello<sup>4</sup> se “o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstando-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Dêsse *non facere* ou *non praestare* resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público”. Ora, como guardião da Constituição em vigor, o Poder Judiciário, inclusive o Trabalhista, não pode deixar de reconhecer a crescente necessidade da jurisdicionalização de uma gama maior de conflitos, e seu dever de apresentar soluções revestidas da devida funcionalidade, mediante a aplicação dos princípios.

Neste sentido, pondera Luiz Roberto Barroso,<sup>5</sup> que a “interpretação dos fenômenos políticos e jurídicos não é um exercício abstrato de busca das verdades universais e atemporais”, constituindo-se em produto de uma época e de um determinado momento histórico. Assim, “herdeiros de uma tradição autoritária e populista, elitizada e excludente, seletiva entre amigos e inimigos e não entre certo e errado, justo ou injusto-

mansa com os ricos e dura com os pobres, chegamos ao terceiro milênio atrasados e com pressa”, constatando que a “redemocratização no Brasil impulsionou uma volta ao Direito”.

Ademais, o contexto de fragmentação, ambivalência e ambigüidade, como o que estamos vivendo, facilita a atuação de poderosos mecanismos ilícitos de controle social, que se processam de forma sutil e difusa, o que dificulta sua detecção, de modo que só se tornam visíveis quando já ostentam grandes proporções. Assim, ao lado do reconhecimento da dimensão coletiva, que permeia inúmeros conflitos, se afigura absolutamente necessário preservar um núcleo inalienável, que reveste cada pessoa e lhe confere uma identidade ímpar, de sujeito de direitos, cuja efetividade deve ser garantida, independentemente de pertencer, ou não, a determinado movimento coletivo ou social, pois só assim estará preservada sua atuação como cidadão, não se podendo deixar de considerar sua condição de titular dos direitos econômicos, sociais e culturais, que “passaram a integrar as constituições, ao lado dos direitos

civis e políticos, que já faziam parte das cartas magnas surgidas no século XIX”, como relembra Lewandowski<sup>6</sup>.

Destarte, se o século XIX está marcado pelo reconhecimento dos direitos civis, e o século XX dos direitos sociais, o século XXI enfrenta o desafio de conferir funcionalidade a ambos, tanto no plano individual, quanto no plano coletivo, de maneira que o

*“Destarte, se o século XIX  
está marcado pelo  
reconhecimento dos  
direitos civis, e o século XX dos  
direitos sociais, o século XXI  
enfrenta o desafio de conferir  
funcionalidade a ambos, tanto  
no plano individual,  
quanto no plano  
coletivo...”*

<sup>4</sup>MELLO, Celso de - voto proferido em ADPF 45 - págs. 2/3

<sup>5</sup>BARROSO, Luiz Roberto - *Fundamentos Teóricos e Filosóficos do novo Direito Constitucional Brasileiro* in - Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional - vol 1 - ano 2001 - págs 16 a 59

<sup>6</sup>LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo - *A formação da Doutrina dos Direitos Fundamentais* - Revista da Faculdade de Direito da USP - São Paulo - vol. 98 - ano 2003 - págs. 411 a 422.

movimento dialético, necessário para a aferição dos parâmetros da normatividade, tem a sua complexidade aumentada, o que implica em superar a perspectiva maniqueísta, e considerar o movimento multipolar, trazido pelos diversos interesses em jogo.

Daí a necessidade de fazer valer a força dos princípios, balizadores deste movimento, que vão atuar como marcos de resistência, evitando os extremos do fundamentalismo e da precarização, que vêm exaurindo a força da normatividade na sociedade contemporânea.

Isto porque o Estado pode, mas não pode tudo. As entidades coletivas podem, mas não podem tudo. As corporações podem, mas não podem tudo. As regras econômicas embasadas na necessidade/privação/escassez de meios podem, mas não podem tudo.

Há um núcleo inalienável, que pertence a cada pessoa, sem o qual ela deixa de existir como sujeito de direitos e se transforma em súdito, em objeto a ser manipulado pelos desejos e interesses de outrem. É esse o núcleo que os princípios preservam no mundo do trabalho, independentemente de existir um vínculo de natureza empregatícia, ou não.

Destarte, quanto ao **direito material**, a questão afeta à delimitação do tempo de duração do período de trabalho, por exemplo, não pode ser abordada de forma exclusiva apenas para o contrato celetista, devendo abranger também outras relações de trabalho, de natureza jurídica diversa, pois o princípio da dignidade, que a Constituição assegura a qualquer pessoa, implica em garantir a todo homem que trabalha um tempo livre, necessário para manter sua integridade psicológica e emocional, a fim de possibilitar a convivência que fortalece os laços

afetivos, assim garantindo sua condição de pessoa única. O mesmo ocorre no que se refere ao cumprimento das regras de medicina e segurança no ambiente em que se trabalha, à impossibilidade de reduzir unilateralmente os pagamentos ajustados, pois tem a ver com a preservação deste núcleo, que vai nortear a aplicação do princípio protetor.

Tal princípio também atua como diretriz no **direito processual**, desta vez focado para a proteção do devido processo legal, nestes termos balizando as regras que estabelecem o exercício do contraditório, o di-

reito de produzir provas, a efetiva observância das formas instituídas como substância do ato, a fim de preservar a segurança jurídica, bem como o efetivo acesso à jurisdição, com a manutenção do *jus postulandi* nos parâmetros já estabelecidos pelo processo trabalhista, independentemente do objeto da ação versar sobre uma relação de emprego, ou de trabalho em sentido amplo.

O escopo é impedir que um ser humano, só porque depende de seu trabalho para sobreviver, seja apo-

derado e controlado por outro homem, por uma instituição, ou por uma corporação, e tenha amplamente garantido seu direito de ter voz, e poder manifestar-se junto aos poderes constituídos, notadamente o Judiciário Trabalhista.

Assim sendo, sua anterior configuração, atrelada a um modelo único de vínculo subordinado celetista, deve alçar novo patamar após a edição da Emenda Constitucional 45, face a ampliação dos tipos contratuais abrangidos pela nova competência. Deste modo, a aplicação dos princípios não pode mais se manter atrelada apenas à perspectiva traçada pelas situações clássicas de

*"O escopo é impedir que um ser humano, só porque depende de seu trabalho para sobreviver, seja apoderado e controlado por outro homem, por uma instituição, ou por uma corporação, e tenha amplamente garantido seu direito de ter voz, e poder manifestar-se junto aos poderes constituídos, notadamente o Judiciário Trabalhista."*

subordinação, num quadro marcado por relações de trabalho cada vez mais abrangentes, que redimensionam o conceito de subordinação para a idéia de dependência econômica, ampliando o leque das situações que demandam a construção de um novo padrão paradigmático de normatividade, que não prescindir do princípio da proporcionalidade e do juízo de ponderação.

Cabe ao Direito do Trabalho a difícil, mas também prazerosa e edificante tarefa, de instituir novos parâmetros de normatividade, que possibilitem a atuação mais funcional do sistema, para que os princípios possam atuar como diques de resistência, superando a era dos extremos, que marcou o século XX, evitando tanto a precarização, quanto o fundamentalismo.

No Brasil, este debate se apresenta particularmente interessante, pois está mais do que na hora de superar o célebre dilema, tão bem registrado por Vargas, de uma nação dividida entre uns poucos, cuja atuação se destina a perpetuar uma situação de privilégio, minoria ruidosa que faz valer um direito que não tem, e a imensa maioria silenciosa, que ignora seus direitos e não sabe a força que tem.

Assim, se de um lado é preciso resgatar a importância dos valores, para que não se percam em contingências que levam à fragmentação, por outro lado, é preciso considerar que tais valores não podem ser lidos sob um viés de univocidade, numa sociedade em que os conflitos ocorrem de maneira multipolar. Neste contexto, a interpretação dos valores, expressos nos princípios fundamentais como reitores do direito material e processual, também deve atentar

para as condicionantes históricas e sociais, balizadas pela ponderação, que possibilita o máximo de legitimidade e efetividade, bem como a necessária adequação da norma às especificidades da realidade fática que visa regular.

Como bem ressalta Foucault<sup>7</sup>, a garantia dos direitos fundamentais se revela imprescindível para a constituição de uma ética, que possa sustentar a edificação do sujeito, o que implica em considerar as relações de poder, a partir do confronto das estratégias de poder/resistência. Assim, o desafio é reduzir os instrumentos de objetivação, que conduzem o homem à condição de objeto, "um corpo dócil e útil", ampliando o manejo dos instrumentos de subjetivação, que impulsionam o sujeito para a formação de uma identidade, estimulando as relações que transformam indivíduos em atores sociais.

Neste momento em que as instituições brasileiras enfrentam o ponto mais crítico de seu teste de resistência, o debate que visa resgatar a importância dos princípios fundamentais, escancara a toda a nação um dilema

que, finalmente, terá que resolver: ou assume de vez o mito de Macunaíma, definido por Mário de Andrade como o *herói sem caráter*, sem civilização e sem consciência, um Brasil *engolido por si mesmo* como alertava Darci Ribeiro, ou o supera de vez, e passa a entender que o desenvolvimento só virá quando aprender o que significa *viver com caráter, viver com princípios, assim garantindo* o ambiente necessário para que a nação atinja sua maioridade institucional.

O Poder Judiciário Trabalhista, guardião constitucional do trabalho como

*"Cabe ao Direito do Trabalho a difícil, mas também prazerosa e edificante tarefa, de instituir novos parâmetros de normatividade, que possibilitem a atuação mais funcional do sistema, para que os princípios possam atuar como diques de resistência, superando a era dos extremos, que marcou o século XX, evitando tanto a precarização, quanto o fundamentalismo."*

<sup>7</sup>FONSECA, Márcio Alves - "Michel Foucault - e a constituição do sujeito" - EDUC - Editora da PUC - SP-2003.

valor fundante desta República, pode contribuir de forma decisiva para a efetiva concreção dos princípios como marcos de resistência, destinados a preservar os direitos de personalidade do indivíduo, e sua atuação como sujeito de direitos numa sociedade democrática.

Neste sentido, deve ser trazido à colação o pensamento de Robert Alexy<sup>8</sup>, notadamente quanto à distinção entre regras e princípios, pois relevante quando se trata de direitos fundamentais.

Explica que tanto os princípios, como as regras, são normas, pois ambos estabelecem o que deve ser. Entretanto, há importantes fatores de distinção, entre os quais se deve destacar:

**1 - generalidade** - os princípios detêm alto grau de generalidade, enquanto as regras tem nível baixo. É da natureza do princípio não ser determinado, porque não está referido nas especificidades concretas da realidade fática. As regras contêm determinação explícita.

**2 - graduação e diferença qualitativa** - os princípios se apresentam como mandatos de otimização, que podem ser cumpridos de diferentes maneiras e, em diversos graus, dependendo das possibilidades reais e jurídicas. As regras só podem ser cumpridas de uma única maneira, exatamente como determinado.

Deste modo, a colisão entre regras se processa no campo da validade. O resultado é que só uma pode ser considerada válida, e a outra não.

Já a colisão dos princípios ocorre no campo da extensão, porque só há colisão entre dois princípios igualmente válidos. Assim, a solução só pode ser obtida mediante o sopesamento dos interesses contrafeitos, o que leva a necessidade de ponderar bens

opostos, avaliando, numa determinada circunstância, qual bem deve ser prioritariamente protegido. Por isso, exige uma análise mais abrangente, que inclui também questões de moralidade pública. Na verdade, quando se trata de princípios, não se fala da ocorrência de uma colisão, mas de um "campo de tensão", em que dois princípios conduzem a uma contradição, o que significa que cada um limita a possibilidade de cumprimento do outro.

Esta situação não é solucionada declarando que um é válido, e o outro não. Tampouco pode ser resolvida introduzindo uma exceção em um deles, de maneira que em todos os casos futuros esse princípio tenha que ser assim considerado.

A solução da colisão consiste em que, tendo em conta as circunstâncias do caso, se estabelece entre os princípios uma relação de precedência condicionada. Essa precedência condicionada consiste em que, levando em conta o caso concreto, se indicam as condições, sob as quais um princípio vai preceder a outro. Se ocorrerem outras condições, a questão da precedência pode ser resolvida de forma diferente. Ensina Alexy, que o "conceito de relação de precedência condicionada permite uma resposta simples. O princípio P1 tem, em um caso concreto, um peso maior do que o princípio P2, quando existem razões suficientes para que P1 preceda P2, sob as condições C, aferidas num determinado caso em concreto"

Assim, a precedência se estabelece em relação ao bem que não pode ser sacrificado naquelas circunstâncias, sendo que este raciocínio deve ser solidamente fundamentado, para que possa repetir-se *ceteris paribus*; a fim de se preservar a segurança jurídica.

Como princípios são mandatos de otimização, não existem relações absolutas de precedência. Ademais, como não se

<sup>8</sup>ALEXY, Robert - *Teoría de los derechos fundamentales* - Centro de Estudios Constitucionales - Madrid 1993 - págs 82 a 93 - 98 a 105 - 111 a 121 e 142 a 150.

trata de uma questão de validade/revogação, se referem a ações e situações que não são quantificáveis, ou seja, não se trata de 1+1, mas qualificáveis, sendo preciso pesar 1 e 1, pois o que tem valor não é medido, mas ponderado.

Os princípios indicam que algo deve ser realizado na maior medida possível, tendo em vista as peculiaridades das circunstâncias fáticas que configuram o caso concreto. Não contêm mandatos definitivos, só *prima facie*. Ademais, carecem de conteúdo de determinação com respeito aos contrapostos, de modo que, em relação a estes, não podem ser utilizadas as mesmas ferramentas que usamos em relação às regras.

Destarte, a interpretação dos princípios, por sua própria natureza, exige a aplicação do critério da proporcionalidade, o que implica em considerar suas três máximas principais (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito - ou ponderação propriamente dita). Quando aplico o critério da ponderação, tenho como escopo otimizar a possibilidade jurídica. Quando aplico os critérios da adequação e necessidade, - tenho como escopo otimizar a possibilidade fática

## 5 A RESISTÊNCIA AOS EXTREMOS

Garantir a funcionalidade dos princípios é impedir que se concretize um dos grandes riscos da atualidade, que consiste em transformar a nação brasileira numa sociedade de estamentos, constituída por súditos desapossados do direito de voz, condenados a uma *capitis deminutio*, que os impede de ser considerados individualmente como sujeito em si, sempre dependentes de uma grande organização, associação, ONG, ou seja lá o que for, para poder fazer valer seus direitos, que assim deveriam ser reconhecidos diretamente pelo Estado, sem a necessidade de qualquer intermediação.

Assegurar a efetividade dos princípios é garantir que possam ser utilizados como instrumentos de defesa, necessários para impedir a diluição do lugar do cidadão num

emaranhado de interesses, diluídos sob os mais diversos e diferentes matizes, que operam de forma sub-reptícia, muitas vezes travestidos como bandeiras de luta de causas coletivas, que não se entende muito bem, mas se defende para evitar ser considerado ignorante, numa sociedade marcada pelo paradoxo, em que muitos ignoram tudo, mas fazem de conta que entendem de tudo. É uma situação extremamente conveniente para alguns, os que detêm conhecimento do que efetivamente acontece, e do que realmente está em jogo. Tal situação, entretanto, acentua a submissão e escravidão dos demais, mantendo o cidadão num estado de ignorância calculada, o que possibilita a preservação do controle nas mãos de poucos.

Por isso, a aplicação dos princípios fundamentais, agasalhados na Constituição, não pode se restringir a explicações teóricas tecidas em debates, congressos e seminários. Deve ser concretizada nas mesas de audiência, no corpo das sentenças e nos atos de execução, conferindo andamento célere ao processo, para que o provimento jurisdicional ocorra em tempo hábil, e suficiente para reparar a lesão, a fim de desestimular a conduta ofensiva, assim sinalizando que a sociedade não está à deriva, que há parâmetros de conduta, e que estes têm que ser observados, a fim de garantir a sobrevivência do próprio organismo social, como um todo.

É neste contexto que se insere a dignidade da pessoa humana, questão que não pode deixar de ser examinada num artigo que versa sobre princípios, pois está situada na base de sustentação desse novo modelo de normatividade. Com efeito, sua implementação significa garantir ao cidadão um espaço que é só seu, intransponível em face de qualquer outro e de qualquer instituição, porque é o núcleo sobre o qual repousa sua identidade inalienável e intransferível, exigindo que deste mesmo modo respeite este núcleo do outro, sejam quais forem seus interesses ou bandeiras políticas e sociais.

É a idéia, de matriz kantiana, de que cada ser humano é infungível, insubstituível, e por isso não existe legalidade sem ética.

Assim, cada vez mais se torna insustentável admitir que algo possa ser considerado legal e imoral ao mesmo tempo, pela simples e boa razão de que toda legalidade está baseada na moralidade pública, e são os princípios que vão tecer a teia de sustentação de ambos. E isto porque todo o sistema normativo se assenta num sujeito, e no outro que com ele se relaciona.

Ao discorrer sobre o tema da moralidade, Kant<sup>9</sup> explica que há “por fim um imperativo que, sem se basear como condição em qualquer outra intenção, a atingir por um certo comportamento, ordena imediatamente este comportamento. Esse imperativo é categórico. Não se relaciona com a matéria da ação e com o que dela deve resultar, mas com a forma e o princípio de que ela mesma deriva; e o essencialmente bom na ação reside na disposição (*gesinnung*), seja qual for o resultado. Este imperativo pode chamar-se o imperativo da moralidade”.

Abordando a importância deste conceito, Otfried Hoffe<sup>10</sup> ressalta que a ética da autonomia e do imperativo categórico, como posto por Kant, “apresenta o mais importante contramodelo à ética utilitarista dominante”. Esclarece, que o conceito kantiano de Direito considera legítimas “apenas aquelas prescrições jurídicas que garantem, conforme leis estritamente universais, a compatibilidade da liberdade de um com a liberdade de todos os outros. Esse critério constitui, na esfera da Doutrina do Direito, o verdadeiro equivalente do imperativo categórico na ética (doutrina da virtude). Ele obriga a comunidade de liberdade externa a cumprir a legalidade universal, do mesmo

modo que o imperativo categórico obriga a vontade pessoal a cumprir as máximas auto-impostas.”

Aduz, em relação aos direitos humanos, que para Kant a “liberdade não é adquirida. Ela compete ao homem antes de todos os atos jurídicos, ela lhe é congênita (em sentido jurídico, não biológico). Mas, como precisa Kant, congênita não é a liberdade ilimitada, mas só aquela liberdade externa que é compatível com a mesma liberdade de todo outro, segundo leis universais”, de modo que o princípio da dignidade da pessoa humana assim deve considerar, sem cair no extremo do fundamentalismo.

Este debate se reveste de inequívoca atualidade, quando são analisados os princípios formadores do direito material e processual do trabalho, num momento em que a justiça distributiva deixou de ser um compartimento separado da justiça comutativa, nem está mais confinada ao campo da ação política, tendo se infiltrado de forma decisiva nos conflitos jurídicos trabalhistas.

Lembra Lima Lopes<sup>11</sup>, que há uma “volta das disputas distributivas ao primeiro plano do discurso jurídico, por força do constitucionalismo social”. Neste cenário, a “doutrina jurídica, acostumada a duzentos anos de silêncio sobre as distribuições, viu-se obrigada a incorporar outra vez – coisa ainda não feita adequadamente – a teoria dos bens coletivos, a teoria da proporção nas partilhas, a teoria das atividades finalísticas, temas todos exilados do pensamento jurídico desde o século XVIII”

Como já ponderava Jellinek “ao redor de dois pontos cadentes gira toda a vida do gênero humano: o indivíduo e a coletividade. Compreender a relação entre ambos, unir harmoniosamente estas duas grandes

<sup>9</sup>KANT, Immanuel - *Textos selecionados* - seleção de Marilena de Souza Chauí - traduções de Tanis Maria Bernkopf, Paulo Quintela, Rubens Rodrigues Torres Filho - Abril Cultural - São Paulo - 1980 - *Fundamentação da Metafísica dos Costumes* - segunda seção - pág 127

<sup>10</sup>HOFFE, Otfried - *Immanuel Kant* - tradução de Christian Viktor Hamm e Valerio Rohden - Martins Fontes - São Paulo - 2005 - págs 240/241/242

<sup>11</sup>LOPES, Lima - *As palavras e a lei* - obra citada - pag 152

potências que determinam o curso da história, pertence aos maiores e mais árduos problemas com que a ciência e a vida se deparam. Na ação, como no pensamento, prepondera ora um, ora outro dentre esses fatores”

Ao abordar os desdobramentos do conflito social em movimento, Guy Groux<sup>12</sup> destaca que a contradição existente entre interesse geral, e particular, se situa no centro desse questionamento, envolvendo mobilizações coletivas e legitimidade de atuação dos diferentes atores envolvidos.

O entrelaçamento, e balanceamento, de diversos pólos de interesses, que regem a vida em sociedade, desbordam os limites da Política, e se inserem nas entranhas do debate jurídico da atualidade. É por isso que a construção de um Estado social, mediante a incorporação de direitos sociais e trabalhistas, como fundamentais, leva a um movimento pendular, entre a politização da justiça numa ponta, e a judicialização da política em outra ponta, abrindo a intersecção entre justiça comutativa e justiça distributiva, que passam a atuar como vasos comunicantes. O indivíduo não está situado na coletividade como mero espectador. Com esta constantemente interage, como bem ressalta o filósofo Merleau Ponty, ao tentar dissecar o dilema do homem contemporâneo.

Deste modo, se no início os princípios constitucionais foram considerados como uma coleção de diretivas, destinadas apenas a balizar a conduta do legislador, hoje é diferente.

Com efeito, é reconhecida sua força normativa, cuja observância pode ser judicialmente exigida, para tanto considerada como fundamento das razões de decidir, assim guiando a atividade jurisdicional, e outorgando ao juiz um campo de atuação muito mais abrangente, na complementação do próprio enunciado normativo, para tanto se valendo do marco axiológico ali fixado, a fim de enfrentar as limitações apresentadas pela reserva do possível.

Neste caminhar, não se pode deixar de considerar que há valores fundamentais, afetos à dignidade da pessoa, que não tem preço, nem são passíveis de mensuração econômica, e assim deve continuar a ocorrer, quando se tratar de direitos que envolvem questões de cidadania e de preservação da personalidade de cada indivíduo, pois o Estado tem, perante os cidadãos, não só obrigações de abstenção, mas também obrigações positivas, de modo que a questão jurídica está intimamente imbricada com a questão política, quando se trata de analisar demandas que envolvem justiça distributiva.

De todo modo, o grande risco a ser evitado, é limitar-se a uma análise obsoleta dos princípios, assim reduzindo-os a um papel meramente honorífico, em face dos quais se tecem ardentes elogios para, logo em seguida, ser prontamente esquecidos, em decorrência da impossibilidade de concreção.

Como bem observa Bonavides<sup>13</sup>, o estado social “por sua própria natureza é um Estado intervencionista, que requer sempre a presença militante do poder político nas

*“De todo modo, o grande risco a ser evitado, é limitar-se a uma análise obsoleta dos princípios, assim reduzindo-os a um papel meramente honorífico, em face dos quais se tecem ardentes elogios para, logo em seguida, ser prontamente esquecidos, em decorrência da impossibilidade de concreção.”*

<sup>12</sup>GROUX, Guy - Le conflit en mouvement - débat avec Michel Wieviorka-questions de politique - Responsable éditorial Benoit Chantre - Hachette Livre - Department Hachette référence - 1996 pág 87

<sup>13</sup>BONAVIDES, Paulo - Do Estado Liberal ao Estado Social - 7 edição - Malheiros Editores - pág. 200 e seguintes

esferas sociais, onde cresceu a dependência do indivíduo, pela impossibilidade em que este se acha, perante fatores alheios a sua vontade, de prover certas necessidades existenciais mínimas". Daí o movimento de judicialização da política, que ocorre para impedir a anulação de indivíduo, e garantir-lhe um espaço de atuação autônoma, a fim de preservar sua condição de cidadão, evitando que seja reduzido a simples massa de manobra de interesses setoriais e grupais, habilmente travestidos de públicos, por aqueles que detêm acesso privilegiado a certas fontes de informação.

Neste contexto, pondera Eduardo Russo,<sup>14</sup> é que a modernidade se apresentou como uma desmistificação do saber antigo, enquanto a pós-modernidade adota uma atitude desmistificadora dessa desmistificação, demonstrando a importância do debate acerca da construção e implementação de um novo modelo de normatividade jurídica, o que implica na edificação de novos conceitos de racionalidade, permeáveis a critérios de razoabilidade, cuja definição deixa de ser unívoca.

Deste modo, há uma valorização da idéia de razão hermenêutica, considerando as peculiaridades, e as circunstâncias, que tornam uma solução melhor do que a outra em determinados casos, sem que tal configure uma antinomia, como se entendia no passado.

Assim, o fenômeno da judicialização se torna explícito na seara trabalhista, pois o direito do trabalho já nasceu comprometido com a transformação social, calcado numa gênese híbrida, marcada pela interlocução constante entre o individual, o coletivo e o público, seara dentro da qual deve ser preservada a supremacia do Estado de Direito, imprescindível para garantir a dignidade

da pessoa humana, não apenas como valor sociológico e filosófico relevante, mas como bem da vida agasalhado na esfera normativa, cuja observância pode ser exigida em qualquer Juízo ou Tribunal.

Neste caminhar, a ética e a justiça constituem valores inerentes a esse novo modelo de normatividade jurídica, conferindo-lhe legitimidade e sustentando sua eficácia, ao estabelecer que no mundo do trabalho todos os homens devem ter o mesmo valor, independentemente das circunstâncias sociais e condições econômicas, e por isso deve ter reconhecida sua autonomia, como sujeito de direitos. Neste ponto há um imbricamento dos direitos fundamentais com o princípio da dignidade, reitor tanto do direito material, quanto processual, que se expressa no respeito à condição de ser humano, como um bem em si, impedindo que "sua vida, ou sua integridade seja substituída por outro valor social", por mais relevante que se apresente, como ressalta Eusébio Fernández García<sup>15</sup>. Trilhando a senda aberta por Karl Larenz, chama a atenção para a idéia de que o princípio fundante do Direito, que sustenta toda a força normativa do ordenamento, é o "respeito recíproco", que se manifesta pelo respeito à dignidade da pessoa do outro, e seus conseqüentes desdobramentos quanto a manutenção da vida, integridade física, autonomia de ação, liberdade de ir e vir, entre outros que lhe são subjacentes.

Ao analisar o humanismo cosmopolita de Kant, Fernando Alonso<sup>16</sup> ressalta estar fundado sobre o pressuposto de que cada homem é um fim em si mesmo, concentrando uma dualidade ética e civil, quer dizer "uma dupla dimensão privada e pública", que de um lado possibilita sua atuação transcendental e, de outro lado, que consiga adaptar-se às múltiplas contingências e

<sup>14</sup>RUSO, Eduardo Angel - *Teoria General del Derecho - en la modernidad y en la posmodernidad* - Abeledo - Perrot - Buenos Aires - Argentina - 1997- pags 31/32 - 318 a 325 e 350 a 352.

<sup>15</sup>GARCÍA, Eusébio Fernández - *Dignidade Humana e Ciudadania Cosmopolita* - Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas - Universidad Carlos III - Editorial Dykinson - Madrid - Espanha - 2001 - pags. 20 a 28

<sup>16</sup>ALONSO, Fernando H. Llano - *El humanismo cosmopolita de Immanuel Kant* - Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas - Universidad Carlos III - Editorial Dykinson - 2002 - pag. 45 e seguintes - Madrid - Espanha

contradições do mundo empírico em que vive, idéia matriz que vai sustentar a democracia; o Estado de Direito, a universalidade dos direitos humanos. Deste modo, quando ocorre a violação de qualquer direito humano, em um ponto da Terra, isto provoca um efeito dominó e atinge os demais, conceito que se revela importante nos dias de hoje, ao ressaltar a necessidade de impulsionar uma "cultura cosmopolita", que fixa paradigmas baseados em pressupostos éticos universais.

Neste sentido, Rafael de Asís<sup>17</sup> destaca a conexão entre Estado de Direito e moral, pois se "trata de uma tomada de posição sobre o que se entende por Direito justo", e também em alguns casos sobre a legitimidade do poder estatal, com consequência direta sobre os níveis de observância e efetividade da norma editada. Em outra obra, o mesmo autor<sup>18</sup> resalta que a atuação dos direitos fundamentais, como limites ao poder, tem "como ponto de referência a preservação de um espaço de liberdade", que funciona como trincheira de resistência contra os abusos de outrem, ou contra os excessos da organização e atuação do poder estatal.

Como já ressaltava Pontes de Miranda<sup>19</sup>, os "sistemas jurídicos são sistemas lógicos, compostos de proposições que se referem a situações da vida, criadas pelos interesses mais diversos". Mediante a implementação dessas regras, o homem consegue diminuir "o arbitrário da vida social, a desordem dos interesses, o tumultuário dos movimentos humanos à cata do que deseja, ou do que lhe satisfaça algum apetite".

Ao ser desafiado pelos conflitos que envolvem questões de justiça distributiva, notadamente as referentes ao mundo do trabalho e da geração de renda pela atividade

laboral, o Poder Judiciário trabalhista é chamado a atuar de forma mais incisiva quanto a efetividade de suas decisões. Tal se reveste de relevância quando o modelo do estado de bem-estar entra em crise, e as relações de trabalho passam a sofrer alterações estruturais importantes.

Com efeito, a escalada da terceirização, o aumento do subemprego, o aumento da economia "informal", a acentuada "desresponsabilização do capital", que exige a transformação do trabalhador em "pessoa jurídica", a crescente dificuldade em executar os créditos trabalhistas pela impossibilidade de localizar bens passíveis de constrição, geralmente espalhados pelo devedor em nome de "terceiros", demanda um repensar na conceituação, e na aplicação dos princípios, para que as normas de direito material e processual do trabalho se revistam de maior eficácia, atingindo um universo cada vez mais amplo de trabalhadores, mesmo fora do regime celetista, cujos interesses também devem ser tutelados, com a adequada aplicação do princípio da proteção, consonante com as novas especificações da realidade fática.

Neste contexto, os princípios que sempre se apresentaram como estruturantes para o direito trabalhista, devem considerar novos questionamentos, não só sob a ótica da justiça comutativa, mas também da justiça distributiva, exigindo do juiz uma análise mais ampla de suas implicações, não apenas no que se refere aos elementos que devem ser considerados para a formação da convicção e do convencimento mas, também, das repercussões das decisões no meio em que o conflito está instalado, o que na seara trabalhista, via de regra, desborda a via estreita das partes processuais.

Assim sendo, se afigura insustentá-

<sup>17</sup>ASÍS, Rafael - *Uma aproximación a los modelos de estado de derecho* - Editorial Dykinson - Madrid - 1999 - pags 144 e seguintes.

<sup>18</sup>ASÍS, Rafael - *Lãs paradojas de los derechos fundamentales como limites al poder* - Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas - Universidad Carlos III - Editorial Dykinson - 2000 - pag. 26 - Madrid - Espanha

<sup>19</sup>PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti - atualizado por Wilson Rodrigues Alves - Tomo I - Editora Bookseller - 2 edição - 2000 - págs. 13 e seguintes.

vel a interpretação unívoca dos princípios, sob pena da aplicação efetiva, da diretriz por eles esposada, se tornar impossível, por se apresentar desatrelada da realidade fática, cuja apreciação é submetida ao Judiciário. E não há nada mais desagregador para o sistema jurídico, e também para o sistema político, do que condenar um princípio à esterilidade.

O modelo jurídico, inaugurado com o movimento de codificação dogmática, que se solidificou com vigor no século XIX, chegou ao fim, incapaz de oferecer as ferramentas necessárias para enfrentar os novos desafios, apresentados pela intensificação dos conflitos, de natureza comutativa e distributiva, na sociedade contemporânea.

A construção de um novo modelo de normatividade só pode ser obtida com a devida aplicação dos princípios, trincheira de resistência contra os insustentáveis extremos. Para tanto, deve responder ao desafio de debelar, de um lado a avassaladora tendência de precarização, que anula o homem como pessoa, de outro lado um insustentável fundamentalismo, que pretende considerar uns (os de sempre), mais dignos que os outros.

## 6 CONCLUSÃO

É neste momento, que este país tem a chance de transformar as relações de trabalho, e construir uma nova mentalidade, extirpando as idéias justificadoras da sujeição e da escravidão que, infelizmente, têm se mantido até hoje em todos os níveis.

Tal irá exigir o necessário reconhecimento da importância dos princípios.

O Estado de Direito é, em sua essência, um estado sustentado por princípios, que dão suporte à legitimidade das regras. Neste sentido, o disposto no artigo 1º da Constituição Federal em vigor, que considera o trabalho como valor fundante de uma sociedade republicana e democrática, deve permear todas as estruturas, independentemente de se tratar, ou não, de um vínculo celetista.

Entretanto, não pode ser aplicado de uma mesma forma, para situações fáticas distintas. Superada a antiga divisão entre direito civil e direito do trabalho, como bem explicitou a recente EC 45/2004, é imperiosa a edificação de um novo modelo de normatividade. Para tanto, a atuação judicial e a participação efetiva do juiz se revela imprescindível, notadamente em se tratando do juiz trabalhista, ante a necessidade de construir novo suporte doutrinário e jurisprudencial, mais compromissado com a vida, pois é o homem real e seus conflitos de toda ordem, e não o idealizado, que efetivamente importa para o direito.

E qual é o norte?

O norte é a preservação dos princípios, e sua necessária efetividade, que deve ser garantida no anonimato do dia a dia, da vida marcada pelo cansaço do passo mantido na luta pela sobrevivência, pois são eles que constituem o verdadeiro marco de resistência, necessário para a sustentação do lugar do cidadão, e para o exercício de seu direito a uma vida decente, livre dos estados de sujeição, a quem quer que seja.

Tal questão se torna importante no momento atual, em que a sociedade brasileira se encontra dividida, dilacerada, ferida pelos alarmantes índices de violência, que tornam o cidadão vítima da impotência e presa fácil do burocrata de plantão.

Uma sociedade que aparentemente aceita tudo, justifica tudo, permite tudo, engole tudo, em que tudo vale. Que, entretanto, na verdade não aceita nada, não justifica nada, não permite nada e, portanto, nada vale, formada por gente cabisbaixa e sem nome, a quem foi furtada a condição de sujeito. Uma sociedade em que cresce a ditadura do coletivo, habilmente manipulado por uns poucos, que se arvoram em representantes dos demais, dos quais pretendem se apossar do direito de voz.

Uma sociedade solta no ar,  
que tem medo  
da reflexão,  
do silêncio,  
do compromisso,  
seja ele qual for.

Não há Direito sem compromisso.

Uma sociedade em que a rejeição da dogmática jurídica se converteu num novo dogma, resposta pronta e acabada para tudo que está ocorrendo, panacéia curativa para todos os males, repetida à exaustão como um mantra sagrado, mesmo por aqueles que não têm a menor idéia do que isso quer dizer, assumindo tal proporção que corre o risco de transformar o juiz num ser poroso, facilmente permeável aos *humores*, às *ondas*, que balançam ao sabor dos ventos e contextos, pouco importando se detém, ou não, a necessária relevância.

Ora, isso é precisamente a negação do fundamento.

Fundamento é  
o que permanece,  
o que sustenta,  
o que se mantém,  
apesar dos contextos,  
das ondas,  
dos humores.

A hora é de mais ponderação.  
Menos fundamentalismo.  
Menos excesso.  
Mais equilíbrio

Não vamos construir alternativas, nem oferecer soluções, criticando os que vieram antes, ou os que pensam diferente e enxergam outras perspectivas.

A diferença, a diversidade, a antítese, apesar de muitas vezes dolorosa, é vital para a construção da síntese, para a manutenção da dialética, que alimenta o Direito.

O embate precisa do outro, do contrário, da contundência, do recrudescimento, para que da fricção resulte o fogo que vivifica, a luz que aclara os caminhos.

A nivelção forçada sob um determinado parâmetro, como o único certo, sempre levou à esclerose do pensamento, ao apequenamento do homem.

Daf a necessidade de revisão contínua do que está posto, e sua readequação

aos contextos novos, para garantir ao cidadão que trabalha uma vida decente.

Uma *juris prudentia*, a ser construída pelo juiz, se revela imprescindível para possibilitar o equilíbrio entre o individual, o coletivo e o social, com a necessária interlocução entre os princípios de justiça comutativa e de justiça distributiva, não só na busca de soluções para os problemas que envolvem o direito material, mas também na pavimentação dos caminhos, necessários para conferir maior efetividade ao direito processual do trabalho.

## BIBLIOGRAFIA

LOPES, José Reinaldo de Lima. *As palavras e a lei*. São Paulo: Editora 34 Ltda - Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, 2004

\_\_\_\_\_. *Raciocínio Jurídico e Economia*. Belo Horizonte: Revista de Direito Público de Economia - RDPC - ano 2.

BAUMAN, Zygmunt - *Modernidade e Ambivalência*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor - 1999 - tradução de Marcus Penchel

MELLO, Celso de - voto proferido in ADPF 45. 2/3

BARROSO, Luiz Roberto. *Fundamentos Teóricos e Filosóficos do novo Direito Constitucional Brasileiro in - Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional - vol 1- ano 2001*

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo - *A formação da Doutrina dos Direitos Fundamentais*. Revista da Faculdade de Direito da USP - São Paulo - vol. 98 - ano 2003

KANT, Immanuel - *Textos selecionados - seleção de Marilena de Souza Chauí - traduções de Tanis Maria Bernkopf, Paulo Quintela, Rubens Rodrigues Torres Filho*-Abril Cultural - São Paulo - 1980 - Fundamentação da Metafísica dos Costumes - segunda seção

HOFFE, Otfried - *Immanuel Kant* - tradução de Christian Viktor Hamm e Valerio Rohden. São Paulo; Martins Fontes - 2005.

GROUX, Guy - *Le conflit en mouvement - débat avec Michel Wieviorka-questions de politique* - Responsable éditorial Benoit Chantre - Hachette Livre - Departement Hachette référence - 1996

BONAVIDES, Paulo - *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 7 edição. São Paulo: Malheiros Editores

RUSSO, Eduardo Angel - *Teoria General del Derecho - en la modernidad y en la posmodernidad*. Buenos Aires: Abeledo - Perrot - Argentina - 1999

GARCÍA, Eusébio Fernández - *Dignidade Humana e Cidadania Cosmopolita* - Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas- Universidade Carlos III. Espanha: Editorial Dykinson - Madrid - 2001

ALONSO, Fernando H. Llano - *El humanismo cosmopolita de Immanuel Kant*- Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas - Universidad Carlos III - Madrid - Espanha: Editorial Dykinson - 2002

ASÍS, Rafael - *Uma aproximacion a los modelos de estado de derecho* - Editorial Dykinson - Madrid - 1999 - e

\_\_\_\_\_ *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al po Espanha*

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti - atualizado por Wilson Rodrigues ção - 2000.

FONSECA, Márcio Alves - "*Michel Foucault- e a constituição do sujeito*"- SP: EDUC - Editora da PUC - 2003.

ALEXY, Robert - *Teoria de los derechos fundamentales* - Madrid: Centro de Estudios Constitucionales - 1993 - págs 82 a 93 - 98 a 105 - 111 a 121 e 142 a 150



# O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E A PENHORA DE SALÁRIO

FRANCISCO ALBERTO DA MOTTA PEIXOTO GIORDANI\*

**Resumo:** O objetivo deste é o de, demonstrando a evolução e atual importância dos princípios para o direito nos dias que correm, considerados hodiernamente como espécie do gênero norma, ao lado das regras, com especial enfoque no princípio da proporcionalidade, se o mesmo é aplicável entre nós e no que, uma vez afirmativa a resposta, poderia contribuir para a solução da questão enfocada, defender a possibilidade da penhora de salário para a quitação de crédito trabalhista judicialmente reconhecido.

**Sumário:** 1 Apresentação do tema; 2 Rápida visão sobre os Princípios; 3 O Princípio da Proporcionalidade; 4 Da possibilidade da penhora de salário.

**Palavras-chave:** Princípio; Princípio da Proporcionalidade; Penhora; Salário.

## 1 APRESENTAÇÃO DO TEMA

Tema dos mais instigantes e que vem, nos dias que correm, provocando a reflexão dos operadores do direito e com cada vez maior frequência sendo debatido em processos judiciais, é o que diz respeito à possibilidade, ou não, de penhora em contas correntes nas quais sejam creditados salários.

Com denodo e respeitáveis argumentos jurídicos, há os que sustentam, alguns com espantosa energia, que não é possível dita constrição judicial, por provocar incon-

ciliável cizânia com o quanto estatuído no artigo 649, IV, do Código de Processo Civil.

Outros, porém, entendem viável e regular a penhora em contas correntes nas quais estipêndios são depositados, drapejando e cortando os ares com a bandeira do princípio da proporcionalidade, para fundamentar seu posicionamento.

Parece que a primeira corrente se identifica mais com uma visão positivista, e a outra pretende superado tal modo de enxergar.

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

Tenho em que, antes de, propriamente, ferir a questão, necessária uma referência, sucinta, ao momento vivido pelos princípios, seu peso num ordenamento jurídico, se podem fazer mexer a balança a seu favor, quando, no outro prato há uma regra, dispendo, ao menos aparentemente, de modo diverso; em seguida, cumpre verificar se o princípio da proporcionalidade tem voz entre nós, e se ela pode se fazer ouvir em questões como a ora em foco.

Porém, como um tributo certamente devido aos defensores, seja de um, seja de outro dos posicionamentos acima mencionados, gostaria de dizer que, seja qual for o entendimento que se torne em um dado momento majoritariamente aceito, isso representará o resultado do trabalho de todos, pois que o esforço de cada, com os argumentos que traga em prol de seu sentir, é que possibilitará o refinamento e ulterior amadurecimento da questão; com as devidas adaptações, de aplicar-se, também aqui, a irresponsável observação de Maria da Conceição Ruivo, no sentido de que:

*"O que se pode explicar sem um princípio? Quantas e quantas vezes foram desastrosas, na história do homem, a desconsideração pelos princípios?"*

"A riqueza de uma nova teoria não se esgota de modo nenhum no trabalho dos pais fundadores. Segue-se um longo trabalho de elaboração, de maturação, através do qual há uma depuração de toda a ganga inicial, tornada depois desnecessária ou mesmo inconveniente. Analisemos três exemplos.

O primeiro exemplo é o da Mecânica Clássica. É sabido que na ciência de tradição aristotélica não havia distinção entre as noções de força e velocidade, tal como aliás é de uso na linguagem comum (o carro foi com toda a 'força' contra o poste...) ao passo que, no quadro da física newtoniana, força

e velocidade são grandezas distintas, a força é a causa da variação da velocidade... Se é verdade que Newton é o gênio criador da Mecânica Clássica, também é verdade que esta não ficou pronta e acabada com Newton; de fato, ela vai-se tornando um edifício consistente graças ao trabalho continuado de homens como Euler, Bernoulli, Lagrange, Hamilton e D'Alembert.

"(01)

## 2 RÁPIDA VISÃO SOBRE OS PRINCÍPIOS

Ouso convidar, à partida, ao possível leitor, solitário em sua leitura, como eu, aqui e agora, que se deixe envolver pelo encanto e pela magia do vocábulo "princípio", que dê asas ao seu espírito, deixando-o viajar pelo tempo e pelo espaço, vendo, sentindo e sendo levado pelo suave sopro dessa palavra, mais, pelo significado dessa palavra, em tudo o que possa ter ligação com o homem e sua passagem por este mundo; de fato, o que se pode imaginar sem um princípio? O que se pode explicar sem um princípio?

Quantas e quantas vezes foram desastrosas, na história do homem, a desconsideração pelos princípios? Acho melhor parar por aqui, pois meu espírito já está se envolvendo com essas indagações, e preciso me concentrar um pouco mais, para continuar tendo a esperança de contar com a paciência do amigo que se dispôs a meditar comigo sobre o tema objeto destas linhas; depois, voltarei a viajar...

Rubem Alves, com a simplicidade que apenas uma vasta cultura permite, diz que: "princípio", em grego, é palavra filosófica, que significa não apenas 'princípio' no sentido de começo no tempo, mas fundamento, aquilo que é a base do que existe" (02). Por

sua abrangência, conquanto muito concisa, o que, também, apenas um profundo conhecimento acerca do que se fala permite, vale reproduzir a definição de Rodolfo Luis Vigo, que diz: “por princípio, entende-se aquilo do qual algo procede, seja na linha do ser, do obrar ou do conhecer” (03); que não é específico dos tempos atuais o voltar o homem seus olhos para a relevância dos princípios, fica claro com a leitura da seguinte passagem de Manuel Carlos de Figueiredo Ferraz, ao lembrar que: “Os princípios – escreve Sêneca – asseguram a nossa firmeza e tranquilidade, porque simultaneamente abrangem toda a nossa vida e toda a natureza das cousas” (04).

Quero acreditar, então, que não se pode, validamente, imaginar alguma forma e/ou área de conhecimento, para ser como tal considerada, que não implique, não se baseie na existência de princípios; daí já se ter asseverado que:

“A doutrina indica que toda a forma de conhecimento, filosófico ou científico, implica no (sic) existência de princípios. Por essa razão, vem-se percebendo, atualmente, uma dedicação especial dos doutrinadores ao estudo das peculiaridades dos princípios em cada ramo do direito” (05). A mesma senda, muito bem acompanhada por grande mestre, percorre Paula Oliveira Mendonça, como se nota de suas colocações: “Para Miguel Reale, com a autoridade de várias décadas de ensino ‘toda forma de conhecimento filosófico ou científico implica a existência de Princípios, isto é, de certos enunciados lógicos admitidos como condição ou base de validade das demais asserções que compõem todo campo do saber’”(06).

No ponto em que estamos, tenho por interessante trazer à colação os ensinamentos do Professor Manoel Messias Peixinho que, com muita clareza, dilucida:

“Toda ciência se desenvolve e se estrutura a partir de princípios. Princípio é o ponto de partida e o fundamento de um processo qualquer, em que o significado dos dois termos, princípio e fundamento, estão estrei-

tamente relacionados. Neste sentido, não há como falar de determinado pensamento científico sem descobrir os seus princípios, ou seja, sem apreender os postulados lógicos que lhe dão racionalidade”(07).

Em sendo assim, fica fácil concluir, acompanhando o preclaro Rui Portanova, que, por sua vez, valeu-se dos ensinamentos do mestre de todos nós, Celso Antonio Bandeira de Melo, no sentido de que: “violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma” (08), mesmo porque, como já se disse, de modo muito consistente: “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 o sistema, subversão dos seus valores fundamentais, agressão ao seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra”(09).

Com a palavra o grande constitucionalista Paulo Bonavides, que observa, de maneira muito percuciente: “A lesão ao princípio é indubitavelmente a mais grave das inconstitucionalidades porque sem princípio não há ordem constitucional e sem ordem constitucional não há garantia para as liberdades cujo exercício somente se faz possível fora do reino do arbítrio e dos poderes absolutos”(10), bem por isso há concordar com Pietro Lora Alarcón, quando este assevera: “o Estado será tanto mais democrático e de Direito quanto melhor reproduza, na prática, os princípios que o fundamentam”(11), o que poderá contribuir para abrir espaço “visando reforçar um novo Estado Democrático de Direito, na medida que o direito vem sendo distinguido da lei e o primeiro vem se sobressaindo ao segundo, formando uma ordem jurídica que se constitui de valores e princípios onde a lei é apenas um dos componentes integradores da decisão judicial” (sublinhei)(12).

Peço vênia para insistir nesse novo aspecto, nesse novo modo de ver, que leva a um recuo e/ou contenção da absoluta primazia antes emprestada à lei, na e quando da solução de um conflito de interesses; para tanto, de muita relevância a transcrição da seguinte passagem de Alexandre Pasqualini, ao esclarecer que: “a lei apresenta-se tão-só como o primeiro e menor elo da encadeada e sistemática corrente jurídica, da qual fazem parte, até como garantia de sua resistência, os princípios e valores, sem cuja predominância hierárquica e finalística o sistema sucumbe, vítima da entropia e da contradição”(13); logo, “tanto quanto as leis – e mais do que elas –, os princípios são fontes primárias do Direito e integrantes do ordenamento jurídico positivo”(14); daí, há concluir que: “os princípios não são apenas a lei, mas o próprio direito em toda a sua extensão e abrangência”(15), e mais, como diz Aramis Nassif: “lembrando exaustivamente que os princípios, sempre superiores no sistema, mantêm ascendência hierárquica sobre a concretude legal”(16), o que leva a que: “o lugar da legalidade, *rectius* a lei, não está nos dias de hoje colocado no pedestal que ocupava no liberalismo”(17).

O culto Sérgio Ferraz, bem apanhou o que se passa, quanto à importância que se há de atribuir aos princípios e o papel que lhes cumpre desempenhar, iluminando bem o assunto, tomando-se, pois, relevante reproduzir suas observações:

“...os princípios jurídicos não existem tão apenas como afirmações de máximas, que ressoem bem ao ouvido. O princípio filosófico jurídico não é estipulado tão apenas por amor à arte ou ao culto da palavra. Ele tem de preencher uma finalidade. O Direito existe como valor, que tende à realização de

um determinado ideal; e esse ideal é o atingimento da justiça. O Direito existe como uma estruturação cultural, que só se justifica desde o momento em que cumpra a sua vocação, que é a realização do ideal de justiça”(18).

Em sendo assim, bem se compreende sentenciar Fábio Konder Comparato que “os princípios jurídicos são normas superiores” (19); esse asserto, bem é de ver, confere aos princípios a dignidade de norma, o que se harmoniza com a doutrina hoje bem aceita, de que as normas se dividem em prin-

cípios e regras, aqueles com um teor maior de abstração, e por isso mesmo mais maleáveis e que não precisam, necessariamente, ser sempre e sempre aplicados, podendo deixar de sê-lo em dado caso concreto, quando mais de um princípio nele possa incidir, cabendo fixar-se, em tal situação, quando há um conflito entre os princípios em tese aplicáveis, qual há de preponderar, afastando-se o outro que, nem por esse fato, perde sua condição, já que poderá ser observado em outra situação, na qual não haja o conflito

que obstou sua aplicação em determinada hipótese. Com as regras, embora possam ter também uma certa maleabilidade, não é da sua natureza possuí-la na mesma intensidade que um princípio, sendo, ao reverso, do seu normal, ocorrido o fato nela previsto, sua plena incidência, ou seja, conflitos entre regras não são de verificar-se, via de regra, ao menos com idêntica intensidade que os conflitos que possam ocorrer entre princípios, mas numa escala acentuadamente inferior, havendo mesmo os que não vêem as coisas desse modo, entendendo que não há espaço para atritos entre normas, pois o ordenamento jurídico já contém soluções para as possíveis antinomias; já conflitos

*“Peço vênia para insistir nesse novo aspecto, nesse novo modo de ver, que leva a um recuo e/ou contenção da absoluta primazia antes emprestada à lei, na e quando da solução de um conflito de interesses...”*

entre princípios é algo mais natural e, pois, mais freqüente de acontecer.

De tal fato decorre, como salientado por Jane Reis Gonçalves Pereira e Fernanda Duarte Lopes Lucas da Silva, com base no grande Alexy, que "toda norma ou é uma regra ou é um princípio" (20); aliás, ensinamento do mencionado Alexy se encontra também no substancioso artigo de Marcelo Ciotola, *verbis*: "Tanto las reglas como los principios son normas porque ambos dicen lo que debe ser. Ambos pueden ser formulados con la ayuda de las expresiones... Los principios, al igual que las reglas, son razones para juicios concretos de deber ser, aun cuando sean razones de um tipo muy diferente. La distinción entre reglas y principios es pues una distinción entre tipos de normas" (21). Outra não é a senda percorrida por Sérgio Nojirl, ao se posicionar no sentido de que "o vocábulo princípio, para a ciência do Direito, deve revestir-se da qualidade de norma jurídica" (22), para, linhas após, explicitar melhor o conceito de princípio, aduzindo que: "Princípio, como já vimos, é uma norma jurídica que veicula determinados valores que a diferencia das demais regras jurídicas e, por isso mesmo, influi direta ou indiretamente no entendimento dos demais elementos normativos do sistema que com ela se conectam" (23).

Por óbvio, não seria o diferente grau de abstração e/ou de efetividade que seria decisivo para o enquadramento de um princípio como espécie do gênero norma; nesse passo, com a palavra Ana Luísa Celino Coutinho, que diz filiar-se "àqueles que entendem os princípios como espécie do gênero normas, mesmo considerado o seu alto grau de abstração e o seu menor grau de efetividade" (24).

Todos esses ensinamentos de tão renomados juristas, levam-me à forte convicção, já antes manifestada, da importância, cada vez maior, dos princípios no e para o ordenamento jurídico, permitindo ao intérprete, com sua utilização, sair das redes e das armadilhas que, não tão raramente, as leis trazem em si, em seu bojo, já que, sua aplicação, sempre e invariavelmente, a todo e qualquer caso, pode levar a flagrantes injustiças, normalmente em desfavor da parte mais fraca e/ou, conforme o caso, não integrante do Poder Econômico, sempre bem representado pelos parlamentares e governantes do nosso Brasil varonil, e com tal esmero que torna lícita a indagação: o homem simples do povo, aquele que não detinha alguma força (*rectius*: poder econômico) tem, efetivamente, algum representante no Congresso e/ou no Governo ou não, malgrado as aparências e os discursos, comoventes, belos, mas não traduzidos no plano do real, ficando apenas na fala e registros respectivos? Ainda que assim não seja — passe a ingenuidade —, a aplicação da lei, sem considerações outras, às peculiaridades da situação concreta, não pode distanciar-la da aderência que deveria ter a realidade, à vida?

Peço vênias para, aqui, voltar a citar o Professor Paulo Bonavides, que adverte: "Admitir a interpretação de que o legislador pode a seu livre alvedrio legislar sem limites, seria pôr abaixo todo o edifício jurídico e ignorar, por inteiro, a eficácia e a majestade dos princípios constitucionais. A Constituição estaria despedaçada pelo arbítrio do legislador" (25). Como evitar, no âmbito da interpretação e aplicação do direito, ou, se evitar completamente é impossível, minimizar os males que, bem o sabemos, despencam sobre os ombros dos cidadãos

*"...a aplicação da lei, sem considerações outras, às peculiaridades da situação concreta, não pode distanciar-la da aderência que deveria ter a realidade, à vida?"*

brasileiros, da atuação dos nossos parlamentares (insistindo sempre nas exceções, embora lastimando sempre serem exceções)? Pensamos que, para tanto, de muita valia o bom e vigoroso manejo dos princípios.

Poderei, entretanto, ter lançada à face a seguinte objeção: a segurança jurídica, tão relevante, restaria seriamente atingida com esse modo de enxergar as coisas, com essa defesa à utilização intensa dos princípios.

Reconhecendo, embora, o preparo e a cultura de quem fizer semelhante reparo, não me darei por vencido, ao ouvi-lo, e por favor não pensem tratar-se de pura teimosia, longe disso (não estou afirmando que não seja teimoso, o que não vem ao caso, mas sim que, na situação aqui em exame, sinto-me firme no que sustento, pois assim faço com amparo nos ensinamentos de juristas de escol), apenas acredito que a aludida segurança jurídica não restará prejudicada por um denso recurso aos princípios, longe disso, ao reverso, porquanto a consideração pelos mesmos propiciará um desejável equilíbrio, entre a segurança jurídica, que deve ser oferecida pelas regras, e a justiça de um caso concreto; a cargo dos princípios. Com a palavra Luis Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos, aos quais muito devem as letras constitucionais em nosso País:

“O modelo tradicional, como já mencionado, foi concebido para a interpretação e aplicação de regras. É bem de ver, no entanto, que o sistema jurídico ideal se consubstancia em uma distribuição equilibrada de regras e princípios, nos quais as regras desempenham o papel referente à segurança jurídica – previsibilidade e objetividade das condutas – e os princípios, com sua flexibilidade, dão margem à realização da justiça do caso concreto” (26).

Então, ainda que se faça, como neste está sendo feita, abstração do debate acerca de para quem e/ou a quem interessa a tão decantada segurança jurídica e ainda que se considere que os nossos legisladores merecem uma outra idéia, relativamente ao

desenvolvimento de seu trabalho, nem por isso estará abalada e/ou diminuída a relevância que deve ser atribuída aos princípios, no estágio atual dos estudos que se fazem sobre essa questão, eis que, de toda sorte, há reconhecer que a lei, hodiernamente, se aplicada a toda e qualquer situação que a ela se tenha por subsumida, pela complexidade da vida atual, pode fazer com que injustiças e/ou inconstitucionalidades sejam praticadas, daí a necessidade de se fazer uma ponderação, para o que imprescindível o apelo aos princípios, ou, como dito, de maneira irresponsável, pelos já mencionados Luis Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos: “O fato de uma norma ser constitucional em tese não exclui a possibilidade de ser inconstitucional *in concreto*, à vista da situação submetida a exame. Portanto, uma das conseqüências legítimas da aplicação de um princípio constitucional poderá ser a não aplicação da regra que o contravenha” (27), em situações quejandas, os princípios, como diz o Professor Carlos Roberto Siqueira Castro, outro jurista que orgulha as letras constitucionais de nosso País: “teriam o condão de fundamentar uma sentença, e bem orientar o intérprete no sentido da aplicação ou da não-aplicação ao caso de um conceito normativo” (28).

Vistas as coisas por esse ângulo, de inferir-se que aos princípios, por mais maleáveis, cabe a elevada função de temperar o rigor de uma lei, equilibrando, destarte, a previsão geral, com as peculiaridades de uma dada situação particular, o que atende aos anseios de segurança, que não pode significar impermeabilidade às peculiaridades que os fatos e a realidade podem oferecer – e, aí sim, com essa ressalva, poderá ser útil ao direito –, com as necessidades, não menores, nem inferiores, de aderência à realidade social, à vida e as mudanças que estas, a cada momento, trazem à tona; tendo chegado a essa altura do desenvolvimento do pensamento que vem de ser exposto, de evocar o interessante olhar derramado ao tema por Marco Antonio Ribeiro Tura:

“O modelo, assim, de um sistema normativo composto por princípios e por regras tem mais conveniências do que inconveniências (Alexy, 194, p. 174 et seq.; Canotilho, 1999, p. 1089). Ele permite a tensão contínua entre os valores da permanência e da mudança, da previsão e da surpresa, do controle e da resistência, sem se quebrar, como seria o certo com um modelo de sistema normativo formado apenas por regras, fazendo-nos mergulhar na bruta faticidade, e sem se esgarçar, como seria o certo com um modelo de sistema normativo formado apenas por princípios, fazendo-nos voar para a pura validade (Canotilho, 1999, p. 1088 et seq.)” (29); por certo, não será despidendo observar que essa coexistência, entre regras e princípios, a par de imprescindível, não obsta a que estes tenham um maior valor, decisivo mesmo, pois, além de serem “fortes fatores de agregação” (30), “são hoje considerados normas-chaves de todos os sistemas jurídicos, aparecendo nas Constituições contemporâneas como pontos axiológicos de mais alto destaque e prestígio” (31), atuando “como ‘antenas’, captando os principais valores eleitos pelo grupo social” (32), ou seja, conquanto uma (a regra) precise do outro (o princípio), “quando uma regra está em conflito com um princípio, este deve prevalecer”, como bem diz Francisco Fernandes de Araújo (33).

Tenho em que, com base nos ensinamentos de grandes mestres, desafiados nas linhas transatas, não fique difícil acompanhar o preclaro Sérgio Nojirl, quando afirma: “o vocábulo princípio, para a ciência do direito, deve revestir-se da qualidade de norma jurídica” (34), ficando firme, outrossim, as suas importância e superioridade, sobre as regras, dada a sua maleabilidade e maior alcance, bem assim a

sua íntima ligação com a Constituição, tamanha que, no sentir de Humberto Ávila: “É até mesmo plausível afirmar que a doutrina constitucional vive, hoje, a euforia do que se *convencionou* chamar de Estado Principiológico” (35).

### 3 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Para prosseguir, mister dedicar algumas linhas ao princípio da proporcionalidade.

Com esse escopo, há considerar, à partida, que, sempre, desde os tempos primevos, procurou e/ou pretendeu o homem (*quase todos, mas não todos!*), o equilíbrio, a justiça, o que fez com que Rebeca Mignac de Barros Rodrigues inferisse: “A idéia de proporcionalidade remonta aos tempos antigos, confundindo-se com a própria noção de direito. Desde a época de Talião, almejava-se alcançar o justo equilíbrio entre os interesses em conflito. A idéia de justo no imaginário humano pressupõe dar a cada um, proporcionalmente, o que lhe é devido” (36); o Professor Antonio Scarance Fernandes, também faz referência a lei do

Talião, quando, em substanciosa obra, trata da proporcionalidade, tendo assim se expressado: “A idéia de proporcionalidade no Direito é muito antiga, bastando lembrar a famosa Lei do Talião” (37). Por seu turno, o festejado e já citado Prof. Carlos Roberto Siqueira Castro, ensina que: “a idéia de proporcionalidade prende-se à noção geral de bom senso (aplicada ao âmbito jurídico), como algo que emana do sentimento de repulsa diante de um absurdo ou de uma arbitrariedade” (38).

De se inferir, então, que, com a idéia e – mais importante ainda – com a prática da proporcionalidade, o que se anela é que haja equilíbrio, quando da eclosão e para sua justa solução de um conflito de interesses,

*“De se inferir, então, que, com a idéia e – mais importante ainda – com a prática da proporcionalidade, o que se anela é que haja equilíbrio, quando da eclosão e para sua justa solução de um conflito de interesses, em que princípios estejam se contrapondo, ou exista uma regra chocando-se com um princípio...”*

em que princípios estejam se contrapondo, ou exista uma regra chocando-se com um princípio, de maneira que não se aniquile, por completo, um direito, face a outro, ainda que este haja de prevalecer, mas deverá sê-lo nos limites do absolutamente necessário, para que não se caia nas teias de algum absurdo, abuso ou de uma arbitrariedade, o que um sincero cultor do direito não pode aprovar, antes, deve envidar todos os esforços que puder, para evitar se concretize uma situação dessas; já foi mesmo asseverado que:

“É exatamente numa situação em que há conflito entre princípios, ou entre eles e regras, que o princípio da proporcionalidade (em sentido estrito ou próprio) mostra sua grande significação, pois pode ser usado como critério para solucionar da melhor forma o conflito, otimizando à medida em que se acata um e desatende ao outro” (39).

Talvez se possa mesmo afirmar que a proporcionalidade procura harmonizar os direitos que, em abstrato, todo homem possui, com os direitos que um outro homem também possui, quando, podendo ser invocados, eles se encontram, se chocam, para que nenhum soçobre, ainda que sob o impacto de grandes agitações, mas que, apenas, um seja contido, no limite do absolutamente necessário, para que aquele outro, que se conclua deva prevalecer no caso concreto, tenha passagem, evitando-se que o choque entre os mesmos aconteça, ou, tendo acontecido, avarie, irreparavelmente, o direito que se tenha como devendo preponderar. Cuida-se, como é bem de ver, de uma maneira de se dar prevalência ao direito que deve prevalecer, sem esmagar outro direito com o mesmo colidente; contendo-o, apenas, nos limites do necessário. Ou seja, uma ponderação dos interesses; a ver qual, no caso concreto, tem maior peso. Em sede jurídica, responde a essas necessidades, o princípio da proporcionalidade “essencial para a realização da ponderação constitucional”(40), e que possui estatura constitucional, prestando-se à defesa dos direitos dos cidadãos. Atento aos limites deste e por entender que os fins perseguidos ao menos se

aproximam, tornando, para os fins aqui visados, desnecessária alguma distinção, não se entrará na discussão acerca da pretendida diferenciação entre os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Acerca do princípio em tela, afirmou o Prof. Paulo Bonavides: “urge, quanto antes, extraí-lo da doutrina, da reflexão, dos próprios fundamentos da Constituição, em ordem a introduzi-lo, com todo o vigor no uso jurisprudencial.

Em verdade, trata-se daquilo que há de mais novo, abrangente e relevante em toda a teoria do constitucionalismo contemporâneo; princípio cuja vocação se move sobretudo no sentido de compatibilizar a consideração das realidades não captadas pelo formalismo jurídico, ou por este marginalizadas, com as necessidades atualizadoras de um Direito Constitucional projetado sobre a vida concreta e dotado da mais larga esfera possível de incidência —fora, portanto, das regiões teóricas, puramente formais e abstratas”(41).

Relevante notar que, prosseguindo, observa o festejado mestre: “O princípio da proporcionalidade é, por conseguinte, direito positivo em nosso ordenamento constitucional”(42), o que se dá por representar esse princípio, hodiernamente, “axioma do Direito Constitucional, corolário da constitucionalidade e cânone do Estado de direito”(43).

Os ensinamentos retrorreproduzidos, acredito, bem acentuam a importância atual do princípio da proporcionalidade, tão elevados os valores que visa resguardar.

A circunstância de não estar o multicitado princípio da proporcionalidade expressamente previsto na Lei Maior, não o deixa desadorado, pois, como dilucidado pela pena potente de Rebeca Mignauc de Barros Rodrigues:

“O princípio da proporcionalidade é um princípio constitucional, embora não exista no texto constitucional brasileiro disposições individuais expressas a seu respeito.

Mesmo com a ausência da previsão brasileira, isso não significa que não possamos reconhecer o princípio da proporcionalidade em vigor no solo pátrio, pois a mesma Constituição Federal Brasileira, no seu artigo 5º, parágrafo 2º, dispõe, que 'os direitos e garantias expressas nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados...'(44).

De tal sentir não destoam o preclaro Willis Santiago Guerra Filho, um dos maiores conhecedores do que ao princípio da proporcionalidade toca, daí o valor que se há de extrair de sua colocação, reputando-o "princípio dos princípios"; são seus os seguintes ensinamentos:

"Daí termos acima referido a esse princípio como 'princípio dos princípios', verdadeiro *principium ordenador* do direito. A circunstância de ele não estar previsto expressamente na Constituição de nosso País não impede que o reconheçamos em vigor também aqui, invocando o disposto no parágrafo 2º do art. 5º ..." (45).

Também Chade Rezek Neto exalta a suma importância do princípio da proporcionalidade, dizendo: "...considera-se o princípio em tela como um verdadeiro 'princípio ordenador do direito', o 'princípio dos princípios' (46)

A notável processualista Teresa Arruda Alvim Wambier, cujos escritos encantam aos que os têm sob as vistas, em belas linhas, afirma que:

"A doutrina tem aludido com frequência àquele que se poderia chamar de princípio dos princípios e que é, na verdade, uma regra para se lidar com os demais princípios: princípio da proporcionalidade.

Diz-se que é o princípio dos princípios, porque, na verdade, tem conteúdo que se pode chamar, sob certo aspecto, de metodológico. Com isso quer-se dizer que se trata de um princípio para lidar com os

outros princípios, de molde a preservar os direitos fundamentais, previstos na Constituição Federal"(47).

Diante do que foi dito, bem verdade, de maneira sucinta, acerca do princípio da proporcionalidade, resta claro que, com o mesmo, se pretende, de certa maneira e dentro do possível, equilibrar e harmonizar direitos em choque, incidindo sobre uma mesma situação, a ver qual deve prevalecer; certamente por isso foi já asseverado, a seu respeito, cuidar-se de "um critério de conciliabilidade" (48), entendimento esse que bem se coaduna com o posicionamento do já mencionado Chade Rezek Neto, para quem, a função do princípio da proporcionalidade, "como princípio máximo, é a de equilíbrio —a própria idéia do direito—, manifestado pela simbologia da balança, expresso na máxima de proporcionalidade" (49).

A vantagem, ou melhor, a necessidade de sua utilização, estende-se, como é bem de ver, potencialmente, a todos os conflitos, o que é fácil aceitar, uma vez não olvidado o que com ele se pretende, sendo que para o ilustrado constitucionalista português J.J. Gomes Canotilho:

"O campo de aplicação mais importante do princípio da proporcionalidade é o da restrição dos direitos, liberdades e garantias por actos dos poderes públicos. No entanto, o domínio lógico de aplicação do princípio da proporcionalidade estende-se a conflitos de bens jurídicos de qualquer espécie. Assim, por exemplo, pode fazer-se apelo ao princípio no campo da relação entre a pena e a culpa no direito criminal. Também é admissível o recurso ao princípio no âmbito dos direitos a prestações" (50).

Chegados a essa altura, de indagar: de observar-se o princípio da proporcionalidade, também, em sede processual?

Dúvida não há deva ser afirmativa a resposta a essa pergunta, porquanto irrecusável que, num processo judicial, que

é direito vivo, pugnando por ser efetivamente reconhecido, para além de apenas enunciado, as tensões entre princípios, e entre estes e regras, acontecem com muita frequência. E cabe nas várias espécies de processos. A tranqüilidade em fazer tal afirmação, encontro-a em diversos autores, entre os quais o conceituado processualista João Batista Lopes, "verbis":

**"No campo do processo civil é intensa a sua {princípio da proporcionalidade} aplicação, tanto no processo de conhecimento como no de execução e no cautelar. No dia-a-dia forense, vê-se o juiz diante de princípios em estado de tensão conflitiva, que o obrigam a avaliar os interesses em jogo para adotar a solução que mais se ajuste aos valores consagrados na ordem jurídica" (grifei) (51).** Ouso chamar a atenção para a parte destacada em negrito, por sua extrema relevância!

O grande Willis Santiago Guerra Filho, neste singelo estudo já mencionado, em trabalho que leva sua prestigiosa assinatura, fez o asserto a seguir reproduzido: "...a todos os ramos do direito processual, de modo a tornar inquestionável o emprego do princípio da proporcionalidade em toda a dimensão não-material do Direito. No direito processual, aliás, é conhecida a extrema importância dos princípios que lhe são próprios na sua estruturação, podendo-se em vários deles identificar manifestações da proporcionalidade, sendo ela também que fundamentaria a opção pelo predomínio ora de um deles, ora do seu oposto, nos diversos procedimentos. Não se esqueça, finalmente, que a relação mesma entre direito material e processual é de 'meio-e-fim', trazendo consigo a marca da proporcionalidade" (52).

Vale repisar que, em muitas ocasiões, mas muitas mesmo, o juiz tem de fazer uma escolha, entre princípios em conflito, ou entre princípios em conflito com regras, escolhe essa que, à evidência, não é arbitrária, mas, antes, tem em vista o bem reputado

mais importante e que, por isso, há de prevalecer; a esse respeito, diz Paulo Cezar Pinheiro Carneiro:

"Não são raras as vezes que o juiz tem de fazer uma escolha entre uma ou outra interpretação; em outras situações, a opção não se coloca mais no campo da simples interpretação, mas alcança a disputa entre duas normas, entre dois princípios que se encontram em conflito. Para sair desse dilema, o julgador projeta e examina os possíveis resultados, as possíveis soluções, faz a comparação entre os interesses em jogo, e, finalmente, a opção, a escolha daquele interesse mais valioso, o que se harmoniza com os princípios e os fins que informam este ou aquele ramo do direito. Esta atividade retrata a utilização do princípio da proporcionalidade" (53); e assim há de ser pois, vale insistir, com o princípio da proporcionalidade, se "leva em conta o bem da vida que está sendo tutelado proporcionalmente ao princípio constitucional ou processual por ventura prejudicado" (54).

A eminente juíza Amini Haddad Campos, da maneira muito clara e objetiva, esclarece que "o princípio da proporcionalidade se efetiva em todos os campos do direito, dentre os quais se destacam as normas processuais, penais e contratuais" (55).

É possível que a alguém pareça exagerado ou mesmo arriscado a utilização do princípio da proporcionalidade em sede judicial, o que poderia desaguar num arbítrio de algum juiz, retirando a segurança que a lei, somente ela, pode propiciar.

Tenho por balofa e até, se levada a extremos, falaciosa semelhante objeção, a uma, porque precisaria, antes do mais, ser definido que tipo de segurança de que se fala e qual (is) a (s) parcela (s) da sociedade que dela se beneficiaria (m) e isso tem muito a ver com a questão principal que ora se pretende enfrentar, e a duas porque, nos dias que correm, a par de o juiz não estar mais preso à letra da lei – às vezes fria, às vezes "queimando" –, mas ao direito, mesmo porque irrecusável que aquela não

abarca, nem tem como fazê-lo, todas as peculiaridades que um caso concreto pode conter, fazendo com que sua "cega" aplicação leve ao cometimento de injustiças, essa idéia, traz em seu bojo, uma certa submissão do Poder Judiciário ao Poder Legislativo, o que não mais se aceita (máxime em países nos quais a classe política e dirigente guarde – salvo honrosas exceções, volto a ressaltar – a mais completa indiferença para com os anseios e necessidades do povo); pode-se até, hodiernamente, sustentar que a própria proporcionalidade é a forma de controle das decisões judiciais, não havendo, portanto, qualquer usurpação de competência, como decorrência de sua aplicação pelos pretórios. Ouçamos a voz de um processualista que tem muito a dizer, de processo em geral e do tema que ora nos ocupa, em particular, o preclaro Luiz Guilherme Marinoni, para quem: "a transformação do Estado, implicou na eliminação da submissão do Judiciário ao Legislativo ou da idéia de que a lei seria como uma vela a iluminar todas as situações de direito substancial, e na necessidade de um real envolvimento do juiz com o caso concreto. Ora, a proporcionalidade é a regra hermenêutica adequada para o controle do poder do juiz diante do caso concreto" (56).

Diga-se mais, já agora com Caio Tácito, que: "A atribuição ao Judiciário do controle das leis mediante o juízo de valor da proporcionalidade e da razoabilidade da norma legal não pretende substituir a vontade da lei pela vontade do juiz. Antes, a este cabe pesquisar a fidelidade do ato legislativo aos objetivos essenciais da ordem jurídica, na busca da estabilidade entre o poder e a liberdade" (57); ainda, desta feita com Jairo Gilberto Schäfer, que bem dilucida que: "O juiz, ao aplicar o princípio constitucional da proporcionalidade, nada mais faz do que adequar o agir do legislador aos princípios constitucionais, concretizando a subordinação da vontade do legislador aos preceitos objetivos da Constituição, o que não traduz uma substituição da vontade do legislador por sua vontade" (58).

Volvendo, ainda que muito ligeiramente, à questão da segurança, acima referida, e fazendo abstração das objeções então colocadas, de notar que, de todo modo, nem ela própria poderia – como não pode – ser tida à conta de um valor absoluto, pois, à colocação – frágil, penso – de que a utilização do princípio da proporcionalidade a abalaria, poder-se-á, com vantagem, responder, com o jurista ainda há pouco citado, Jairo Gilberto Schäfer, que: "A eventual diminuição da previsibilidade das decisões judiciais é amplamente compensada pela possibilidade de uma solução mais justa ao caso concreto, situação que se ampara legitimamente em um sistema constitucional que possui como centro de sua formação os direitos e garantias fundamentais" (59).

Aliás, só assim, com intensa aplicação do princípio da proporcionalidade é que se estará prestando obediência e dando cumprimento ao que a Lei Fundamental espera e determina.

Como toda mudança, entretanto, esse novo modo de ver, nem sempre é bem ou facilmente aceito, o que é, até certo ponto, normal, tendo já o grande pensador Bertrand Russell observado que: "Qualquer mudança em nossa imaginação é sempre difícil, especialmente quando não mais somos jovens" (60).

Quanto aos operadores do direito então! – seu conservadorismo é proverbial, ao que não escapa, por óbvio, nem o Direito Constitucional, nem o Direito Processual; quanto a este, vejamos, para fazer um registro apenas, o que disse o Professor Cândido Naves, na "aula magna de inauguração dos Cursos, na Universidade de Minas Gerais, em 1936":

"Infelizmente, porém, penso que ainda se pode repetir com MANFREDINI e CONSENTINI que o processo é o ramo do direito que menos evolue, o que CHIOVENDA explica como uma consequência do espírito conservador, que domina a classe forense, como geralmente acontece a todas as classes que se educam

com preparação técnica mais ou menos demorada. Disse VAMPRE que os juristas são os apóstolos do passado.

O certo é que em toda parte a marcha evolutiva do direito processual tem sido sempre lenta e tardia”(61).

Sem receio de incidir em alguma heresia, penso que não se deva seguir esse apostolado, mencionado nas linhas transatas.

Nossa Constituição não ficou imune a esse espírito, tendo o grande constitucionalista Luís Roberto Barroso observado que:

“Não se escapou, aqui, de uma das patologias crônicas da hermenêutica constitucional brasileira, que é a interpretação retrospectiva, pela qual se procura interpretar o texto novo de maneira a que ele não inove nada, mas, ao revés, fique tão parecido quanto possível com o antigo” (62).

Aliás, o grande José Carlos Barbosa Moreira, sem favor um nome que orgulha as letras processuais pátrias, assim se expressou a respeito do assunto ora focado, em dado momento do raciocínio que estava desenvolvendo, para mostrar as dificuldades que a Constituição enfrentaria, colocando em risco a sua efetividade:

“.....  
A ação conjugada desses e de outros fatores costuma gerar fenômeno que, apesar de negligenciado em geral pela teoria clássica da hermenêutica, se pode observar com facilidade toda vez que entra em vigor novo código, ou nova lei de âmbito menos estreito ou de teor mais polêmico. Em tais ocasiões, raramente deixa de manifestar-se, em alguns setores da doutrina e da jurisprudência, certa propensão a interpretar o texto novo de maneira que ele fique tão parecido quanto possível com o antigo. Põe-se ênfase nas semelhanças, corre-se um véu sobre as diferenças e conclui-se que, à luz daquelas, e a despeito destas, a disciplina da matéria, afinal de contas, mudou pouco, se

é que na verdade mudou. É um tipo de interpretação a que não ficaria mal chamar ‘retrospectiva’: o olhar do intérprete dirige-se antes ao passado que ao presente, e a imagem que ele capta é menos a representação da realidade que uma sombra fantasmagórica. Pois bem: o que sucede com outros diplomas é passível de suceder igualmente com uma nova Constituição”(63).

Por seu turno, o culto Juiz do Trabalho Sebastião Geraldo de Oliveira, assim se manifesta: “...Merece relevo, entretanto, a resistência às mudanças por parte dos juristas que se acomodam nas interpretações cristalizadas no passado e relutam em admitir o progresso jurídico...” (64).

Tendo esses ensinamentos sob as vistas, há sustentar algum conservadorismo dessa espécie?

#### 4. DA POSSIBILIDADE DA PENHORA DE SALÁRIO

Passo, agora, sem olvidar a pergunta feita no item anterior, a abordar a questão central dessas simples observações, relativa à possibilidade da penhora em contas correntes nas quais salários são creditados, com base no princípio da proporcionalidade, registrando, antes do mais, que a preocupação com o tema não é recente, como se verá a seguir, talvez o sendo apenas a colocação do acento tônico no multicitado princípio da proporcionalidade, o que faz se conclua não se tratar de um modismo de última hora, de uma embarcação que jamais saiu do porto, por isso que cômodo e fácil ao seu comandante exaltar-lhe as qualidades e segurança, mas sim de uma embarcação que, há tempos, sulca os mares, cortando, com ondas de preocupações, as reflexões daqueles que enxergavam – e enxergam – que as mesmas, se muito fortes, poderiam – como podem – tragar direitos outros, por isso cumpria – como cumpre –, estar alerta, para prevenir e/ou evitar os malefícios de um cataclismo, que leve consigo direitos de muitos.

Prosseguindo, de considerar que apenas um excessivo apego ao ideário positivista pode sustentar a impossibilidade da penhora de salário, quando tal se dê para a satisfação de crédito de natureza alimentar, reconhecido como devido em reclamatória trabalhista.

Porém, esse posicionamento atrita, a mais não poder, com o entendimento que, a cada dia, vem se encorpendo mais, e que reconhece que o positivismo se exauriu, não servindo mais como modelo único para a solução de inúmeras questões submetidas a julgamento, de modo que é chegada a hora do pós-positivismo, que permite se tenha a lei não mais como algo a ser endeusado, mas, apenas, como um dos elementos a ser tido em linha de consideração, quando da apreciação de um conflito de interesses, em que princípios se chocam, ou há choque entre algum princípio e uma regra, o que precisava mesmo ocorrer, mormente num país no qual os responsáveis pela feitura de leis quase não se preocupam (ou não se preocupam um mínimo sequer?), com as necessidades e os interesses da sociedade — salvo honrosas exceções, como insisto sempre —, e sim e tão-somente com os daqueles segmentos cujos interesses tomam a peito (e alma) defender, para o que, aí sim, não medem esforços, sendo incomparavelmente dedicados. Partindo desse novo modo de sentir, não mais vinga a tese da impenhorabilidade do salário, sempre e em qualquer situação, pois, em cada caso concreto, há de existir um exame dos interesses postos em posição antagônica, para se ver qual deles é o protegido pelo sistema jurídico, lembrando que o pós-positivismo, entre suas idéias, trouxe a de que os princípios são uma espécie do gênero norma, sendo a outra espécie a regra,

*“...apenas um excessivo apego ao ideário positivista pode sustentar a impossibilidade da penhora de salário, quando tal se dê para a satisfação de crédito de natureza alimentar, reconhecido como devido em reclamatória trabalhista.”*

como já acima exposto, tendo ambos, portanto, vocação para embasar uma decisão judicial, pois que, em sendo assim, como de fato é, os princípios podem (*rectius*: devem) ser tidos em conta na magna hora em que se vai definir qual norma a que compete regular o caso concreto, no trabalho e na busca de se definir qual o direito deva prevalecer.

Destarte, quando parte do salário é penhorado para a satisfação de crédito de natureza salarial, prestigiado resta, como deve ser, atento aos ensinamentos de renomados juristas, citados no transcorrer deste, o princípio da proporcionalidade, o que somente pode deixar de ocorrer em situações especiais, nas quais outro princípio possa ser magoado, o que apenas o exame do caso concreto poderá determinar.

Enfim, existindo uma questão de impenhorabilidade de salário reclamando solução, a mesma não pode ser encontrada apenas nos horizontes, hoje estreitos e/ou insuficientes, do quanto disposto no artigo 649, IV, do CPC, a não ser assim, de acrescentar, a própria Constituição Federal será atropelada.

Volto a socorrer-me dos grandes mestres.

Com esse escopo, de vir à tona o quanto, a respeito do assunto, afirmou o afamado José Martins Catharino, referindo, inclusive, posicionamentos e lei bem anteriores ao que então manifestou:

“Como criticamos no nosso Tratado jurídico do salário (n. 554, 555, 558 e 559), a impenhorabilidade total e ilimitada é demasiada, produzindo efeitos contraproducentes. O ideal seria a impenhorabilidade parcial e limitada. Impenhorabilidade total e ilimitada até certo valor do salário, e, daí para cima,

penhorabilidade progressiva. Não é justa ausência de distinção, por força do princípio constitucional da igualdade. O caráter alimentar da remuneração — fundamento da impenhorabilidade — decresce em proporção inversa do seu valor. Por consequência, impenhorabilidade total e ilimitada, impenhorabilidade regressiva e penhorabilidade progressiva deveriam ser coordenadas (no mesmo sentido: José Bonifácio de Abreu Mariani, *Da penhora, tese*, Bahia, 1949, n.4, p.90 e 91; na França, penhorabilidade e impenhorabilidade parciais existem desde 1895, por Lei de 12 de janeiro, datando sua última modificação de 2-8-1949, sendo que a Lei de Finanças, de 20-12-1972, estabeleceu regras relativas às contas bancárias) (65).

Dessa orientação não destoam os notáveis Orlando Gomes e Elson Gottschalk, como se percebe da leitura atenta de seus ensinamentos:

“As divergências entre os autores surgem quando se trata de determinar a extensão que deve ser dada à medida protetora. Sustentam alguns que a proteção deve ser absoluta, cobrindo todo o salário do empregado, qualquer que seja a sua importância, origem ou forma. Entendem outros, que só se justifica parcialmente, quer em relação ao montante da remuneração, quer em relação à forma do pagamento. Para os adeptos dessa corrente doutrinária, a impenhorabilidade somente deve existir em relação a determinada parte do salário, podendo a outra ser objeto de penhora. Outros se inclinam para um sistema de penhorabilidade progressiva pelo qual a percentagem penhorável será tanto maior quanto maior for o salário que o empregado percebe. Finalmente, há quem pense que certas formas de remuneração, como, por exemplo, a participação nos lucros da empresa, posto que tenham natureza de salário, não devem estar isentas de penhora. A impenhorabilidade absoluta não se justifica para empregados que percebem salário de alto padrão, muito superior ao necessário para atender à sua subsistência. Por isso, é

vitoriosa na doutrina a tendência para admitir a penhorabilidade parcial ou progressiva” (66).

Como se disse em linhas anteriores, não é recente a preocupação com o tema, sentindo a doutrina, de há tempos, que a impenhorabilidade absoluta podia gerar injustiças — e aqui, peço vênias para, numa meteórica digressão, perguntar: o que quer que seja, que diga respeito à vida, ao viver em sociedade, que o seja em termos absolutos, não pode, se levado às últimas consequências, gerar alguma (s) injustiça (s)? —; ora, em sendo assim, como de fato é, cumpre evitar se concretize aludida injustiça, se não tiver em vista esse fim — o de obstar conheça êxito uma injustiça —, que objetivo restará à ciência jurídica?

Na Justiça do Trabalho, para citar uma possibilidade, em inúmeras situações se dá o caso de que, não existindo mais a empresa executada, o que acontece, como é fácil de imaginar, pelos motivos os mais diversos, se volte a execução contra a figura de um sócio, agora empregado, que tem, então, seus estipêndios, depositados em uma conta corrente, penhorados; esse sócio vem a juízo, sustentar a ilegalidade/abusividade da determinação judicial, sustentando, vigorosamente, a impenhorabilidade dos seus salários, sendo que, mantida referida constrição judicial, não terá com que manter-se, nem aos seus, restando magoada sua dignidade de pessoa humana.

Indiscutível a necessidade de se respeitar a dignidade da pessoa humana do executado, mas do outro lado, o do credor, há uma pessoa, que também precisa se sustentar e aos seus, que tem sua dignidade, e que, para mantê-la, vê-la respeitada, necessita e tem o direito de receber o que já foi reconhecido judicialmente como lhe sendo devido, e mais: uma pessoa à qual não pode ser jogado o peso de uma iniciativa empresarial que não logrou êxito, porquanto, claro é, se todos podem tentar vencer na vida, os escolhos que então se apresentarem, não podem ser contornados, colocando-se os

mesmos no caminho de quem, útil quando se tentou uma atividade empresarial, incomoda quando o prosseguimento da mesma não se afigurou mais como possível, isso me parece óbvio!

Sinto que essa tela não pode receber cores de aprovação da Justiça do Trabalho, o que caminharia para a própria negação de sua razão de ser, e para obstar seja emoldurada, reproduzindo a triste cena de um trabalhador desesperado, que teve seus direitos reconhecidos, mas frustrados por ulterior falta de quitação, pelos motivos aqui expostos, com seus filhos, chorando, esfomeados, e sua mulher, amargurada, decepcionada e já sem forças, há de ser aplicado o princípio da proporcionalidade, por meio do qual, sem agredir o artigo 649, IV, do Estatuto processual, dar-se-á resposta ao direito e à necessidade do credor/ trabalhador/certamente desempregado.

Em artigo no qual discorreu sobre a "Efetividade do Processo e Técnica Processual", observou o célebre José Carlos Barbosa Moreira, observação que, atendidas as peculiaridades da questão que aqui se enfrenta, serve-lhe muito adequadamente:

**"Consiste o primeiro na tentação de arvorar a efetividade em valor absoluto: nada importaria senão tornar mais efetivo o processo, e nenhum preço seria excessivo para garantir o acesso a tal meta. É esquecer que no direito, como na vida, a suma sabedoria reside em conciliar, tanto quanto possível, solicitações contraditórias, inspiradas em interesses opostos e igualmente valiosos, de forma a que a satisfação de um deles não implique o sacrifício total de outro"**(sublinhei) (67).

É o que se dá em situações como a objeto de nossa atenção, nesse momento: é necessário procurar conciliar os interesses contrapostos, o do credor, que tem o direito de receber o que lhe é devido, e o do devedor, que se defende com base na impenhorabilidade de seus salários. Como venho afirmando, é o princípio da

proporcionalidade que permitirá equacionar o problema, e em vários julgados o mesmo vem sendo chamado a sustentar as respeitantes decisões, entendendo-se que a fixação/limite da penhora, nesses casos, em 30% dos salários, é razoável e permite atender aos interesses do credor, sem ignorar os do devedor. Presumivelmente, o devedor se rebelará, dizendo que não conseguirá manter-se com essa redução de seus já parcos vencimentos; essa argumentação soçobrá, entretanto, com a observação de que o credor, certamente por um bom período, ficou sem vencimento algum e ainda agora, terá que se virar com bem menos do que a metade que ficará – e justamente, frise-se com ele, devedor. **Logicamente, em situações muito extremas, em que, efetivamente, os estipêndios recebidos sejam muito reduzidos – até para a realidade brasileira, é importante realçar –**, e que, se efetivada a constrição judicial, o devedor ficará com sua dignidade ferida, por absolutamente inviável o manter-se, aí sim, poderá haver um choque entre os princípios da proporcionalidade e da dignidade da pessoa humana, levando a que, nesse caso específico, não se efetue a penhora, mas, importa insistir – e muito –, isso só poderá ter lugar se o executado receber salários em valor que, mesmo para o padrão brasileiro, sejam tidos como manifestamente reduzidos, o que, força é convir, reduz, acentuatadamente, as possibilidades de que tal se verifique. Para reforçar a idéia de que o recurso ao princípio da proporcionalidade é que permitirá a melhor, por mais justa, solução do impasse, de lembrar importante colocação de Luiz Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos, a saber:

**"O princípio pode operar, também, no sentido de permitir que o juiz gradue o peso da norma, em uma determinada incidência, de modo a não permitir que ela produza resultado indesejado pelo sistema, fazendo a justiça do caso concreto"** (68).

Creio em que, com essa linha de conduta, o legal se adaptará e entenderá com o justo, o que dará uma nova dimensão ao

Judiciário, livrando-o, do que pode ter de excessivo o apego à técnica, ao essencial e exclusivamente legal, permitindo-lhe rumos mais elevados, que o aproximem da Justiça, com todas as limitações que a possibilidade dessa aproximação contenha; diga-se mais, eis que esse modo de agir evitará o automatismo na análise do caso concreto, não mais se decidirá: foi penhorado salário, não pode, é ilegal e pronto e ponto; não, agora haverá o exame mais detido da situação específica colocada à apreciação e se decidirá de acordo com o que a mesma apresentar, suas particularidades. Assim, não mais se ignorará “o justo para fazer valer o legal, o instrumental”, o que, afirma o culto Felipe Vasconcellos Cavalcante, deve ser evitado, por “reduzir a função jurisdicional à estrita aplicação impessoal e literal das leis, sem o comprometimento com o tempo em que vive {o juiz} e com o povo a quem deve servir” (69).

O ilustrado Procurador Max Möller, em substancioso artigo intitulado “O Direito à Impenhorabilidade e a Nova Interpretação Constitucional”, assevera que a regra da impenhorabilidade do artigo 649, do Estatuto Processual, deve ter “afastada a sua aplicação em razão das peculiaridades do caso concreto” (70), asserto esse que vem ao encontro do quanto ao longo deste vem sendo dito.

Francisco Fernandes de Araújo, ao cuidar da impenhorabilidade de vencimentos estabelecida no artigo 649, IV, da CPC, muito lucidamente, dilucida que, os respectivos devedores:

“não podem gozar da situação de forma absoluta, a ponto de ofender princípios da isonomia e da efetividade da justiça, e igualmente o princípio da dignidade da pessoa humana, no caso de o credor estar necessitado, também previstos como direitos fundamentais (art. 5º e XXXV da CF), em detrimento do credor” (71).

Finalizando, reitero que não há mais espaço para a aplicação praticamente mecânica do artigo 649, IV, do CPC, devendo

ser feito o exame do caso concreto, tendo bem presente as agruras do trabalhador/credor/necessitado, pena de desrespeito ao direito que lhe foi reconhecido, o que pode representar uma agressão à própria Constituição Federal e a princípios a ela muito caros.

## BIBLIOGRAFIA

“A Ciência tal qual se faz ou tal qual se diz?”, artigo incluído em obra coletiva “Conhecimento Prudente para uma Vida Decente”, organizador Boaventura de Sousa Santos, Cortez Editora, 2004, p. 589.

“Entre a Ciência e a Sapiência – O Dilema da Educação”, Edições Loyola, 9ª edição, 2003, p. 23/4

“Interpretação Jurídica”, RT, 2005, p. 130.

“Apontamentos Sobre a Noção Ontológica do Processo”, Revista dos Tribunais, 1936, p. 11

“O Princípio da Igualdade das Partes e uma Releitura do Artigo 100 do CPC, à Luz da Constituição e do Novo Código Civil”, Thelma Araújo Esteves Fraga, inserto em obra coletiva, “A Constitucionalização do Direito”, Editora Lumen Juris, RJ, 2003, p. 527.

“Princípios Processuais, Importância de seu Estudo para o Direito Processual”, na “Revista da ESMape”, vol. 04, n. 09, jan-jun/1999, p. 311.

“Princípios Constitucionais da Administração Pública”, inserto na obra coletiva “Os Princípios na Constituição de 1988”, Editora Lumen Juris, RJ, 2001, p. 441.

“Limitação dos Juros nos Contratos Bancários”, Livraria do Advogado/Editora, 2002, PA, p. 57.

“Colisão de Princípios e Regras no Ordenamento Jurídico: uma leitura atual”, Edna Maria Fernandes Barbosa, in “Revista TRT – 11ª Região, Amazonas, n. 12, 2004, p. 38.

- “Curso de Direito Constitucional”, Malheiros, 5ª Edição, 1994, p. 396.
- “Processo, Igualdade e Justiça”, artigo inserto na “Revista Brasileira de Direito Constitucional”, n. 02, jul-dez/2003, Editora Método, p. 166.
- “O Princípio da Proporcionalidade”, Daniela Lacerda Saraiva Santos, em “Os Princípios da Constituição de 1988”, obra coletiva, Lumen Juris, RJ, 2001, p. 360.
- “Sobre a Interpretação Sistemática do Direito”, in Revista da Ajuris, n. 65, ano XXII, novembro/1995, p. 286.
- “O que é um Princípio”, Sérgio Sérvulo da Cunha, in “Cadernos de Soluções Constitucionais”, vol. 01, Malheiros, 2003, p. 24.
- “Dignidade Humana e Boa-Fé no Código Civil”, Saraiva, 2005, p. 45
- “Acusação: O Totem, a Interpretação e Kelsen”, na obra “Garantias Constitucionais e Processo Penal”, organizador Gilson Bonato, Editora Lumen Juris, RJ, 2002, p. 43.
- “Pressuposto Administrativo e Pressuposto Metodológico do Princípio da Solidariedade Social: a Derrogação do Sigilo Bancário e a Cláusula Geral Anti-abuso”, J. L. Saldanha Sanches e João Taborda da Gama, inserto na obra coletiva “Solidariedade Social e Tributação”, Dialética, 2005, p. 105.
- “Igualdade Processual e os Benefícios da Fazenda Pública”, na “Revista da Procuradoria do Estado de São Paulo”, volumes 13/15, p. 431.
- “Igualdades, Desigualdades”, inserto na “Revista Trimestral de Direito Público”, 1/1993, Editora Malheiros, p. 70.
- “A Estrutura Normativa das Normas Constitucionais. Notas Sobre a Distinção Entre Princípios e Regras”, incluído em “Os Princípios da Constituição de 1988”, obra coletiva, Lumen Juris, RJ, 2001, p. 10.
- “Princípios Gerais de Direito e Princípios Constitucionais”, na obra coletiva “Os Princípios da Constituição de 1988”, Lumen Juris, RJ, 2001, p. 46.
- “O Papel dos Princípios na Interpretação Constitucional”, in “Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política”, vol. 21, p.322.
- “O Papel dos Princípios na Interpretação Constitucional”, cit., p. 324.
- “O Concurso Público e a sua relação com os Princípios Constitucionais da Administração Pública”, na “Revista da ESMESE”, n. 01, dez/2001, p. 177/8.
- “Curso de Direito Constitucional”, cit., p. 396.
- “O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro”, “Revista de Direito Administrativo”, volume 232, abril/junho-2003, p. 149.
- “O Começo da História. A Nova Interpretação...”, cit., p. 174.
- “A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais”, Forense, RJ, 2003, p. 57.
- “O lugar dos Princípios em uma Concepção do Direito como Sistema”, in “Revista de Informação Legislativa”, ano 41, n. 163, jul-set/2004, p.219.
- “Os Princípios e o Direito”, Hélio Silvío Ourem Campos, in “Revista da ESMAPE”, vol. 02, n. 03, jan-mar/1997, p. 179.
- “O Princípio da Proporcionalidade”, Daniela Lacerda Saraiva, cit., p. 360.
- “Os Princípios e a Importância Prática da Reflexão Teórica no Contexto Pós-Positivista: Desconfiando da Safda Fácil”, Francisco Alves Júnior, in “Revista da ESMESE”, n. 03, 2002, p. 179.
- “Princípio da Proporcionalidade – Significado e Aplicação Prática”, Copola Editora, 2002, p. 14.
- “O Papel dos Princípios na Interpretação Constitucional”, cit., p. 318.

- "Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos", Malheiros, 2003, p. 15.
- "Do Princípio da Proporcionalidade e sua Aplicação quanto à Utilização de Provas Ilícitas no Processo Penal", in "Revista da ESMAPE", vol. 10, n. 21, jan-jun/2005, Recife, p. 407.
- "Processo Penal Constitucional", RT, 3ª edição, nota de rodapé n. 16, p. 52.
- "A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais", cit., p. 88.
- "Sobre o Princípio da Proporcionalidade", Willis Santiago Guerra Filho, in "Dos Princípios Constitucionais, obra coletiva, organizador George Salomão Leite, Malheiros Editores, 2003, p. 241.
- "A Ponderação de Interesses na Constituição Federal", Daniel Sarmento, 1ª edição – segunda tiragem, Lumen Juris, 2002, p. 96.
- "Curso de Direito Constitucional", cit., p. 395.
- "Curso de Direito Constitucional", cit., p. 396.
- "Curso de Direito Constitucional", cit., p. 397.
- "Do Princípio da Proporcionalidade e sua Aplicação quanto à Utilização de Provas Ilícitas no Processo Penal", cit., p. 415/6.
- "Processo Constitucional e Direitos Fundamentais", Editora Celso Bastos, 1999, p. 62.
- "O Princípio da Proporcionalidade no Estado Democrático de Direito", Lemos & Cruz – Livraria e Editora, 2004, p. 57.
- "Efetividade da Execução", in obra coletiva "Execução Trabalhista – Estudos em Homenagem ao Ministro João Oreste Dalazen, coordenadores José Afonso Dallegrave Neto e Ney José de Freitas, Ltr, 2002, p. 357.
- "Segredo de Justiça e Controlo de Dados Pessoais Informatizados", Agostinho Eiras, Coimbra Editora, 1992, p. 97.
- "O Princípio da Proporcionalidade no Estado Democrático de Direito", cit., p. 57.
- "Direito Constitucional e Teoria da Constituição", Livraria Almedina, 1998, p. 264.
- "Princípio da Proporcionalidade e Efetividade do Processo Civil", in obra coletiva "Estudos de Direito Processual Civil – Estudos em Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão", coordenador Luiz Guilherme Marinoni, RT, 2005, p. 134/5.
- "Sobre o Princípio da Proporcionalidade", cit., p. 248.
- Apud Ada Pellegrini Grinover, "O Processo – Estudos & Pareceres", DJP – Editora, 2006, p. 08.
- "A Tempestividade da Tutela Jurisdicional e a Função Social do Processo", Babyton Pasetti, Sergio Antonio Fabris Editor, PA, 2002, p. 20.
- "O Devido Processo Proporcional", Lejus, 2001, p. 58.
- "Técnica Processual e Tutela dos Direitos", RT, 2004, p. 137.
- "A Razoabilidade das Leis", in "Revista de Direito Administrativo", n. 204, abr-jun/1996, Renovar – FGV, p. 07.
- "Direitos Fundamentais – Proteção e Restrições", Livraria do Advogado Editora, PA, 2001, p. 112.
- "Direitos Fundamentais – Proteção e Restrições", cit., p. 113.
- "ABC da Relatividade", Zahar Editores, 3ª edição, p. 10.
- "Páginas Processuais", Editora Bernardo Álvares S.A., Belo Horizonte, 1950, p. 85.
- "Dez Anos da Constituição de 1988 (Foi bom pra você também?)", "Revista de Direito Administrativo", n. 214, out-dez/1998, p. 08.

“O Poder Judiciário e a Efetividade da Nova Constituição”, “Revista Forense”, out-nov-dez/1988, vol. 304, p. 152.

“Proteção Jurídica à Saúde do Trabalhador”, Ltr, 1996, p. 46.

“Compêndio de Direito do Trabalho”, 2º volume, Saraiva, 3ª edição, 1982, p. 111.

“Curso de Direito do Trabalho”, Forense, 15ª edição, 1998, p. 269.

“Repro”, n. 77, jan-mar/1995, p. 171.

“O Começo da História...”, cit., p. 165/6.

“A Crise dos Direitos Fundamentais e a Participação do Poder Judiciário no Brasil”, “Revista da Esmal – Escola Superior da Magistratura do Estado de Alagoas, ano II, n. 01, jan-jun/2003, p. 145.

“Direito Constitucional – Constitucionalismo Contemporâneo”, coordenadores Clovis Gorczewski e Jorge Renato dos Reis, Norton Editor, 2005, p. 208.

“Princípio da Proporcionalidade”, cit., p. 90/1.



# DOS PRINCÍPIOS DO DIREITO DO TRABALHO NO MUNDO CONTEMPORÂNEO

GUILHERME GUIMARÃES FELICIANO\*

*"... o universo, com suas formas efêmeras em perpétua transformação,  
deve ser necessariamente, para a mente do filósofo,  
não mais que um fogo-fátuo" (H. P. BLAVATSKY).*

*"... pois a letra mata, mas o espírito vivifica" (2 Coríntios 3:6).*

*"Law is experience developed by reason and applied  
continually to further experience" (ROSCOE POUND).*

**Resumo:** O Direito do Trabalho do mundo contemporâneo não é e nem poderia ser o mesmo Direito do Trabalho que emergiu da Primeira Revolução Industrial e foi instrumentalizado pelo corporativismo fascista. Nada obstante, ainda preserva a sua autonomia dogmática e científica. A evolução do Direito do Trabalho reflete as transformações graduais em sua malha principiológica, que desafia novos estudos à luz dos paradigmas e dos desafios da sociedade pós-industrial.

**Sumário:** 1 Introdução; 2 Dos Princípios no Direito do Trabalho: "status", aplicação e tendência; 3 O regime jurídico do contrato de trabalho no mundo contemporâneo. Principiologia: discutindo a autonomia dogmática do Direito do Trabalho; 4 À guisa de conclusão.

**Palavras-chave:** Princípios do Direito do Trabalho; Princípio da proteção; Princípios gerais de Direito; Direito do Trabalho: autonomia dogmática; Futuro do Direito do Trabalho.

\* GUILHERME GUIMARÃES FELICIANO, juiz do Trabalho (15ª Região - Campinas/SP), é Bacharel e Doutor em Direito Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professor concursado no Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade de Taubaté. Diretor Cultural da AMATRA-XV (Associação dos Magistrados do Trabalho da Décima Quinta Região), gestão 2005-2007. Membro do Conselho Editorial da Revista ANAMATRA-Forense. Membro da Subcomissão de Doutrina Internacional do Conselho Técnico da EMATRA-XV (Escola da Magistratura do TRT da 15ª Região) para a Revista do Tribunal Regional do Trabalho da Décima Quinta Região. Membro do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim) e do Instituto Manoel Pedro Pimentel (órgão científico vinculado ao Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo), de cujo Boletim foi editor-chefe entre 1997 e 2002. Autor de teses e monografias jurídicas (*Tópicos Avançados de Direito do Trabalho*, v. I e II, EDJ, 2006; *Teoria da Imputação Objetiva no Direito Penal Ambiental brasileiro*, LTr, 2005; *Informática e Criminalidade, Nacional de Direito*, 2001; *Execução das Contribuições Sociais na Justiça do Trabalho*, LTr, 2001; *Tratado de Alienação Fiduciária em Garantia*, LTr, 2000). Palestrante e articulista em Direito Penal e Direito e Processo do Trabalho. Membro da Academia Taubateana de Letras (cadeira n. 18).

## 1 INTRODUÇÃO

Quando se cogita do tema "princípios do Direito do Trabalho", a primeira lembrança de tantos quantos cultuam o Direito do Trabalho na América Latina remete à "summa opera" de AMÉRICO PLÁ RODRIGUEZ.

Com efeito, foi a sua monografia mais eminente — "Los Principios del Derecho del Trabajo" — que celebrizou, em plagas sul-americanas, princípios que até hoje são efusivamente invocados por doutrina e jurisprudência de vários países: o princípio da proteção (com a tríplice regra do "in dubio pro misero", da norma mais favorável e da condição mais benéfica), o princípio da irrenunciabilidade, o princípio da continuidade, o princípio da primazia da realidade, o princípio da razoabilidade e o princípio da boa-fé<sup>1</sup>.

Mas PLÁ RODRIGUEZ escreveu no segundo lustro da década de setenta. A edição mais famosa da obra — a segunda edição da *Depalma*, lançada em Buenos Aires — data de 1978.

Essa circunstância, pensada nas primícias do século XXI, provoca a reflexão sobre a atualidade de tais princípios, em tempos de liberalismo econômico e progressiva globalização dos direitos humanos. Revive, ainda, a questão da autopoiese do sistema jurídico: há novos princípios do Direito do Trabalho, que por razões quaisquer não foram identificados pela "communis opinio doctorum" ao tempo de PLÁ RODRIGUEZ?

Semelhante temática mereceria uma robusta monografia; quiçá uma tese de Doutorado. Mas pedimos licença ao leitor para

tentar abordá-la — sem qualquer pretensão de exaurimento — em um singelo artigo.

Voilà.

## 2 DOS PRINCÍPIOS NO DIREITO DO TRABALHO: "STATUS", APLICAÇÃO E TENDÊNCIA

Embora a "Constituição Cidadã" tenha se esmerado em esquadrihar e tipificar direitos trabalhistas, não consagrou expressamente qualquer um dos princípios juslaborais universalmente reconhecidos. Essa aparente omissão sugere, ao hermenêuta, o problema do "status" positivo daqueles mesmos princípios. A merecer, aliás, a primeira releitura que pretendemos avaliar.

Conquanto não haja positividade expressa, não se pode ignorar que vários dos princípios em testilha consubstanciam o "leit motiv" de direitos expressos no artigo 7º da CRFB. Não se há de negar, por exemplo, que o princípio da proteção é a "ratio" ideológica de praticamente todos os direitos trabalhistas arrolados no artigo 7º, conquanto exsurja mais explicitamente em alguns preceitos (artigo 7º, IX, X, XIII, XIV, XXII, XXVII, etc.); o princípio da continuidade está na base do artigo 7º, I (proteção da relação de emprego contra despedidas arbitrárias ou sem justa causa), embora a denúncia vazia seja em regra admitida nos contratos civis, ressalvadas as cláusulas penais e o ressarcimento por perdas e danos; o princípio da irrenunciabilidade subjaz à irredutibilidade salarial (artigo 7º, VI) e à garantia de salário não inferior ao mínimo nos casos de remuneração variável (artigo 7º, VII); o princípio da razoabilidade — para além do princípio

"há novos princípios do  
Direito do Trabalho, que  
por razões quaisquer não  
foram identificados pela  
"communis  
opinio doctorum"  
ao tempo de  
PLÁ RODRIGUEZ?"

<sup>1</sup>Cfr., no Brasil, Américo Plá Rodríguez, *Princípios de Direito do Trabalho*, trad. Wagner D. Giglio, 4ª tiragem, São Paulo, LTr, 1996, passim.

geral de igualdade (artigo 5º, *caput*, 1ª parte) — é que justifica a proibição de discriminações em matéria de salários, exercício de funções e critérios de admissão<sup>2</sup> (artigo 7º, XXX); e assim por diante.

Esse quadro semântico permite concluir que o constituinte de 1988 adotou os princípios específicos do Direito do Trabalho (notadamente os princípios da proteção, da irrenunciabilidade, da primazia da realidade e da continuidade, porque os da razoabilidade e da boa-fé são, a bem dizer, princípios gerais de direito) como **princípios constitucionais implícitos**, dada a sua função normogenética.

Explique-se.

Repetindo CANOTILHO, os princípios não proíbem, permitem ou exigem algo em termos de «tudo ou nada» (lógica de *all-or-nothing*, na expressão de DWORKIN<sup>3</sup>), mas impõem a *otimização* de um direito (e.g., os direitos sociais e econômicos dos trabalhadores) ou de um bem jurídico (e.g., a vida e a saúde dos trabalhadores), tendo em conta a “reserva do possível”<sup>4</sup>. Em relação às *normas-regras*, os princípios (= *normas-princípios*) distinguem-se pelo maior grau de abstração, pelo menor grau de determinabilidade na aplicação ao

“...o constituinte de 1988 adotou os princípios específicos do Direito do Trabalho...”

“...como princípios constitucionais implícitos, dada a sua função normogenética.”

caso concreto (reclamando *concretizações mediadoras*: a lei, o juiz), pelo caráter de fundamentalidade no sistema das fontes (têm posição hierárquica superior e/ou função estruturante), pela proximidade com a idéia de Direito (i.e., são “*standards*” radicados na idéia de Justiça) e pela natureza *normogenética*<sup>5</sup>. Esclarecendo a última, CANOTILHO observa que

os *princípios* são fundamento de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função *normogenética* fundamentante<sup>6</sup>.

Essa é a condição dos princípios *juslaborais*, como demonstrado há pouco. Eles são a “*ratio*” dos direitos sociais inscritos no artigo 7º da CRFB, i.e., as idéias-valores que guiaram a “*mens legislatoris*” na positivação dos direitos trabalhistas consagrados em 1988 (vazados, todos, em *normas-regras* constitucionais). Eis a natureza (ou função) *normogenética* de tais princípios<sup>7</sup>. E daí a nossa conclusão: se estão na *origem* — *ontológica* e *epistemológica* — dos direitos sociais positivos, não podem ser princípios imaneses tão-só à legislação *infraconstitucional* (como seria, p.

<sup>2</sup>Cfr. Américo Plá Rodríguez, *op.cit.*, p.258: “Em outros casos, o princípio da racionalidade atua como obstáculo, como limite, como freio de certas faculdades cuja amplitude pode prestar-se à arbitrariedade. [...] As faculdades patronais 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 para vinganças nem perseguições pessoais, nem para a atuação caprichosa ou irracional” (g.n.).

<sup>3</sup>Cfr. Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1978, p.24.

<sup>4</sup>J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 3ª ed., Coimbra, Almedina, 1999, p.1177.

<sup>5</sup>Idem, pp.1086-1087. Para o mesmo binômio, cfr. ainda ROBERT ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, 3.

Aufsl., Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1996, pp.72-73: “Hier sollen Regeln und Prinzipien unter dem Begriff der Norm zusammengefasst werden. Sowohl Regeln als auch Prinzipien sind Normen, weil beide sagen, was gesollt ist. Beide lassen sich mit Hilfe der deontischen Grundausdrücke des Gebots, der Erlaubnis und des Verbots formulieren”.

<sup>6</sup>Idem, p.1087.

<sup>7</sup>A par da função sistêmica, também referida por CANOTILHO: “têm uma idoneidade irradiante que lhes permite “ligar” ou cimentar objectivamente todo o sistema constitucional” (idem, p.1089) - no caso, o subsistema constitucional dos direitos sociais.

ex., o princípio da abstração ou o princípio da cartularidade em Direito cambiário). Se o fossem, não poderiam “gerar” regras de hierarquia constitucional. É inapelável, portanto, a sua imanência constitucional, o que os transforma em princípios constitucionais implícitos (a exemplo de outros tantos que, de longa data, vêm sendo reconhecidos pela doutrina autorizada, especialmente no ímo do Direito Constitucional e Administrativo, como o princípio da proporcionalidade<sup>8</sup> e o princípio da motivação<sup>9</sup>).

Essas conclusões permitem-nos antecipar que, em determinados contextos, a lei ou o ato normativo podem ser *inconstitucionais*, em tese, por violação flagrante dos princípios juslaborais universalmente reconhecidos. É o que ocorreria, se aprovado, com o Projeto de Lei n. 5.483/2001, do Ministério do Trabalho e Emprego (Governo Fernando Henrique Cardoso), que pretendia alterar o artigo 618 da CLT para privilegiar a negociação coletiva em detrimento dos direitos “legislados”. Consoante a Exposição de Motivos (E.M.) do referido projeto, permitir-se-ia às categorias econômicas e profissionais disporem livremente sobre direitos que, sobre terem consagração constitucional (artigo 7<sup>o</sup>), dependessem

da mediação concretizadora da lei: assim, p. ex., a proteção contra despedida arbitrária ou sem justa causa, o FGTS, o piso salarial, o décimo terceiro salário, a remuneração do trabalho noturno superior à do diurno, a proteção jurídica do salário, a participação nos lucros, o salário-família, a remuneração da hora extra superior a 50% do valor da hora normal, o abono de férias superior a um terço do valor do salário e a licença à gestante. Ora, dispor que — mesmo em instância coletiva — o trabalhador possa *renunciar* a esses direitos, objetiva ou tendencialmente (como se, p. ex., ajustassem horas extraordinárias remuneradas a 1%), é *repudiar* o princípio da irrenunciabilidade e o próprio princípio da proteção (norma mais benéfica). Como ambos compõem o substrato ético-normativo imanente ao subsistema constitucional dos direitos sociais mínimos, é indene de dúvidas que, ao contrariá-los, a lei ordinária estaria eivada de inconstitucionalidade, sujeita a controle difuso (artigo 102, III, “c”, da CRFB) ou concentrado (artigo 102, I, da CRFB)<sup>10</sup>.

À vista disso, engendra-se dedutivamente uma segunda ordem de ilações. Por influência da Escola Histórica do Direito, do Positivismo Jurídico e de outras tendências

<sup>8</sup>Cfr., por todos, José Eduardo Martins Cardozo, “Princípios Constitucionais da Administração Pública (de Acordo com a Emenda Constitucional n.º 19/98)”, in *Os 10 Anos da Constituição Federal: Temas Diversos*, Alexandre de Moraes (coord.), São Paulo, Atlas, 1999, pp.149-183 (especialmente pp.178-180). O autor ainda refere, como princípios constitucionais implícitos, os princípios da especialidade, do controle administrativo ou tutela, da autotutela (Súmula 473/STF) e da continuidade, além dos princípios da razoabilidade/proporcionalidade.

<sup>9</sup>Cfr., por todos, Robert Alexy, op.cit., pp.100-104 (“Prinzipientheorie und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz”). No Brasil, cfr. Raquel Denise Stamm, *Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1995, passim.

<sup>10</sup>A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é rica em julgados que demonstram a possibilidade de se declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo por contrariedade a princípio constitucional (explícito ou implícito). Cfr., e.g., ADIn n. 1.458-MC, rel. Min. Celso de Mello, DJ 20/09/1996, e ADIn n. 1.439-MC, rel. Min. Celso de Mello, DJ 30/05/03. Na última, lê-se: “Desrespeito à Constituição - modalidades de comportamentos inconstitucionais do poder público. O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um facere (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação” (g.n.). Já são vários os casos em que o STF reconheceu a inconstitucionalidade de lei por violar o princípio da proporcionalidade e/ou o princípio da razoabilidade (ambos princípios constitucionais implícitos); vejam-se, por todos, a MC-ADIn n. 1511/DF, Min. Carlos Velloso, 16/10/1996 (admissão “in tese” da inconstitucionalidade por ferimento ao princípio da proporcionalidade, malgrado não reconhecida na hipótese) e o REEx n. 266994/SP, Min. Maurício Corrêa, 31/03/2004: “Princípio da razoabilidade. Restrição legislativa. A aprovação de norma municipal que estabelece a composição da Câmara de Vereadores sem observância da relação cogente de proporção com a respectiva população configura excesso do poder de legislar, não encontrando eco no sistema constitucional vigente”.

afins, tornou-se lugar-comum na Hermenêutica clássica a idéia de que os princípios somente se aplicariam ao caso concreto se a lei (i.e., o sistema jurídico legal-positivo) fosse omissa. E não foi outra a tese que ganhou expressão no artigo 4º da LICC (Decreto-lei 4.657/42):

**Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito (g.n.).**

No mesmo rastro, menos de um ano depois, a própria Consolidação das Leis do Trabalho disporia sobre o caráter subsidiário dos "princípios e normas gerais de direito" (artigo 8º, *caput*), incluindo entre aqueles os *princípios gerais do Direito do Trabalho* (que teriam, a despeito da sua generalidade, uma nota de especificidade "*ex ratione materiae*"<sup>11</sup>). "*In verbis*":

As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público (g.n.).

Dir-se-ia, portanto, que os princípios

juslaborais só atuam como *princípios jurídicos* — i.e., "na sua qualidade de verdadeiras *normas*", com função impositiva de otimização<sup>12</sup> — diante das lacunas da legislação trabalhista. Ou, como outrora pontificou BEVILÁQUA, a lei é a forma por excelência do direito; num segundo plano e subsidiariamente, acha-se o costume; o domínio da lei ilumina-se e dilata-se pela interpretação; se o trabalho mental do intérprete não consegue arrancar da letra nem do *espírito da lei* a norma jurídica aplicável ao caso, que tem deante de si, recorre ao processo da *analogia*; e quando este se mostra inadequado abre-se-lhe um espaço mais vasto, onde exercerá a sua livre investigação, á procura dos *princípios gerais do direito*. É uma marcha ascensional, na qual a inteligência *vae*, gradualmente, alargando o campo das suas operações<sup>13</sup>.

Para BEVILÁQUA, a função jurídica dos princípios jurídicos não apenas era subsidiária, como ocupava, na espiral legislativa de prelações, a última posição: omissa a lei, recorrer-se-ia aos costumes; em seguida, à analogia e, finalmente, aos princípios gerais de direito.

Esse convencimento, se um dia foi adequado, não resiste à concepção sistêmica e autopoiética do Direito

<sup>11</sup>Contradição aparente que hoje não causa qualquer espécie. Como pondera MIGUEL REALE, "cada "região jurídica" pressupõe [...] diretrizes ou conceitos básicos que asseguram a unidade lógica dos institutos e figuras que a compõem. É mister, por conseguinte, estudar os princípios gerais do Direito Civil, do Direito Processual, do Direito do Trabalho etc., e, mais particularmente, do Direito de Família, do Direito Cambial etc." (*Lições Preliminares de Direito*, 22ª ed., São Paulo, Saraiva, 1995, pp.312-313 - g.n.). Ou, na dicção de PALMA RAMALHO, os princípios fundamentais do Direito do Trabalho "*são princípios gerais, embora a característica da generalidade seja aqui reportada ao domínio do subsistema laboral (ou seja, são princípios gerais autônomos do Direito do Trabalho)*" (Maria do Rosário Palma Ramalho, *Direito do Trabalho: Dogmática Geral* (Parte I), Coimbra, Almedina, 2005, p.486).

<sup>12</sup>J. J. Gomes Canotilho, *op.cit.*, p.1087. O autor distingue entre *princípios jurídicos* e *princípios hermenêuticos*; os últimos "*desempenham uma função argumentativa, permitindo, por exemplo, denotar a ratio legis de uma disposição [...] ou revelar normas que não são expressas por qualquer enunciado legislativo, possibilitando aos juízes, o desenvolvimento, integração e complementação do direito* (Richterrecht, analogia juris)". Para nós, os princípios específicos do Direito do Trabalho (proteção, irrenunciabilidade, primazia da realidade, continuidade) são, a rigor, as duas coisas: desempenham função hermenêutica, mas também têm função propriamente normativa (= impositiva de otimização de valores e abstenção de condutas).

<sup>13</sup>Clóvis Beviláqua, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Commentado*, 8ª ed., Rio de Janeiro, Livraria Francisco Alves, 1949, v. I, p.115 (g.n.). Os comentários referem-se ao artigo 7º da LICC original (1916), que tinha a seguinte redação: "*Applicam-se, nos casos omissos, as disposições concernentes aos casos analogos e, não as havendo, os principios geraes de direito*".

contemporâneo. A obsolescência era já apontada por MIGUEL REALE em 1973:

Ora, o apelo à analogia não impede que recorramos, concomitantemente, aos costumes e aos princípios gerais, mesmo porque todo raciocínio analógico pressupõe a apontada correspondência entre duas modalidades do real postas em confronto (*analogia entis*) e conduz naturalmente ao plano dos princípios. Quando mais não seja, estes reforçam as aduzidas razões de similitude e dão objetividade à sempre delicada aplicação do processo analógico<sup>14</sup>.

Mas a superação não se refere apenas à “marcha ascensional” das ditas fontes subsidiárias. Refere-se à própria *subsidiariedade* dessas fontes, eis que os princípios gerais de direito [entre os quais os princípios gerais do Direito do Trabalho] não têm função apenas no caso particular de lacunas encontradas na legislação, como ainda se sustenta por anacrônico apego a uma concepção “legalista” do Direito. [...] Em verdade, toda a experiência jurídica e, por conseguinte, a legislação que a integra, repousa sobre princípios gerais de direito, que podem ser considerados os alicerces e as vigas mestras do edifício jurídico. [...] Assim sendo, é à luz dos princípios que devemos interpretar e aplicar modelos jurídicos, quer estes se ajustem ou não, total ou parcialmente à relação social sobre cuja juridicidade cabe ao juiz decidir. Antes do juiz, aliás, são os juristas e advogados que examinam as espécies ocorrentes, em confronto com as disposições legais, fixando diretrizes e formulando pretensões que orientam a função jurisdicional, pois, consoante já dissemos, são os *modelos teóricos ou dogmáticos* que dizem qual o significado

pleno dos *modelos jurídicos*, sejam estes legais, costumeiros, jurisprudenciais ou negociais<sup>15</sup>.

Noutras palavras, uma percepção genuinamente sistêmica do ordenamento jurídico conduz os princípios à condição de *espinha dorsal* do Direito positivo, rechaçando qualquer pretensão de subsidiariedade que ainda dimane da ciência jurídica oitocentista. Os princípios gerais não são meros recursos periféricos de colmatação de lacunas; antes, são eles — e não as regras — a “parte vital” do sistema jurídico<sup>16</sup>.

Conseqüentemente, os artigos 4º da LICC e 8º, *caput*, da CLT devem ser interpretados restritivamente: dispõem sobre — e apenas sobre — os modos de colmatação das lacunas autênticas do sistema jurídico (que pode ser feita, no caso do Direito do Trabalho, por meio da jurisprudência, da analogia, da equidade, dos princípios gerais do Direito do Trabalho, dos princípios e normas gerais do Direito, dos usos e costumes e do próprio direito comparado<sup>17</sup>, sem qualquer ordem necessária de prelação entre esses recursos sistêmicos). O que não significa que esses recursos tenham emprego restrito àquela circunstância. Podem ser aplicáveis noutros contextos, mesmo à falta de lacunas: é o que ocorre, p. ex., com a *equidade* (que, sendo um critério formal de decisão<sup>18</sup>, admite aplicação imediata nos litígios de procedimento sumaríssimo, *ut* artigo 852-I, §1º, da CLT). E é o que se dá com os princípios gerais de Direito do Trabalho, que compõem o *modelo dogmático* sob cuja regência a legislação trabalhista adquire dinâmica própria como modelo jurídico-legal.

<sup>14</sup>Miguel Reale, *op.cit.*, p.311.

<sup>15</sup>*Idem*, pp.311-312 (g.n.).

<sup>16</sup>A expressão é de MIGUEL REALE (*op.cit.*, p.311).

<sup>17</sup>Possibilidade jurídica que, sobre ter positividade em um diploma da primeira metade do século passado, tem raríssimo emprego entre os operadores do Direito do Trabalho, possivelmente pela ausência de referenciais: qual direito comparado? Dadas as limitações de espaço, escusamo-nos de desenvolver o palpitante tema neste trabalho, para reservar-lhe atenção mais cuidada em escritos futuros.

<sup>18</sup>Diversamente da norma jurídica, que é um critério material de decisão. Cfr., por todos, José de Oliveira Ascensão, *O Direito: Introdução e Teoria Geral*, 13ª ed., Coimbra, Almedina, 2005, pp.243-236.

Conclui-se, entretanto, que os princípios juslaborais não *subsidiem* a legislação trabalhista mas, antes, conferem-lhe o *espírito*, dimensionando o seu *sentido* e o seu *alcance* (função hermenêutica). E, para além disso, tendo "*status*" constitucional, esses princípios também relevam para o *controle de constitucionalidade* da legislação em vigor, condicionando a sua validade sistêmica e a sua eficácia sintática a um juízo negativo de *contrariedade*. Caso haja *contrariedade* notória ao princípio, pode o juiz *afastar*, "*incidenter tantum*", a aplicabilidade da norma-regra, ainda que não se verifique qualquer *contradição* expressa com os dispositivos do texto constitucional. Eis aqui, aliás, uma das maiores contribuições — se não a maior — da *teoria dos sistemas* à ciência do Direito: reconhecer nos princípios e valores imanentes ao ordenamento o seu papel estruturante, conformador de *sentido*, sem o qual o Direito objetivo não seria um *sistema aberto de regras e princípios*, mas um conjunto acrílico de normas positivas mais ou menos coerentes entre si (ou, como já se ouviu, um "amontoado" de normas...).

Mas já não se admite, de outra banda, que os princípios jurídicos sejam uma expressão pura do Direito Natural (a não ser que se o compreenda conjecturalmente, sob contínua progressão e objetivação histórica<sup>68</sup>). Eles têm dimensão política, histórica e sociológica. Não é desarrazoado supor, *dessarte*, que os progressos socioeconômicos e tecnológicos, assim como as ideologias reinantes, induzam à condensação ou ao reconhecimento de novos princípios,

*"Caso haja contrariedade notória ao princípio, pode o juiz afastar, 'incidenter tantum', a aplicabilidade da norma-regra, ainda que não se verifique qualquer contradição expressa com os dispositivos do texto constitucional."*

desconhecidos ou subvalorizados nos estágios precedentes da doutrina. Esse fenômeno parece ter eco no Direito do Trabalho contemporâneo, notadamente na Europa.

Merecem menção, nesse particular, as construções dogmáticas mais atuais do Direito do Trabalho português. Em obra recente, PALMA RAMALHO aponta os "sintomas de crise" do Direito do Trabalho no início do século XXI, comungado pelos Estados europeus, e elege quatro grandes objetivos para a vindoura "reforma laboral":

(a) a melhor adequação do regime do contrato de trabalho aos novos modelos de

gestão empresarial e aos desafios crescentes de competitividade e produtividade (o que implicaria regimes de flexibilização interna e novos modelos de contratação, com vistas à maior empregabilidade);

(b) a melhor adequação dos regimes laborais aos novos perfis de trabalhadores (*trabalhadores atípicos*, como os teletrabalhadores e os parassubordinados);

(c) a reposição do dinamismo da negociação coletiva;

(d) a manutenção dos direitos e garantias fundamentais dos trabalhadores no seu núcleo essencial, aliada à abertura a novas necessidades de tutela (como, *e.g.*, nos contextos desfavoráveis relacionados ao meio ambiente do trabalho, à escravidão contemporânea e à automação)<sup>19</sup>.

Pressupostos históricos diferentes reclamam construções dogmáticas diferentes. É o que se apreende, nas entrelinhas, quando a autora observa que os princípios

<sup>68</sup>Cfr. Miguel Reale, *op.cit.*, p.310. Para REALE, "a pessoa é o valor fonte", e as "constantes ou invariantes axiológicas [que lhe dizem respeito] formam o cerne do Direito Natural, delas se originando os princípios gerais de direito, comuns a todos os ordenamentos jurídicos" (pp.309-310).

do Direito do Trabalho não se reconduzem a arquétipos axiomáticos formais do sistema juslaboral, pois correspondem às **valorações materiais**, de conteúdo ético ou cultural, que estão *subjacentes* ao conjunto de normas laborais do seu tempo<sup>21</sup>. Nessa medida, procura (re)descobri-los numa perspectiva mais democrática e menos partidária, identificando, para além dos interesses visceralmente ligados à dignidade da pessoa trabalhadora e aos seus direitos sociais, os valores de empresa constitucionalmente garantidos. Nessa senda, ao lado do **princípio da proteção do trabalhador** (que reconhece como *vertente* de um princípio maior, atribuindo-lhe maior envergadura que a subentendida por PLÁ RODRIGUEZ), PALMA RAMALHO enuncia certos princípios juslaborais que jamais tiveram expressão na literatura latino-americana autorizada. Vejamos.

Como ponto de partida, descortinam-se três grandes "valorações materiais", a saber:

- o princípio da compensação da posição debitória complexa das partes no contrato de trabalho, que ora se manifesta como princípio da proteção (a

primeira "vertente") e ora se manifesta como **princípio da salvaguarda dos interesses de gestão**;

- o princípio do coletivo (omnipresença do elemento coletivo na esfera juslaboral);
- o princípio da **autotutela laboral** (afirmada como *princípio geral* — não apenas como *direito*<sup>22</sup> — e entendida como a independência sociojurídica da jurisdição exterior).

A partir desses grandes princípios retores, desenvolvem-se concreções setoriais discriminadas como subprincípios ou regras. Assim, por exemplo, o princípio da proteção do trabalhador engendraria, como princípios derivados (= subprincípios), o princípio da dignidade e da segurança no trabalho, o princípio da suficiência salarial, o princípio da conciliação da vida profissional com o lazer e a vida privada e familiar (desaguando no princípio da proteção da maternidade e da paternidade), o princípio da segurança no emprego (= proibição dos despedimentos sem justa causa), o princípio do respeito pelos direitos de personalidade do trabalhador,

<sup>20</sup>Op.cit., pp.88-89. Os complementos dos itens "b" e "d", entre parênteses, são de nossa lavra.

<sup>21</sup>Idem, p.489.

<sup>22</sup>O que ocorre, por exemplo, no sistema jurídico brasileiro, em face do que dispõem o artigo 9º, *caput*, da CRFB e os artigos 1º e 2º da Lei 7.783/89, que asseguram o direito de greve (= suspensão coletiva, temporária e pacífica, total ou parcial, de prestação pessoal de serviços a empregador), mas não exprimem um princípio geral de autotutela laboral. Não por outra razão, a doutrina repete outras formas de protesto coletivo, como as "greves de zelo" - na qual os trabalhadores "continuam em serviço, porém esmeram-se na sua execução para provocar propositado atraso" -, e tem reservas quanto às greves que não girem em torno de reivindicações profissionais típicas, como as greves políticas e de solidariedade (cfr., por todos, Amauri Mascaro Nascimento, *Direito Sindical*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1991, pp.443 e 447-448). Curiosamente, a Constituição do Estado de São Paulo caminhou em outro sentido, admitindo greve (na acepção do artigo 2º da Lei 7.783/89) em caso de risco grave ou iminente no local de trabalho (artigo 229, §2º, da CE), até a normalização das condições do meio ambiente de trabalho - ainda que não haja, aí, matéria passível de negociação propriamente dita, para os fins do artigo 3º, *caput*, da Lei 7.783/89; por envolver direitos indisponíveis a cujo respeito os trabalhadores não poderiam transigir (vida e integridade psicossomática). Observe-se, enfim, que o reconhecimento doutrinário de um princípio geral de autotutela laboral favorece um novo ângulo cognitivo, pelo qual se entrevê a legalidade da autotutela patronal para além do "lock-out" (que é proibido na maior parte dos países): "No que se refere à natureza do princípio da autotutela laboral, deve ficar claro que se trata de um princípio bipolar, no sentido de que emerge não só da função de tutela directa dos interesses dos trabalhadores, mas também da outra figura que permite ao empregador prosseguir os seus interesses sem recorrer aos mecanismos comuns de reintegração efectiva dos direitos e dos negócios jurídicos - ou seja, o poder disciplinar laboral" (Palma Ramalho, op.cit., p.509 - g.n.). A própria autora observa, em nota de rodapé (*idem*, *ibidem*, nota n. 356), que "o ponto merece uma referência porque classicamente a ideia de autotutela é reportada apenas ao direito de greve".

o princípio da assistência ao trabalhador nas situações de risco laboral e de desemprego involuntário e o princípio do "*favor laboratoris*"<sup>23</sup> (que implica o tratamento mais favorável aos trabalhadores em matéria de interpretação das fontes, de conjugação das fontes e de relação entre as fontes laborais e o contrato de trabalho<sup>24</sup>).

Já o princípio da salvaguarda dos interesses de gestão teria concreção no (sub)princípio da colaboração entre as partes no contrato de trabalho (*ut* artigo 119º do Código do Trabalho português, que é tributário da tese alemã da "*Gemeinschaftsverhältnis*"<sup>25</sup>), nas limitações ao princípio da segurança no emprego (como, e.g., nas hipóteses legais de admissão de contratos de trabalho precário, como o contrato de trabalho a termo, a comissão de serviço ou o contrato de trabalho temporário) e em certas emanções dos poderes diretivo e disciplinar do empregador

(mobilidade funcional, adaptabilidade de horários e outras manifestações lícitas do "*ius variandi*")<sup>26</sup>.

Em arremate, a autora fia-se nos elementos de informação coligidos (em grande parte hauridos do juslaboralismo alemão e do espólio normativo da União Européia) para pontificar que, por um lado, *confirma-se a importância actual do princípio da protecção do trabalhador no sistema jurídico laboral português, mas recusa-se a tradicional qualificação deste princípio como valoração material fundamentante única do Direito do Trabalho, em favor da sua colocação ao lado do princípio da salvaguarda dos interesses de gestão do empregador e da qualificação de ambos como vertentes paralelas do princípio da compensação*<sup>27</sup>.

Por outro, asseve que *a perspectiva adoptada sobre o princípio da compensação*

<sup>23</sup>Palma Ramalho, *op.cit.*, pp.492-493.

<sup>24</sup>Cfr. Palma Ramalho, *op.cit.*, p.253. Mal comparando, o princípio do "*favor laboratoris*" corresponde ao princípio da protecção tal como enunciado por PLÁ RODRIGUEZ (*op.cit.*, pp.28-65), enquanto as suas três manifestações, no escólio de PALMA RAMALHO, correspondem às três "regras" de PLÁ RODRIGUEZ: respectivamente, o "*in dubio pro misero*", a norma mais favorável e a condição mais benéfica.

<sup>25</sup>Nesse sentido, leia-se, por todos, ARTHUR NIKISCH, para quem o contrato de trabalho cria um vínculo pessoal estreito entre trabalhador e empregador, a ponto de se poder falar em uma comunidade de relações ("*Gemeinschaftsverhältnis*") estranha ao regime contratual do BGB (Código Civil alemão), que nasce da admissão do trabalhador na empresa ou no âmbito da vida privada do empregador (como, e.g., no trabalho doméstico) e engendra deveres comunitários de fidelidade, assistência e colaboração. Cfr. *Arbeitsrecht: Allgemeine Lehren und Arbeitsvertragsrecht*, 3. Aufl., Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1961, I Band, p.162. Na mesma linha, PALMA RAMALHO refere-se à natureza comunitário-pessoal da relação laboral (*Da autonomia dogmática do Direito do Trabalho*, Coimbra, Almedina, 2000, pp.457-465). Em sentido contrário, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO aponta o abandono progressivo da idéia de "*Gemeinschaftsverhältnis*" no próprio Direito do Trabalho alemão (citando, e.g., HERBERT WIEDEMANN em 1966, ERNST WOLF em 1970 e PETER SCHWERDTNER em 1970); e, para mais, contesta que o contrato de trabalho seja "*intuitu personae*", porque "*o moderno Direito do Trabalho está massificado; havendo uma total substituíbilidade entre os trabalhadores de iguais habilitações*". Cfr., respectivamente, *Tratado de Direito Civil Português*, 3ª ed., Coimbra, Almedina, 2005, v. I, t. I, pp.196-197 e nota n. 612, e *Manual de Direito do Trabalho*, Coimbra, Almedina, 1999 (reimpressão), p.520. Para nós, se essas relações são verdadeiras do ponto de vista técnico-sociológico, ainda não o são do ponto de vista estritamente relacional, ao menos no que diz com a posição do trabalhador: o empregado não pode se fazer substituir por quem quer que seja sem a anuência do empregador, o que denuncia a essencial *personalidade*; e, se clausularmente avançassem que o empregado pudesse a qualquer momento enviar terceiro para laborar em seu posto, mesmo sem a concordância prévia do tomador de serviços, já não se trataria de relação de emprego "*stricto sensu*". Ademais, os deveres de fidelidade, assistência e colaboração de trabalhadores e empregadores são implicações necessárias da função social do contrato de trabalho (mesmo nos contextos desintegradores da sociedade pós-industrial) e derivam do próprio princípio da boa-fé (*infra*), o que desautoriza quaisquer construções que reduzam o Direito Individual do Trabalho ao Direito dos Contratos e ignorem o seu feito comunitário-pessoal.

<sup>26</sup>Para a dimensão desse subprincípio no contexto legislativo português, como manifestação hodierna do "princípio do rendimento", cfr., *infra*, a nota n. 36.

<sup>27</sup>Palma Ramalho, *op.cit.*, p.499.

tem implícita a recusa da visão clássica do Direito Laboral como uma área jurídica predestinada à protecção dos trabalhadores subordinados e, consequentemente, a negação da característica da sua unilateralidade, em favor da sua visão como um direito compromissório<sup>28</sup>.

No mesmo sentido, abandonando a visão do Direito do Trabalho "tutelar" e enfatizando o seu carácter compromissório, vejam-se ainda, na Europa, RÜTHERS<sup>29</sup>, LYON-CAEN<sup>30</sup> e, menos explicitamente, JAVILLIER<sup>31</sup>.

Nota-se, aqui, uma irrecusável evolução sistemática do Direito do Trabalho, mais coerente com o princípio democrático e com a vocação pluralista dos Estados Democráticos de Direito. Rompe-se com um paradigma ideológico que se justifica sob a lógica política do fascismo, na qual o papel do Estado era coordenar, "ex auctoritas", as corporações profissionais e económicas. E, ao mesmo tempo, não se perde de vista o cerne maior da protecção jurídico-laboral, a saber, a especial vulnerabilidade dos trabalhadores subordinados, cuja dignidade humana ergue-se como anteparo intransponível diante do exercício voluntarioso do poder hierárquico do empregador.

Não nos prenderemos à análise do mérito de cada um desses novos princípios, nem tampouco sobre a verdade da sua imanência. É evidente, porém, que a "descoberta" desses novos princípios juslaborais (em especial aqueles relacionados ao livre exercício da atividade empresária) não elide os princípios clássicos do Direito do

Trabalho, apontados já na introdução deste texto (*supra*). Convém, por isso, revisitá-los e ensaiar, em primeiras linhas, a sua inserção nesse novo modelo dogmático. Passemos a isto.

### 3 O REGIME JURÍDICO DO CONTRATO DE TRABALHO NO MUNDO CONTEMPORÂNEO. PRINCPIOLOGIA: REDISCUTINDO A AUTONOMIA DOGMÁTICA DO DIREITO DO TRABALHO

Referíamos, na introdução, a obra de AMÉRICO PLÁ RODRIGUEZ (entre nós, o divisor de águas no seu tema). Mas o estudo sério dos princípios juslaborais obviamente não começa e nem termina com os escritos do jurista uruguaio. Não são poucos os autores que, na doutrina mundial, procuraram isolar e densificar os chamados *princípios do Direito do Trabalho*. Tal constatação já denota a importância capital desse estudo para a Ciência do Direito do Trabalho. Dentre tantos ilustrados, e à vista dos limites materiais deste artigo, ater-nos-emos a dois deles, cujas obras destacaram-se pela notoriedade e pela sistematicidade. Ambos fizeram escola em seus respectivos continentes: na Europa ocidental, o espanhol MIGUEL HERNAINZ MARQUES; na América Latina, o próprio AMÉRICO PLÁ RODRIGUEZ. A partir desses escólios, examinados em cotejo, discutiremos os possíveis caminhos de atualização da principio-logia juslaboral. Focalizaremos, outrossim, os princípios que mais relevam para o *Direito Individual do Trabalho*, uma vez que os princípios inerentes ao Direito Coletivo do Trabalho<sup>32</sup> são de diversa inflexão e merecem abordagem apartada, noutra ocasião.

<sup>28</sup>*Idem*, p.500.

<sup>29</sup>Bernd Rütters, "35 Jahre Arbeitsrecht in Deutschland", in *Recht der Arbeit. Zeitschrift für die Wissenschaft und Praxis des gesamten Arbeitsrechts*, München, C. H. Beck, 1995, p.328.

<sup>30</sup>Gérard Lyon-Caen, "La crise du droit du travail", in *In memoriam Sir Otto Kahn-Freund*, Munich, C.H. Beck, 1980, pp. 515-517.

<sup>31</sup>Jean-Claude Javillier, *Droit du Travail*, 7<sup>e</sup> ed., Paris, L.G.D.J., 1999, pp.55-57.

<sup>32</sup>Cite-se aqui, por todos os outros enunciáveis, o princípio do coletivo, que "reflete a orientação geral do Direito Laboral para valorizar, na concepção e na disciplina dos fenómenos laborais (incluindo o contrato de trabalho), uma componente colectiva ou de grupo", o que "permite reconduzir o Direito do Trabalho a um direito de grupos (entendendo aqui o termo grupo não em moldes restritos, reportados a entidades colectivas, mas em termos amplos, ou seja, abrangendo realidades, conceitos e entidades colectivas) e reconhecer a dimensão colectiva como o traço mais original desta área jurídica" (Maria do Rosário Palma Ramalho, *Direito do Trabalho*, p.501).

Na Espanha, para além dos princípios gerais de direito que se aplicam ao Direito do Trabalho, HERNAINZ MARQUES<sup>33</sup> já apontava, na década de cinquenta, princípios específicos da disciplina, observando que a resposta à questão da sua existência autónoma dependeria do desenvolvimento alcançado pelo Direito do Trabalho em cada

país, bem como da armação doutrinal conjunta e homogênea construída em torno da lei com o contributo dos aportes científicos dos doutos. Nessa linha, para o caso espanhol, indicava os seguintes: o *princípio da irrenunciabilidade*<sup>34</sup>, o *princípio «pro operario»*<sup>35</sup>, o *princípio do rendimento*<sup>36</sup>

<sup>33</sup>Miguel Hernainz Marquez, *Tratado Elemental de Derecho del Trabajo*, 10ª ed., Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1969, pp.88-91.

<sup>34</sup>Para HERNAINZ MARQUEZ, consubstanciaria a impossibilidade de o empregado privar-se *ampla, voluntária e amecipadamente* dos direitos conferidos pela legislação laboral, conquanto pudesse, na ótica do mesmo autor, transigir com alguns deles em caráter individual, concreto e posterior – o que remete à distinção entre direitos relativamente irrenunciáveis e direitos absolutamente irrenunciáveis. Os direitos absolutamente irrenunciáveis não são transigíveis em qualquer hipótese, sendo dessa ordem todos os direitos trabalhistas visceralmente ligados à dignidade da pessoa humana, no seu núcleo mais fundamental (vida, integridade física e liberdade espaço-corporal). O empregado não pode, e.g., transigir concretamente quanto ao fornecimento de determinado equipamento de proteção individual cuja concessão seja obrigatória “*ex vi legis*”.

<sup>35</sup>Descoberto no Direito do Trabalho, liga-se ao sentido histórico de proteção dos economicamente débeis que prestam serviço por conta alheia (hipossuficiência econômica), manifestando-se ora como princípio de interpretação favorável de uma norma única, ora como princípio de resolução de conflitos aparentes de normas trabalhistas (o que pressupõe a sua pluralidade), ora ainda como princípio de aquisição das condições mais benéficas.

<sup>36</sup>Por esse princípio, a interpretação da lei laboral deveria ter em conta uma visão conjunta da produção, inspirada por valores de tipo nacional e coletivo, que sobrepassem os valores puramente particulares dos componentes da relação de emprego. Ambos os pólos, empregados e empregadores, deveriam realizar o máximo esforço para incrementar e impulsionar a produção nacional, a ponto de o desempenho laboral abaixo de certo *minimum* configurar violação contratual (cfr. Américo Plá Rodríguez, *op.cit.*, pp.266-267), reputando-se ilícitas as estratégias de luta operária que implicassem diminuição do rendimento normal (como, e.g., as greves típicas, as “operações-padrão” e as greves de “braços cruzados”). O princípio do rendimento atuarial, para alguns, como um “princípio compensatório” de todos os anteriores (o que é veementemente negado por HERNAINZ MARQUEZ – *op.cit.*, p.89). Na verdade, tal princípio associa-se à idéia de prevalência do interesse público-estatal sobre os interesses de classe, que tinha um sentido muito particular nos regimes políticos autoritários de inspiração fascista, em que se concebia o Estado como elemento mediador/neutralizador da luta de classes. Fora invocado por copiosa doutrina até a década de setenta: PÉREZ BOTIJA, CABANELLAS, MENÉNDEZ PINDAL, ALMANSA PASTOR, TISSEMBAUM, etc. (para um relação completa, com indicações bibliográficas, cfr. Plá Rodríguez, *op.cit.*, p.265, nota n. 468) – coincidentemente ou não, quase todos autores espanhóis cujas obras são contemporâneas ao governo de FRANCISCO FRANCO (1939-1975). No Brasil, a idéia (não o princípio) foi vazada no artigo 8º, *caput, in fine*, da CLT, sob a égide do governo ditatorial de GETÚLIO VARGAS. Hodiernamente, a se admitir a existência de um princípio do rendimento, cumprirá fazer-lhe a releitura à luz das finalidades e dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, escapando à esfera restrita da produção e acumulação nacional de riquezas e assentando-se num conceito prudencial de Interesse público primário, que corresponde ao interesse geral do povo tal como se apresenta ao intérprete, segundo o foco da realização objetiva do bem comum. Contrapõe-se à noção de *interesse público secundário*, que é o interesse geral do povo visto pelas lentes dos aparelhos de Estado (governo), tal como revelado nas políticas públicas dos órgãos da Administração (cfr., para a distinção, Renato Alessi, *Sistema Istituzionale del diritto amministrativo italiano*, 3ª ed., Milano, Giuffrè, 1960, pp.197-198). Convergindo para esse “conceito novo”, merece particular menção a obra de PALMA RAMANHO, referida no tópico anterior (II), que enuncia, entre os princípios gerais do Direito do Trabalho, o *princípio da compensação da posição debilitada complexa das partes no contrato de trabalho*, e logo depois o desdobra no princípio da proteção do trabalhador e no princípio da prevalência dos interesses de gestão (*supra*). Esse último corresponderia à necessidade de “assegurar ao empregador as condições necessárias ao cumprimento dos deveres amplos que lhe incumbem e, indiretamente, viabilizar este mesmo vínculo [laboral]”, fazendo-o por meio da *prevalência*, dentro de certos limites, dos interesses do empregador sobre o acordo negocial. Como visto alhures, a autora ilustra um tal princípio referindo o regime de adaptabilidade dos horários dos empregados (artigos 164ª e ss. do Código do Trabalho), o regime de mobilidade funcional (artigo 314ª do Código do Trabalho), os poderes modificativos do contrato de trabalho por iniciativa do empregador (“*ius variandi*”) e as próprias “limitações ao princípio da segurança no emprego” (como nos casos de admissibilidade de contratos de trabalho precário – a termo, temporário, a comissão de serviço, etc. – ou de cessação do contrato de trabalho por iniciativa do empregador com fundamento em causas objetivas ou na inadaptação do trabalhador). Tudo, enfim, justificando-se em prol da subsistência global dos vínculos empregatícios (interesse público primário), contemporizando com as limitações factuais da empresa. Cfr. Maria do Rosário Palma Ramalho, *Direito do Trabalho*, pp. 489-492 e 498-501. De nossa parte, cremos que a enunciação dessa idéia como princípio geral é razoável, mas desafia maiores cuidados (a *precarização contratual*, por exemplo, não pode derivar de princípio, mas de exceção).

e o princípio da continuidade<sup>37</sup>. Para além desses, PLÁ RODRIGUEZ enunciou o princípio da primazia da realidade, o princípio da boa-fé e o princípio da razoabilidade.

Convém, agora, confrontar as versões das duas obras para buscar um sentido unívoco e, no que couber, reponderá-las.

O princípio da proteção, a que temos feito alusões, equivale ao "princípio pro operario" de HERNAINZ MARQUEZ, numa concepção mais atual e pedagógica. Reputa-se-o o mais importante entre os princípios específicos de Direito do Trabalho. Corresponde ao critério fundamental que orienta o Direito do Trabalho pois este, ao invés de inspirar-se num propósito de igualdade, responde ao objetivo de estabelecer um amparo preferencial a uma das partes: o trabalhador<sup>38</sup>.

Para PLÁ RODRIGUEZ, o princípio da proteção se expressa sob três formas distintas (subprincípios ou, na dicção do autor, "regras"), a saber: (a) a regra "*in dubio pro operario*", que consiste em um critério de interpretação pelo qual, entre os vários sentidos possíveis de uma norma, deve o juiz ou o intérprete optar por aquela que seja mais favorável ao trabalhador (com reflexos ponderáveis, p. ex., na distribuição do ônus da prova<sup>39</sup>); (b) a regra da norma mais favorável, que determina a chamada "hierarquia dinâmica" do Direito do Trabalho<sup>40</sup>: no caso de haver mais de uma norma aparentemente aplicável ao caso, deve-se optar por aquela que seja mais favorável, ainda que não corresponda aos critérios clássicos de hierarquia das normas (assim, e.g., o contrato individual de trabalho que preveja jornada de seis horas diárias e trinta horas semanais prevalece sobre a lei ordinária ou sobre a própria Constituição, caso prevejam

<sup>37</sup>Corresponde à inclinação ostensiva e manifesta do Direito do Trabalho para os vínculos com caráter de permanência, tendendo à continuidade indefinida (contratos de trabalho por prazo indeterminado) e relegando à excepcionalidade os contratos de trabalho temporários ou por prazo determinado. Assim, na dúvida, impõe-se a "*presumptio hominis*" da contratação por prazo indeterminado.

<sup>38</sup>Hernainz Marquez, *op.cit.*, p.28. Entre os alemães, cfr. Walter Kaskel; Herman Dersch, *Derecho del Trabajo*, trad. Ernesto Krotoschin, Buenos Aires, De Palma, 1961, p.32 ("princípio protetor").

<sup>39</sup>No Brasil, confira-se, e.g., a Súmula 338/TST: "*É ônus do empregador que conta com mais de 10 (dez) empregados o registro da jornada de trabalho na forma do art. 74, § 2º, da CLT. A não apresentação injustificada dos controles de frequência gera presunção relativa de veracidade da jornada de trabalho, a qual pode ser elidida por prova em contrário*". Em Portugal, MOTA PINTO denuncia a carência de positividade da regra "*in dubio pro operario*", mas parece considerá-la necessária ou pelo menos útil, uma vez que propõe a aplicação, aos contratos individuais de trabalho, das normas interpretativas do Decreto-lei n. 446/85 (que disciplina as chamadas cláusulas contratuais gerais), como forma de engendrar uma prática de interpretações mais favoráveis ao hipossuficiente económico no que se refere às cláusulas contratuais gerais que o empregador agrega ao pacto (i.e., cláusulas que têm foros de generalidade na estrutura da empresa e não são negociadas com os empregados). Cfr. Alexandre Mota Pinto, "*O contrato de trabalho de adesão no Código do Trabalho: notas sobre a aplicação do regime das cláusulas contratuais gerais ao contrato de trabalho*", in *Estudos de Direito do Consumidor*, Coimbra, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra/Centro de Direito do Consumo, 2003, n. 5, p.261).

<sup>40</sup>Quanto a essa regra, a vetusta lei brasileira prossegue silente. Já o Código do Trabalho português consagrou expressamente o princípio de hierarquia dinâmica em seu artigo 4º ("princípio do tratamento mais favorável"), notadamente no n. 3: "*As normas deste Código só podem ser afastadas por contrato de trabalho quando este estabeleça condições mais favoráveis para o trabalhador e se delas não resultar o contrário*". Diga-se, porém, que o Tribunal Constitucional português decidiu, em sede de fiscalização preventiva de constitucionalidade do artigo 4º, 1, que "*ao prever que as normas não absolutamente imperativas nem supletivas [...] do Código (que é um acto legislativo) possuem ser afastadas por regulamentos de condições mínimas (que são actos de natureza não legislativa), o questionado art. 4º, n.º 1, viola irremissivelmente o disposto no art. 112º, n.º 6, da CRP*" (acórdão n. 306/2004, rel. Mário José de Araújo Torres, in *Diário da República*, I-A, 18.07.2003 - g.n.), o que levou à alteração desse artigo, com o acréscimo do n. 2. O Tribunal baseou-se na regra de "congelamento do grau hierárquico" do artigo 112º, 6, da CRP. Mas seria de se indagar se a proibição do n. 2 do artigo 4º ("*As normas deste Código não podem ser afastadas por regulamento de condições mínimas*") aplicar-se-ia até mesmo aos casos em que o regulamento de condições mínimas concedesse tratamento mais favorável ao trabalhador. Pela "*ratio decidendi*" do acórdão, supõe-se (equivocadamente) que sim.

duração maior<sup>41</sup>); (c) a regra da condição mais benéfica, que ajusta o princípio do direito adquirido à cambialidade e à profusão normativa do Direito do Trabalho: a aplicação de uma nova norma trabalhista não pode servir para diminuir as condições mais favoráveis já fruídas pelo trabalhador<sup>42</sup> (as condições antigas só podem ser alteradas pelas novas regulamentações ou por disposições subseqüentes de caráter geral, aplicáveis a todo um conjunto de situações trabalhistas, se, em relação às novas condições, não forem globalmente mais benéficas).

O princípio da irrenunciabilidade é enunciado como a impossibilidade jurídica de o empregado privar-se voluntariamente de uma ou mais vantagens concedidas pelo Direito do Trabalho (objetivo) em seu benefício. Mas, nesse aspecto, PLÁ RODRIGUEZ diverge nominalmente de HERNAINZ MARQUEZ, por entender que o princípio da irrenunciabilidade não se limita a obstar a privação voluntária de direitos em caráter amplo e abstrato (e.g., a renúncia geral ao direito de gozar férias), mas também a privação voluntária de direitos em caráter restrito e concreto (e.g., a renúncia às férias adquiridas entre os anos de 2003 e 2004), e previne "tanto a que se realize por antecipação como a que se efetue posteriormente"<sup>43</sup>. Esse princípio tem fundamento na indisponibilidade de certos bens e direitos (e.g., a saúde e a integridade física

do trabalhador), no cunho imperativo de certas normas trabalhistas (e.g., as normas que garantem o direito ao repouso semanal remunerado<sup>44</sup>) e na própria necessidade de limitar a autonomia privada como forma de restabelecer a igualdade das partes no contrato de trabalho. Fora desses pressupostos, porém, é de se admitir a renúncia "a posteriori" de direitos trabalhistas, notadamente quando se consume no imo de uma transação, mediante concessões recíprocas.

Do princípio da continuidade tratamos há pouco, sob a ótica de HERNAINZ MARQUEZ (*supra*, nota n. 37). A mais do que já se disse, acresça-se, com PLÁ RODRIGUEZ, que esse princípio não se circunscreve à preferência pelos contratos de duração indefinida, desdobrando-se ainda no próprio dinamismo dos contratos de trabalho (que admitem amplo espectro de transformações durante a sua execução, sem prejuízo do prosseguimento da relação contratual), na viabilidade de manutenção do contrato apesar dos incumprimentos e das nulidades e, por fim, na resistência em se admitir a rescisão do contrato por exclusiva vontade patronal<sup>45</sup>.

Segue-se o princípio da primazia da realidade, que não é referido por HERNAINZ MARQUEZ. Presta-se aos casos de desajuste entre a realidade e as

<sup>41</sup>Como no caso brasileiro, em que o artigo 7º, XIII, da CRFB prevê duração normal de trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais. Note-se, porém, que "a comparação das normas deve levar em consideração a situação da coletividade trabalhadora interessada e não de um trabalhador tomado isoladamente" e que "a questão de saber se uma norma é ou não favorável aos trabalhadores não depende da apreciação subjetiva dos interessados", devendo ser resolvida objetivamente, em função dos motivos que inspiraram as normas (Plá Rodríguez, *op.cit.*, p.57, recorrendo a PAUL DURAND).

<sup>42</sup>ANDRADE MESQUITA identifica esse princípio no artigo 560º do Código do Trabalho português, denominando-o princípio do tratamento mais favorável no tempo e derivando-o "do princípio do não retrocesso social, assentando no pressuposto de que o contínuo progresso permite sempre melhorar as condições de vida dos trabalhadores" (José Andrade Mesquita, *Direito do Trabalho*, 2ª ed., Lisboa, AAFDL, 2004, p.309 - g.n.).

<sup>43</sup>Plá Rodríguez, *op.cit.*, pp.66-67.

<sup>44</sup>Vide, e.g., o artigo 7º, XV, da Constituição brasileira e o artigo 205º do Código do Trabalho português.

<sup>45</sup>Aspecto que é mais verdadeiro em Portugal, que ratificou a Convenção n. 158 da Organização Internacional do Trabalho ("Cessação do trabalho por iniciativa do empregador") pela Resolução AR n. 55/94, de 27.08.1994, e menos verdadeiro no Brasil, que chegou a ratificar a referida convenção no plano internacional, mas jamais a transpôs efetivamente para a ordem interna; ao depois, acabou por denunciá-la (prossequindo, agora como antes, o direito potestativo do empregador à denúncia vazia do contrato de trabalho, condicionada à obrigação de indenizar).

formas, as formalidades ou as aparências: "em matéria de trabalho importa o que ocorre na prática, mais do que aquilo que as partes hajam pactuado de forma mais ou menos solene, ou expressa, ou aquilo que conste em documentos, formulários e instrumentos de controle"<sup>46</sup>. Ou seja: os fatos primam sobre as formas. Esse princípio relaciona-se à idéia do contrato de trabalho como *contrato-realidade*: à diferença dos contratos de direito civil, a produção de efeitos jurídicos e a aplicação do Direito dependeriam do cumprimento mesmo da obrigação contraída, não bastando o acordo de vontades; noutras palavras, "no direito civil o contrato não está ligado a seu cumprimento, enquanto no do trabalho não fica completo senão através da sua execução"<sup>47</sup>. PLÁ RODRIGUEZ sugeria, com isso, que o contrato de trabalho só teria *relevância* (ou mesmo *existência*) no plano juslaboral quando houvesse manifestação fenomenológica do fator *trabalho*, i.e., quando a obrigação de prestar trabalho fosse efetivamente cumprida; de fato, só então o contrato desafiaria a incidência de todo o arcabouço normativo juslaboral. Já no Direito Civil, as normas têm incidência útil desde o momento lógico/histórico do acordo de vontades, independentemente da execução contratual.

Pensamos que essa distinção, clássica no Direito do Trabalho, peça pelo excessivo maniqueísmo e não resiste à variedade dos instrumentos jurídicos de consenso que permeiam o tráfico sócioeconômico contemporâneo. Se fosse assim, o *pré-contrato de trabalho* jamais atrairia a aplicação de normas trabalhistas tipicamente tuitivas (regras e princípios), o que fere a boa técnica e o senso de justiça, além de contradizer o princípio da equiparação, que rege universalmente o instituto do *contrato preliminar* (=

contrato-promessa), conquanto seja meramente intuitivo na legislação brasileira (vide artigos 462 a 466 do NCC)<sup>48</sup>. Além disso, estariam alheios à regulação especial da Consolidação das Leis do Trabalho até mesmo os *contratos de trabalho definitivos* que, por culpa do empregador, caso fortuito ou força maior (e.g., moléstia súbita do contratado), deixassem de ter execução, mensurando-se eventual indenização sob os parâmetros imprecisos do Direito Civil. A jurisprudência demonstra não ser essa a percepção preponderante nos quadros da Justiça do Trabalho (como, p. ex., nos casos de admissão em sábado não trabalhado, seguida pela interrupção fortuita do contrato de trabalho e ulterior rescisão por iniciativa do empregador, antevendo a incapacidade ulterior do contratado): mesmo antes da EC n. 45/2004, as declinações de competência eram incomuns, dando-se à hipótese tratamento celetário. É que os deveres comunitários de fidelidade, colaboração e assistência dimanam do próprio tipo contratual, independentemente de sua execução mais ou menos integral.

Com efeito, ao Direito do Trabalho contemporâneo interessa também o processo de formação do contrato de trabalho, o acordo de vontades e o próprio modo de se obtê-lo, independentemente da execução do contrato "a se". Eis o que justifica todas as construções em torno da *teoria das nulidades* no Direito do Trabalho e – insista-se – confere sentido à investigação do contrato-promessa no marco do Direito laboral; são, ambos, temas que têm recebido destacada atenção, tanto na doutrina juslaboral quanto no próprio Direito positivo (assim, e.g., em Portugal, onde o contrato-promessa de trabalho mereceu positividade no Código do Trabalho de 2003). Logo, ainda que se

<sup>46</sup>Plá Rodriguez, *op.cit.*, pp.227-228.

<sup>47</sup>Mario de la Cueva, *Derecho Mexicano del Trabajo*, 2ª ed., México, Porrúa, 1943, t. I, p.381. "Não, porém, em Portugal: dispõe o artigo 410º, 1, do Código Civil português (1966) que "à convenção pela qual alguém se obriga a celebrar certo contrato são aplicáveis as disposições legais relativas ao contrato prometido, exceptuadas as relativas à forma e as que, por sua razão de ser, não se devam considerar extensivas ao contrato-promessa" (g.n.). O estudo minucioso dos contratos-promessa de trabalho e de suas consequências jurídicas, no Brasil e em Portugal, ocupou-nos em monografia própria (a ser oportunamente publicada).

reconheça o sentido e a entidade do princípio da primazia da realidade – como pessoalmente reconhecemos –, é mister *redimensioná-lo* em face da nova fenomenologia à qual o Direito do Trabalho tem estado permeável desde os finais do século XX: negociações preliminares, contratos preliminares de trabalho, contextos de culpa “*in contrahendo*”, vícios de formação, etc. Ao lado da realidade factual (= execução do objeto do contrato), há a realidade pactual (= acordo de vontades típico), que não pode ser ignorada.

O princípio da razoabilidade é provavelmente o mais elástico de todos os princípios juslaborais, carreando sempre boas doses de subjetividade. Corresponde à idéia de que o ser humano, em suas relações trabalhistas, procede e deve proceder conforme à sua razão. É certo não se tratar de princípio exclusivo do Direito do Trabalho; antes, é um princípio geral de Direito (sem nota de especificidade – cfr., *supra*, a nota n. 11), imanente à ordem jurídica em sua globalidade. Não por outro motivo, é frequentemente invocado por constitucionalistas, civilistas e penalistas. Nos lindes do Direito do Trabalho, presta-se à medição da verossimilhança de determinada explicação ou solução; assim, p.ex., não é razoável supor que os ex-empregados de uma dada empresa tenham espontaneamente se demitido e constituído uma cooperativa entre si para, a partir do mês seguinte, prestar serviços à mesma empresa, por preço unitário e sem os encargos sociais de praxe<sup>49</sup>. O princípio da razoabilidade induz, nesses casos, à presunção da fraude. Trata-se, porém, de uma incidência que não inspira qualquer originalidade em matéria trabalhista.

PLÁ RODRIGUEZ ainda identifica o princípio da boa-fé como um princípio específico do Direito do Trabalho, derivando-o do que é (ou foi) o princípio do rendimento. Para o autor, se se acredita que há obrigação de ter rendimento no trabalho, é porque se parte da suposição de que o trabalhador deve cumprir seu contrato de boa-fé e entre as exigências da mesma se encontra a de colocar o empenho normal no cumprimento da tarefa determinada<sup>50</sup>.

Com isso, pretendeu-se banir, do panteão axiológico a sistematizar, o princípio do rendimento – provavelmente pela sua captação fascista. Mas a justificação de PLÁ RODRIGUEZ não foi, a esse propósito, explícita<sup>51</sup>. Para recusá-lo, ponderou que o princípio não é universal (não alcançaria relações de trabalho subordinado que não acrescem à produção nacional, como o trabalho doméstico), tem motivação político-patriótica (justificação mais próxima àquela que sugerimos), seu papel é meramente compensatório e secundário (não serviria para justificar o Direito do Trabalho como ramo autônomo), desprega-se a olhos vistos dos demais (falta-lhe a finalidade tuitiva) e é pragmaticamente unilateral (“*tudo se reduz a uma série de obrigações a cargo do trabalhador*”<sup>52</sup>). São todos argumentos verdadeiros. Numa perspectiva atualizadora, o princípio do rendimento pode ser apreendido, hoje, como princípio da prevalência dos interesses de gestão (*supra*, nota n. 36), reequilibrando-se o edifício dogmático e abandonando-se o viés paternalista. Mas, ainda assim, estará subordinado ao princípio da proteção (que prevalecerá, na maior parte dos conflitos), dada a primazia da dignidade humana como fundamento da República.

<sup>49</sup>O exemplo, aqui adaptado, está em PLÁ RODRIGUEZ (*op.cit.*, p.261). Trata-se de fraude recorrente no cenário brasileiro de meados da década de noventa, a ponto de haver doutrina juslaboral séria a cunhar e empregar expressões como “*fraudoperativas*” e “*cooperagos*”. «gato» é a expressão popular para designar o “*marchand*” de mão-de-obra, i.e., o intermediário que mercancia a força de trabalho alheia.

<sup>50</sup>Plá Rodriguez, *op.cit.*, p.269.

<sup>51</sup>*Op.cit.*, pp.267-269.

<sup>52</sup>*Idem*, p.268.

Ao mais, embora o princípio da boa-fé não seja tampouco um princípio exclusivo do Direito do Trabalho, sustentou-se que, no seu bojo, sobejasse em importância, porque a relação de emprego não se resume a um negócio circunstancial ou a uma fugaz transação mercantil, mas contém vínculos sociológicos pessoais e permanentes<sup>53</sup>. Assim, a justificação e a aplicação deste princípio têm um significado, uma duração e uma necessidade muito superiores às que podem ter em contratos que se esgotam em um intercâmbio único de prestações ou em uma simples correspondência de prestações materiais<sup>54</sup>.

De nossa parte, cremos que, se é inevitável que o princípio da boa-fé ganha especial dimensão nos lindes do Direito laboral (especialmente em face do caráter ontológico do objeto da prestação contratual, que é emanção da própria personalidade da pessoa humana trabalhadora), também é certo que, tal como ocorre com a razoabilidade, um estudo apartado do instituto da boa-fé nos estritos limites do Direito do Trabalho não se justifica, senão como compêndio de casuísmos. Melhor será que, à mercê da sua universalidade e da sua plasticidade, a boa-fé inspire estudos de corte epistemológico transversal, que a desenvolvam em todas as suas manifestações disciplinares (inclusive nas searas do Direito público), com visão de conjunto<sup>55</sup>.

Por derradeiro, interessa dirimir uma questão de fundo lógico-estrutural que, longe de ser cerebrina, tem repercussões ideológicas contundentes no manejo e na hermenêutica do Direito do Trabalho.

Enunciar princípios próprios do Direito do Trabalho significa reconhecer-lhe autonomia dogmática<sup>56</sup>, para além da autonomia enciclopédica (há muito conquistada no universo acadêmico, mediante cadeiras independentes e especializações disciplinares), da autonomia judiciária (mais aguda em alguns países – como no Brasil e na Alemanha, que mantêm ramos autônomos do Poder Judiciário para a resolução dos litígios oriundos das relações de emprego<sup>57</sup> e menos evidente em outros – como, e.g., em Portugal ou Espanha, que possuem tão-só unidades judiciárias especializadas na matéria<sup>58</sup>, sem autonomia corporativa) ou, como se verá, da própria autonomia sistêmica.

Objeta-se, porém, que os princípios em questão não são mais que princípios de Direito Civil refigurados (e.g., o princípio de tutela do contraente débil e o princípio da primazia da materialidade subjacente), de modo que o Direito do Trabalho não teria cariz principiológico autônomo. Diz-se, ainda, que a dogmática civil já basta à resolução das questões laborais e o Direito do Trabalho não seria mais que o Direito civil do

<sup>52</sup>Plá Rodriguez, *op.cit.*, p.272.

<sup>53</sup>Dessa ordem, se bem que restrita ao Direito privado (mas, ainda assim, com inclinação globalizante), é a tese "Da Boa Fé no Direito Civil", que valeu a ANTONIO MENEZES CORDEIRO seu Doutorado pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Cfr. António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro, *Da Boa Fé no Direito Civil*, Coimbra, Almedina, 2001. (2ª reimpressão), *passim*.

<sup>54</sup>Em sentido inverso, PALMA RAMALHO considera que a existência de princípios próprios é uma decorrência da autonomia dogmática do Direito do Trabalho, pendendo para uma argumentação autonomizante que privilegia os institutos, não os princípios propriamente ditos (*Direito do Trabalho*, pp. 466 e 485). Cremos, porém, que são os princípios que conferem aos institutos as suas singularidades (propiciando, na leitura de HABERMAS, a sua renovação funcional - *infra*) e não o contrário. Os institutos mesmos, se mais ou menos presentes na casuística jurlaboral, são normalmente reconhecidos pelo Direito Civil. Assim, as convenções coletivas de trabalho (*op.cit.*, pp.468-472) têm correspondência nas convenções coletivas de consumo (veja-se, e.g., o artigo 107 do CDC brasileiro, que as admite entre entidades civis de consumidores e associações de fornecedores, para "estabelecer condições relativas ao preço, à qualidade, à quantidade, à garantia e características de produtos e serviços, bem como à reclamação e composição do conflito de consumo", com força obrigatória sobre os filiados à época do registro do instrumento); da mesma forma, o direito de greve, como direito de resistência ou de autotutela coletiva dos trabalhadores, tem correspondência, para o indivíduo, no desforço pessoal do Direito brasileiro (artigo 1210, §1º, do NCC) e português (artigo 1277º do CC), bem como, em geral, nas ações diretas do Direito português (artigo 336º do CC - de que é espécie o desforço para defesa da posse) e, ainda, nos institutos universais da legítima defesa e do estado de necessidade, que transcendem o plano juscivilístico e relevam inclusive para o Direito Penal.

<sup>55</sup>Havendo, em ambos os países, cortes superiores de jurisdição extraordinária para a matéria trabalhista (respectivamente, o Tribunal Superior do Trabalho e o *Bundesarbeitsgericht*).

<sup>56</sup>Respectivamente, os tribunais do trabalho (cfr. artigos 85º, 86º e 87º da Lei 3/99) e os juzgados de lo social (cfr. artigos 2º e 6º do Real Decreto Legislativo 2/1995, de 07.04).

contrato de trabalho e da relação jurídica que se segue (logo, sem autonomia dogmática).

No Brasil, são dilemas taxonômicos que já (ou ainda) não se põem e tampouco se renovam; em Portugal, porém, a discussão persiste em acesa polémica<sup>59</sup>. Não há, neste artigo, espaço hábil para exaurir um debate de tais proporções. Por isso, cingimo-nos a expressar nosso entendimento.

O Direito do Trabalho tem três características que reclamam uma dogmática própria e o despregam do Direito Civil. A uma, é um **Direito de (re)composição social e econômica**: existe basicamente para mediar e (re)equilibrar o secular conflito entre capital e trabalho (cuja existência é insofismável, ainda que se refutem os demais pressupostos do pensamento marxista). A duas, é um **Direito essencialmente tuitivo** (ao contrário do Direito Civil, que é apenas *acidentalmente* tuitivo). A três, é um **Direito de blindagem**: resguarda a dignidade humana ao regular a mais visível das projeções da personalidade do "homo faber" — o seu trabalho —, antepondo a última barreira à mercantilização vil e cabal da mão-de-obra. Nesse particu-

lar, está mais próximo do Direito Penal, que blinda o "jus libertatis", que do Direito Civil, que regula a circulação de riquezas. Não se pode, portanto, reduzir-lo pura e simplesmente, sob quaisquer pretextos, à dogmática juscivilista<sup>60</sup> — o que não impede,

porém, que a dogmática juslaboral empreste teorias e conceitos daquela primeira, ou a favoreça com elementos próprios (como se deu, e.g., com a "apropriação civilista" do princípio da proteção e das suas concretizações<sup>61</sup>). Deve-se ter em mente que os ramos do Direito não são compartimentos lógico-formais estanques, mas sim abstrações científico-pedagógicas que frequentemente se comunicam.

Tampouco se pode afirmar que a autonomia do Direito do Trabalho seja meramente sistemática ou que não haja particularidades no direito do empregador à atividade do trabalhador<sup>62</sup>. A diferença de outras áreas suscetíveis às fórmulas gerais do Direito das Obrigações, o mundo do trabalho envolve um objeto útil que é, em termos absolutos, um bem "extra commercium", indissociável da própria personalidade

*"O Direito do Trabalho tem três características que reclamam uma dogmática própria e o despregam do Direito Civil. A uma, ... é um Direito de (re)composição social e econômica..."*

*"A duas, é um Direito essencialmente tuitivo..."*

*"A três, é um Direito de blindagem..."*

<sup>59</sup>A ponto de justificar, há poucos anos, a (re)afirmação da autonomia dogmática do Direito do Trabalho em sólida e extensa dissertação de Doutoramento de PALMA RAMALHO na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (*Da autonomia dogmática do Direito do Trabalho, cit., passim*). Cfr. ainda, da mesma autora, *Direito do Trabalho*, pp. 463-483 e 487-488. Em contrapartida, na mais recente edição de seu *Tratado de Direito Civil Português* (a terceira), MENEZES CORDEIRO obtempera — após fazer menção à tese de PALMA RAMALHO, de quem foi orientador — que "dentro do universo patrimonial privado, o Direito do trabalho lida com elementos que, embora regulados pelo Direito civil, se apresentam, aí, como mais intensos. Pense-se na especial tutela que os direitos de personalidade do trabalhador podem merecer e, ainda, nas disposições que asseguram elevado nível de protecção. A grande questão laboral reside, todavia, na atribuição, ao empregador, de um direito à acção do trabalhador. Ora, essa atribuição ocorre, em geral, no Direito das obrigações. Não há uma particularidade dogmática" (*Tratado de Direito Civil Português*, 3ª ed., v. I, t. I, pp.195-196 — g.n.). Isso significa que o Direito do Trabalho teria uma autonomia meramente sistemática (dada pela especificidade de suas fontes, pela existência de um desenvolvido nível coletivo e pela proliferação de regras imperativas), mas não uma autonomia dogmática, porque seria, ao cabo e ao fim, "uma relevante disciplina que integra a grande família unitária do Direito privado ou do ius civile: o Direito dos cidadãos" (Menezes Cordeiro, *idem*, p.199). Divergimos desse pensamento, como se fará constar a seguir, no texto principal.

<sup>60</sup>Em acréscimo, endosse-se tudo quanto demonstrado por PALMA RAMALHO ao tratar da "improcedência da construção dogmática de recondução do direito laboral ao direito civil em razão das suas deficiências metodológicas": imprecédente por prescindir da "pesquisa de valorações materiais específicas alternativas, a partir da análise do conjunto dos institutos laborais e do sistema laboral positivo, que o problema da autonomia da área jurídica e que a sua unidade interna possibilita" (*Da autonomia dogmática...*, pp.528-532).

<sup>61</sup>*Idem*, pp.499-516.

<sup>62</sup>*Tratado de Direito Civil Português*, 2ª ed., v. I, t. I, p.197. Cfr., *supra*, nota n. 25.

humana: a força de trabalho do contraente-empregado. Admitir o contrário significaria supor a licitude do escravagismo sob o pálio da autonomia de vontades. Não se concebe, por outro prisma, que a força de trabalho subordinada possa ser "locada" à maneira de bens móveis ou imóveis, sem uma rigorosa especialidade tuitiva. Seria o mesmo que supor a licitude de servidões humanas "pro tempore" ou, na casuística recente de precarização das relações de trabalho, cogitar da validade e da eticidade das odiosas operações de "marchandage" de mão-de-obra humana<sup>63</sup>.

Não há, a rigor, qualquer outro tipo contratual idôneo a regular e limitar, no nascedouro, um bem da vida com mesma dignidade constitucional. Assim, p. ex., não

existem contratos que alienem ou disponibilizem, sob condições de sujeição hierárquica, a vida, a liberdade ou a integridade física do contraente<sup>64</sup>. Ou, se existem, não têm validade à luz do Direito<sup>65</sup>.

Parece-nos, portanto, que o princípio da proteção e os seus consectários doutrinários concernem à própria natureza da relação de emprego, distinguindo-a ontológica e axiologicamente das demais relações contratuais ou obrigacionais (ainda que se admita, hodiernamente, o relativo "abandono" da idéia do "favor laboratoris"<sup>66</sup> em razão dos influxos ideológicos da filosofia liberal-econômica e do escamoteamento do conflito social pela lógica da exclusão<sup>67</sup>). Tal imanência confere

<sup>63</sup>Vê-se, com efeito, intermediação lucrativa nas cooperativas de mão-de-obra que ocultam relações subordinadas de trabalho (Brasil), no tráfico de pessoas para fins de prostituição ou trabalho precário (Bolívia/Brasil) e até mesmo no "dumping" social como estratégia de competitividade nos mercados globais (China).

<sup>64</sup>Não se deve confundir, nessa linha, o objeto jurídico da prestação contratual com o objeto físico da atividade material. Num contrato de prestação de serviços médicos de reparação e cirurgia estéticas, o objeto da prestação é o serviço médico em si mesmo (incluindo a intervenção cirúrgica e os cuidados pré/pós-operatórios) - ou o seu resultado útil, em se admitindo tratar-se de obrigação de fim. O corpo do paciente é (não só o objeto físico da atividade material do escultor (ou, se quisermos, o objeto material da prestação contratual, tal como é a mercadoria na prestação do vendedor em contratos de compra e venda, sobretudo nos sistemas de inspiração germânica), já no contrato de trabalho, o objeto jurídico da prestação contratual - a força de trabalho - é inseparável do corpo e da própria personalidade do contraente (como o é, também, no caso dos serviços médicos), com um elemento diferenciador: a subordinação jurídica, que permite, pela instância contratual, a interferência lícita e consentida de terceiros na esfera da dignidade humana (assim, e.g., nas revistas pessoais, na modulação do trabalho humano e, em geral, em todos os supostos lícitos de exercício dos poderes de fiscalização e de punição do empregador).

<sup>65</sup>Pense-se, aqui, nas aberrações do sensualismo de "fin de siècle", como as práticas consensuais de sadomasoquismo (que podem ser "pagas", à maneira de serviços, ou graciosas, e chegam ao limite da disposição voluntária da vida e/ou da saúde, como nos casos de contaminação sexual espontânea com o vírus HIV - o "gift" - ou de mutilação e morte consentidas, como se deu recentemente na Alemanha, com o "canibal de Rotemburgo"). Ainda que se admita ou se comprove algum consenso lúcido, é indiscutível que, nos extremos, tais "contratos" não têm qualquer amparo jurídico, servindo, quando muito, como atenuantes genéricas da pena criminal (e, não raro, sequer a isso).

<sup>66</sup>Referido por MENEZES CORDEIRO (*Tratado de Direito Civil Português*, 3ª ed., v. I, t. I, p.199), in verbis: "O actual Direito do trabalho deixou de ser o mero instrumento de tutela dos pobres e desprotegidos. [...] Vectores tradicionais como o favor laboratoris ou princípio da tutela do trabalhador, que fizeram a sua época no Direito do trabalho, são hoje abandonados a favor de um levantamento mais preciso e desinibido dos valores civis concretamente ameaçados por eventuais lógicas mecanizadoras do mundo empresarial. Postas as coisas nestes termos, consegue-se uma protecção menos vocabular e ideológica, mas mais eficaz". Reconhecendo, porém, as implicações notáveis do Direito do Trabalho na realização da plena cidadania, confira-se, do mesmo autor, "Direito do Trabalho e cidadania", in *III Congresso Nacional de Direito do Trabalho: memórias*, António Moreira (coord.), Coimbra, Almedina, 2000, *passim*.

<sup>67</sup>Num sistema social meritório e patrimonialista, inerente às sociedades de consumo, as pessoas realizam-se pelo que têm, pelo que aparentam ter e pelo que podem ter. A incapacidade de ter induz à falsa percepção da impotência do ser - daí porque o desemprego involuntário toma-se, para o homem comum, fonte de humilhação e discriminação. O sucesso dos comuns mede-se pela visibilidade e pelo poder aquisitivo e os que necessitam de tutela do Estado assumem-se como desvalidos ou desfavorecidos, em espontânea "capitis deminutio". Isso se reproduz no plano das relações contratuais empregatícias, forçando a idéia de que a proteção do Estado não é essencial e o emprego reflete o mérito pessoal do trabalhador: os que não têm "mérito" são excluídos do sistema liberal-capitalista (das contrapartidas econômicas, do poder de consumo, da dignidade pessoal e, por último, das próprias estatísticas de desemprego - que não computam aqueles que já não mais procuram trabalho). A bem dizer, esse sistema tende a ser ainda mais nefasto para as pessoas que os sistemas anteriores - da servidão medieval e da escravidão antiga e moderna - porque os servos e escravos ainda eram, em alguma medida, parte dos respectivos sistemas socioeconômicos, o que lhes permitia conservar alguma dignidade (ainda se como coisa, qual nos regimes de escravidão). Já quem está excluído não vale como nada, em parte alguma. Para um exercício mental, pense-se, "ad argumentandum tantum", na condição social de um escravo grego ou romano, comparando-se-a à condição de um mendicante sem-teto latino-americano.

à relação de emprego uma inarredável singularidade, de ordem *científica e dogmática*. E a especialidade não decorre apenas da intensidade com que os elementos personalíssimos se apresentam nas relações de emprego, mas também – e sobretudo – daquela condição ontológica de especial vulnerabilidade do contraente-empregado em seus atributos de personalidade, que é da *essência* mesma do contrato de trabalho (*subordinação jurídica*), não o sendo em quaisquer outros. Isso ainda é assim, como foi outrora e será amanhã, porque o direito privado clássico considerava a autodeterminação individual, no sentido da liberdade negativa de fazer ou não fazer o que se deseja, garantida suficientemente através dos direitos da pessoa e da proteção jurídica contra delitos, através da liberdade de contratos (especialmente para a troca de bens e de serviços), através do direito à propriedade, que incluía o direito de utilizar e de dispor, inclusive no caso de herança, e através da garantia institucional do casamento e da família. No entanto, tal situação modificou-se radicalmente com o surgimento de novas áreas do direito (como é o caso do direito econômico, social e do trabalho) e com a materialização do direito penal, do direito de contrato e do trabalho. Houve uma mistura e uma união de princípios que antes estavam subordinados ao direito privado ou ao público. Tudo indicava que o objetivo do direito privado não podia limitar-se à autodeterminação individual, devendo colocar-se também a serviço da realização da justiça social [...]. Sob este

ângulo, considerações de ética social infiltram-se em regiões do direito privado que até então se limitavam a garantir a autonomia privada [como o Direito dos contratos]. O ponto de vista da justiça social exige uma interpretação diferenciadora de relações jurídicas formalmente iguais, porém diferentes, do ponto de vista material, sendo que os mesmos institutos jurídicos preenchem funções sociais distintas<sup>68</sup>.

Nessa última peculiaridade – a renovação funcional dos institutos jurídicos clássicos, baseada nos princípios e nas condições especiais necessárias ao desenvolvimento e ao exercício da personalidade e das capacidades individuais do trabalhador subordinado, como também ao desenvolvimento e ao exercício da cooperação coletiva no nível da empresa (*"Gemeinschaftsverhältnis"*) – reside, afinal, a identidade dogmática do Direito do Trabalho. A não ser desse modo, até o Direito Penal – que envolve, em última instância, a liberdade pessoal dos cidadãos, a par do seu patrimônio – também estaria circunscrito ao âmbito privatístico, visto como esses dois bens da vida são igualmente objetos históricos do Direito Civil<sup>69</sup>.

#### 4 À GUIZA DE CONCLUSÃO

Seguindo a natureza cambiante de tudo quanto existe no Universo (mundo das coisas, dos valores e das idéias), o Direito do Trabalho evolui ao longo das décadas. Admitir essa evolução é se render às evidências dos tempos; negá-la, tencionando

<sup>68</sup>Jürgen Habermas, *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, trad. Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1997, v. II, p.134 (g.n.).

<sup>69</sup>Os direitos de personalidade dizem fundamentalmente com a vida, a integridade (física, mental, moral) e a liberdade (corporal, intelectual, de expressão, etc.). Esses bens também são intonsamente afetados pelo Direito Civil dos incapazes (interdições e inabilitações, disciplina familiar e pública das condutas infanto-juvenis – notadamente na esfera dos atos infracionais –, internações, etc.) e por certas medidas do Direito de Família (e.g., a separação de corpos, a prisão do alimentante inadimplente e as ordens de restrição pessoal). Já o Direito das Obrigações cuida precisamente do patrimônio, seja em face da "exigência de que a prestação devida revista necessariamente natureza econômica, quer dizer, susceptibilidade de avaliação pecuniária", seja ainda porque "no direito moderno, ao contrário dos sistemas antigos, o inadimplemento confere unicamente ao credor a possibilidade de agir contra o patrimônio do devedor e não contra a sua pessoa" (Mário Júlio de Almeida Costa, *Noções Fundamentais de Direito Civil*, 4ª ed., Coimbra, Almedina, 2001, pp.25-26).

reproduzir "ad eternum" um determinado modelo histórico, é render-se à cegueira ideológica.

A letra da lei jamais será porto seguro para a investigação dos princípios. Mesmo que não sofra variações evidentes, pode ser imantada com novos princípios, hauridos de uma nova Lei Fundamental (caso brasileiro) ou da própria experiência com a aplicação da lei (autopoiese do sistema jurídico). Há que buscar o seu espírito.

A evolução do Direito do Trabalho – de suas regras, institutos e jurisprudências – reflete as transformações que a sua malha principiológica experimenta paulatinamente.

Numa leitura atualizada, o princípio da proteção deixa de ser um berrinho paternalista, afirmando-se como "ratio" axiológica que deita razes na primazia da dignidade humana e se rivaliza com o princípio da salvaguarda dos interesses de gestão (conquanto esse se subordine àquele nos quadros mais agudos de colisão). Somente a existência desse último explica a possibilidade de dispensa de empregados estáveis por motivos técnicos ou econômico-financeiros (artigo 165, *caput*, da CLT), o exercício do "jus variandi" e a plácida constitucionalidade das sucessivas reformas trabalhistas que precarizam circunstancialmente os contratos de trabalho (p. ex., os contratos por prazo determinado, a tempo parcial, o trabalho temporário e – fora do Brasil – a comissão de serviços e o "job sharing"). Obtém-se, com isso, um edifício dogmático mais coerente e democrático, sem perder de vista a dignidade da pessoa trabalhadora e as suas concreções nos planos da interpretação, da hierarquia de fontes (dinâmica) e da estabilidade do patrimônio jurídico-laboral (condição mais benéfica).

No mesmo encaixo, o princípio da primazia da realidade deve se imiscuir na dimensão do pactuado, independentemente da efetiva execução de certa atividade, contemporizando com a tipicidade dos contratos de trabalho (determinada pela sua função social) e com a profusão dos instrumen-

tos de consenso no Direito das Obrigações da sociedade pós-industrial. Aplicar-se-á, portanto, aos pré-contratos de trabalho como aos contratos de trabalho de execução deficiente, atraindo, em ambos os casos, a caputiva da legislação trabalhista (no que couber).

De outra parte, impende reconhecer um princípio bipolar de autotutela laboral e desenvolvê-lo em todas as suas manifestações (o que pressupõe, em relação ao empregador, justificar axiologicamente o exercício do poder disciplinar e investigar os seus limites).

Já os princípios da boa-fé e da razoabilidade não têm especificidade juslaboral, conquanto relevem para dirimir dissídios concretos (individuais e coletivos). Nem por isso requerem construção teórica circunscrita aos escaninhos da Ciência do Direito do Trabalho.

Saber assimilar as novas texturas dos princípios gerais do Direito do Trabalho – e, para além disso, testemunhar com serenidade a gestação dos novos princípios – é a pedra de toque para a interpretação e a aplicação competente e humanizadora do arcabouço legislativo em vigor. O Direito é, sim, para o Homem; mas, tal como ele, é também, a um tempo, futor e seguidor dos caminhos do Mundo.

## BIBLIOGRAFIA

ALESSI, Renato. *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*. 3ª ed. Milano: Giuffrè, 1960.

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

ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito: Introdução e Teoria Geral*. 13ª ed. Coimbra: Almedina, 2005.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Commentado*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1949. v. I.

- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1999.
- CARDOZO, José Eduardo Martins. "Princípios Constitucionais da Administração Pública (de acordo com a Emenda Constitucional nº 19/98)". In: *Os 10 Anos da Constituição Federal: Temas Diversos*. Alexandre de Moraes (coord.). São Paulo: Atlas, 1999.
- CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. "Direito do Trabalho e cidadania". In: *III Congresso Nacional de Direito do Trabalho: memórias*. António Moreira (coord.). Coimbra: Almedina, 2000.
- \_\_\_\_\_. *Da Boa Fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2001. 2ª reimpressão.
- \_\_\_\_\_. *Manual de Direito do Trabalho*. Coimbra: Almedina, 1999. Reimpressão.
- \_\_\_\_\_. *Tratado de Direito Civil Português*. 2ª e 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2005. v. I. t. I.
- COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Noções Fundamentais de Direito Civil*. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2001.
- DE LA CUEVA, Mario. *Derecho Mexicano del Trabajo*. 2ª ed. México: Porrúa, 1943. t. I.
- DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. II.
- HERNAINZ MARQUEZ, Miguel. *Tratado Elemental de Derecho del Trabajo*. 10ª ed. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1969.
- JAVILLIER, Jean-Claude. *Droit du Travail*. 7ª ed. Paris: L.G.D.J., 1999.
- KASKEL, Walter. DERSCH, Herman. *Derecho del Trabajo*. Trad. Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: De Palma, 1961.
- LYON-CAEN, Gérard. "La crise du droit du travail". In: *In memoriam Sir Otto Kahn-Freund*. Munich: C.H. Beck, 1980.
- MESQUITA, José Andrade. *Direito do Trabalho*. 2ª ed. Lisboa: AAFDL, 2004.
- NIKISCH, Arthur. *Arbeitsrecht: Allgemeine Lehren und Arbeitsvertragsrecht*. 3. Aufl. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1961. I Band.
- PÉREZ BOTIJA, Eugenio. *Curso de Derecho del Trabajo*. Madrid: TECNOS, 1948.
- PINTO, Alexandre Mota. "O contrato de trabalho de adesão no Código do Trabalho: notas sobre a aplicação do regime das cláusulas contratuais gerais ao contrato de trabalho". In: *Estudos de Direito do Consumidor*. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra/Centro de Direito do Consumo, 2003. n. 5.
- PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Princípios de Direito do Trabalho*. Trad. Wagner D. Giglio. 4ª tiragem. São Paulo: LTr, 1996.
- RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Direito do Trabalho: Dogmática Geral*. Coimbra: Almedina, 2005. p. I.
- REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- RÜTHERS, Bernd. "35 Jahre Arbeitsrecht in Deutschland". In: *Recht der Arbeit. Zeitschrift für die Wissenschaft und Praxis des gesamten Arbeitsrechts*. München: C. H. Beck, 1995.
- STUMM, Raquel Denize. *Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.



# AÇÕES AFIRMATIVAS FRENTE A PARTICULARES

ANA CLÁUDIA PIRES FERREIRA DE LIMA\*

**Resumo:** Os Direitos Humanos devem ser observados não somente nas relações públicas, ou seja, em que o Estado seja parte (segundo a concepção antiga do direito de resistência do indivíduo frente ao Estado), sendo imprescindível o respeito aos direitos humanos em toda e qualquer relação, pública ou privada. Daí, se falar em horizontalização dos direitos humanos, ou seja, a observância destes nas relações entre particulares.

As ações afirmativas, que tratam de políticas públicas e privadas visando a coibição da discriminação e a promoção da igualdade, surgem como instrumento de inclusão social, buscando remediar um passado discriminatório, objetivando acelerar o processo de igualdade, com o alcance da igualdade material por parte de grupos vulneráveis, como as minorias étnicas e raciais, as mulheres, os deficientes físicos, dentre outros.

Sem a pretensão de esgotar o tema, este artigo visa estudar algumas teorias de aplicação dos direitos fundamentais frente a particulares e questionar se as ações afirmativas podem, além de serem direcionadas aos entes públicos, serem opostas nas relações privadas, analisando-se a questão no Direito positivo brasileiro.

**Sumário:** 1 Introdução; 2 Povo e Democracia; 3 Evolução Histórica dos Direitos Fundamentais; 4 Da implementação do Direito à Igualdade; 4.1 Combate à Discriminação; 4.2 Promoção da Igualdade; 5 Ações Afirmativas; 6 Direitos Fundamentais frente a particulares e a autonomia da vontade; 6.1 Teorias da eficácia dos direitos fundamentais na esfera privada; 6.1.1 A tese da não vinculação dos particulares aos direitos fundamentais e a doutrina da "State Action"; 6.1.2 Teoria da eficácia indireta e mediata dos direitos fundamentais nas relações privadas; 6.1.3 Teoria da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas; 6.2 Tendências atuais; 7 Ações Afirmativas frente a particulares; 8 Conclusão.

**Palavras-chave:** Povo; Princípio da Igualdade; Inclusão Social; Ações Afirmativas; Direitos Fundamentais frente a particulares.

\*Juíza do Trabalho Titular da 2ª Vara do Trabalho de Jaú. Obteve título de mestre perante o Centro de Pós-Graduação da Instituição Toledo de Ensino de Bauri - SP (área de concentração: Sistema Constitucional de Garantia de Direitos).

*“Os grandes inovadores éticos não foram homens e mulheres que soubessem mais que os outros; foram homens e mulheres cujos desejos eram mais impessoais e de maior âmbito que os homens e mulheres comuns. A maioria dos homens e mulheres deseja sua própria felicidade; considerável percentagem deseja a felicidade de seus filhos; poucos desejam a felicidade da nação, e apenas alguns desejam a felicidade de toda a humanidade”.*

Bertrand Russel<sup>1</sup>

## 1 INTRODUÇÃO

A sociedade contemporânea é uma sociedade plural, em todos os aspectos: social, econômico, de origem, cultural, político e jurídico. A concepção de direito e democracia vem sofrendo uma evolução constante, principalmente nos últimos 50 anos, a partir do pós-guerra.

Detentora de um dos modelos mais apreciados de democracia, Atenas não considerava em seu regime político a vontade dos escravos, dos metecos<sup>2</sup> e das mulheres, que eram excluídos do rol dos cidadãos. Os escravos só passaram a ser considerados como integrantes do povo nos Estados Unidos da América por interesse dos Estados sulistas, quando o critério adotado para fixação do número de representantes de cada Estado na Câmara Federal foi o da população de cada Estado. Dessa forma, a democracia originária, concebida como governo do povo e distribuição equitativa do poder, paradoxalmente, excluía determinados grupos sociais.

Interessante notar que os estrangeiros residentes no Brasil, embora detentores dos direitos fundamentais, não têm qualquer representatividade (art. 14, §2º da CB), nem sequer a nível local (municipal) se não

forem naturalizados. O art. 12, II, da CB exige, para a naturalização, a residência no país há mais de quinze anos ininterruptos e sem condenação penal, à exceção dos originários de países de língua portuguesa, dos quais exige-se a residência por um ano ininterrupto e idoneidade moral. Considerando como povo a totalidade dos atingidos pelas normas de uma determinada localidade, a Comunidade Européia assegura aos estrangeiros o direito de votarem nas eleições do município em que residem.

A análise do conceito de povo nos leva ao conceito de minorias, bem como ao de exclusão social. Buscando soluções para o problema da exclusão social abordaremos o tema da implementação do princípio da igualdade, nas suas formas de combate à discriminação e da promoção da igualdade jurídica material. Como instrumento de promoção da igualdade, adentraremos no tema das ações afirmativas, dando-se ênfase à implantação de políticas afirmativas em face de particulares, bem como o confronto destas com o princípio da autonomia da vontade.

As ações afirmativas cumprem a finalidade pública de assegurar a diversidade e a pluralidade na sociedade contemporânea.

<sup>1</sup> RUSSEL, Bertrand, apud PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2003, p.17-18.

<sup>2</sup> Segundo o *Dicionário Aurélio*: Meteco - "Designação que se dava ao estrangeiro domiciliado em Atenas. "O censo de Demétrio de Falera dá a Atenas 20.000 cidadãos, 10.000 metecos e 400.000 escravos" (Oliveira Martins, *Quadro das Instituições Primitivas*, p. 309)."

## 2 POVO E DEMOCRACIA

**POVO.** Do latim *populus* (grande número de homens), é indicativo de uma porção de homens ou um grande número de pessoas, sem referência ao aspecto político ou jurídico, em que se apresentem:

Juridicamente, povo designa a totalidade de pessoas, que habita um território dado, já se apresentando como elemento formador de uma nacionalidade. É assim a população de um território ou a massa de indivíduos que compõem um Estado. (...). Embora povo, como vocábulo jurídico, não se confunde com a palavra nação, que significa este mesmo povo vinculado por um interesse comum e subjogado por uma firme consciência de sua nacionalidade, representa o elemento fundamental do Estado, que nele se apóia, pois que todo poder político, que exerce, em princípio, promana dele e em nome dele é exercido.<sup>3</sup>

Na história da humanidade, a palavra povo, embora juridicamente devesse corresponder à totalidade de pessoas habitantes de um determinado território, somente parte dessas pessoas eram representadas politicamente.

O homem sempre organizou-se em sociedade e esta sempre foi subdividida em classes ou estamentos, criando-se distinções entre os homens por motivo de origem, etnia, economia e forma de atividade laboral (física ou mental), sendo que antigamente o labor nem era digno de valor, sendo relegado aos escravos, tratados como "coisas" - objeto de propriedade.

A não consideração dos escravos como integrantes do povo é bem demonstrada por Fábio Konder Comparato ao mencionar o discurso de Charles Pinckney,

representante da Carolina do Sul, por ocasião da discussão da criação do Senado nos Estados Unidos da América, segundo o qual, o povo norte-americano dividia-se em três classes: "os profissionais liberais ('que, devido às suas atividades, devem sempre ter um grande peso no Governo, enquanto este permanecer popular'), os comerciantes e os proprietários rurais. 'Estas três classes', concluiu, 'embora distintas quanto às suas atividades, são individualmente iguais na escala política, podendo ser facilmente provado que elas têm um só interesse'."<sup>4</sup>

O mesmo autor relata que nos Estados Unidos da América, os escravos somente passaram a ser considerados membros do "povo" por interesse dos sulistas, quando o critério adotado para fixação do número de representantes de cada Estado na Câmara Federal foi o da população de cada Estado. Ainda assim, a representatividade dos escravos era apenas formal.

Na sociedade francesa do final do século XVIII o termo povo tinha conotação diversa, compreendendo apenas os operários e os lavradores, ou seja, o "estamento geral da nação", oposto ao estamento dos grandes personagens e dos nobres. Para fugir da ambigüidade do termo povo, do art. 3º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão constou: "O princípio de toda soberania reside essencialmente na Nação. Nenhum corpo, nenhum indivíduo pode exercer autoridade que dela não emane expressamente". Após a queda da monarquia, a nova Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão apresentou-se como sendo feita diretamente em nome do "povo francês", e não de seus representantes.

Friedrich Müller salienta a pluralidade do conceito de povo. Uma coisa é a totalidade do povo, como centro de imputação das decisões coletivas. Outra coisa é a fração dominante do povo, cuja vontade

<sup>3</sup>SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1996, vol III, p.407-408.

<sup>4</sup>COMPARATO, Fábio Konder in prefácio à 3ª ed. "Quem é o Povo?", MÜLLER, Friedrich, São Paulo: Editora Max Limonad, 2003. Trad. Peter Naumann, p.16-17.

efetivamente predomina nas eleições, referendos e plebiscitos. Essa fração dominante do povo é formalmente majoritária. Indaga-se quem é, concretamente, a maioria votante que se pronuncia em nome do povo.<sup>5</sup>

Muller ressalta que só se pode falar em “povo ativo” (totalidade dos atingidos pelas normas de um Estado) quando são respeitados os direitos fundamentais individuais e políticos. Aponta, ainda, as causas que legitimam a democracia em conformidade com o Estado do Direito: procurando dotar a possível minoria dos cidadãos ativos de competências de decisão e de sancionamento claramente definidas; em segundo lugar, a legitimidade ocorre pelo modo, mediante o qual todos, o “povo inteiro”, a população, a totalidade dos atingidos são tratados por tais decisões e seu modo de implementação.<sup>6</sup>

Aristóteles distingue os regimes políticos, em função da titularidade do poder supremo em: monarquia, aristocracia e *politéia* – quando o poder político é exercido em benefício da comunidade como um todo; tirania, oligarquia e democracia – quando a finalidade perseguida pelos governantes é a sua vantagem particular. Assim, na sua visão, oligarquia é o governo dos ricos e democracia o governo dos pobres.

Para o aperfeiçoamento democrático não basta a atribuição de maiores poderes decisórios ao povo, através da ampliação do uso obrigatório de referendos e consultas populares. É preciso quebrar o monopólio dos meios de comunicação de massa em mãos da minoria dominante, bem como instruir o povo para que tenha consciência e discernimento no exercício de seus direitos políticos, não se deixando manipular pelos detentores do poder (soberanos do mercado).

Rousseau distinguia a vontade geral – que só diz respeito ao interesse comum,

da vontade de todos – que se refere ao interesse privado, sendo apenas a soma de vontades particulares.

Não se pode permitir que a maioria do povo “esmague democraticamente” a minoria, em nome do interesse nacional, nem que a minoria, se detentora do poder de controle social, se utilize periodicamente do voto majoritário popular para legitimar todas as exclusões sociais, em nome da democracia. Não existe soberania inocente:

Voltamos, assim, à velha distinção aristotélica entre a democracia pura e simples – em que a maioria do povo exerce o poder supremo no seu próprio interesse – e o regime político moderado, a democracia justa, em que o bem comum predomina sobre todos os interesses particulares. Ora, o bem comum, hoje, tem um nome: são os direitos humanos, cujo fundamento é, justamente, a igualdade absoluta de todos os homens, em sua comum condição de pessoas.

(...)

... nem por isso se pode dar por resolvido o dilema de se reconhecer a efetiva vigência dos direitos humanos, fora do positivismo estatal e do jusnaturalismo abstrato.<sup>7</sup>

Agostinho Ramalho Marques Neto<sup>8</sup>, em sua palestra no 12º Congresso Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho, fez uma crítica ao neo-liberalismo – processo de ruptura do liberalismo clássico, que caminha para a perda de direitos sociais, uma vez que o neo-liberalismo, na sua visão capitalista, ataca o modelo do bem-estar social, taxando-o de oneroso, afastando-se da lógica do social.

O liberalismo clássico afirma a igualdade, ainda que formal, estando comprometido com aspectos da afirmação da democracia

<sup>5</sup>Ibid., p.20-21.

<sup>6</sup>MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo?* São Paulo: Editora Max Limonad, 2003. Trad. Peter Naumann, p.77.

<sup>7</sup>Ibid.

<sup>8</sup>Psicanalista; Professor nas áreas de Filosofia do Direito e Filosofia Política e Vice-Diretor Geral da Faculdade São Luís – Maranhão.

e cidadania. O neo-liberalismo prega a desigualdade, dizendo que a competição é saudável, em busca da eficiência, implicando no desmonte do Estado, na desestatização, prevalecendo a lei do mais forte, havendo necessidade de adaptação à realidade.

Na visão de Marques Neto, o neo-liberalismo traz como conseqüências, numa visão macropolítica, a migração da soberania do Estado para a soberania do Mercado. Numa visão micropolítica, o enaltecimento do consumidor, ao invés do cidadão, por si só.

As garantias do mercado estão substituindo as garantias jurídicas, razão pela qual é preciso mudar o modelo do mercado para que não seja tão perverso, o que é possível com a aplicação do princípio ético da dignidade da pessoa humana, no combate à discriminação e para a promoção da inclusão social.

### 3 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os Direitos Fundamentais, expressão utilizada pelos doutrinadores alemães, Direitos do Homem ou Direitos Humanos, assim denominados pelos autores anglo-americanos e latinos<sup>9</sup>, têm por finalidade, segundo Hesse<sup>10</sup>, criar e manter os pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade humana.

Os direitos humanos tiveram sua origem no Cristianismo, no Iluminismo - que influenciou a Revolução Francesa - e na doutrina social, em oposição ao Estado liberal.

Foi no Iluminismo que teve origem a construção do conceito moderno de direitos do homem. A teoria do contrato social, defendida em várias versões por Locke, Kant e Rousseau, tinha por finalidade conter o poder absoluto das monarquias, delineando-se

outra forma de legitimação do poder estatal.

A teoria de Jean Jacques Rousseau exaltava a sabedoria das maiorias, enfatizando a importância da democracia e da soberania popular. Para ele, entendimento compartilhado por Hobbes, através do contrato social, os indivíduos alienavam toda sua liberdade para um corpo social ao qual todos pertenciam, prevalecendo a vontade das maiorias. Locke, por sua vez, preocupava-se com a proteção dos direitos individuais em face do Estado:

No modelo de contrato social que formulou, os indivíduos não alienavam todos os seus direitos, como em Hobbes e Rousseau. Eles retinham direitos naturais, inatos e inalienáveis, que os governantes tinham de respeitar, e cuja infringência justificava até mesmo o exercício do direito de resistência. Dentre tais direitos, o mais essencial, segundo Locke, era a propriedade, cuja proteção representava a mais importante função estatal.<sup>11</sup>

Os ideais iluministas embasaram a Revolução Francesa - com seu lema "liberdade, igualdade e fraternidade" - e o movimento de independência das 13 Colônias norte-americanas. Neste período vigorou o positivismo jurídico:

A fórmula utilizada para a racionalização e legitimação do poder pelo Iluminismo era a Constituição, lei escrita e superior às demais normas, que deveria estabelecer a separação dos poderes para contê-los - *le pouvoir arrête le pouvoir*, como afirmou Montesquieu - e garantir os direitos do cidadão, oponíveis em face do Estado. O papel que então se atribuía à Constituição estava bem delineado

<sup>9</sup>BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p.560.

<sup>10</sup>HESSE, Konrad, "Grundrechte", in *Staatslexikon*, v.2., apud Paulo Bonavides, ob. cit., p. 560.

<sup>11</sup>Ibid., p. 22.

no art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, segundo a qual "toda a sociedade, na qual a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação de poderes determinada, não tem constituição".<sup>12</sup>

Entretanto, o positivismo jurídico, que previa a igualdade formal, não foi suficiente para torná-la eficaz, pois, amparados num ordenamento jurídico positivado, os detentores do poder discriminavam, escravizavam e matavam inocentes nos campos de concentração... Os horrores da escravidão e das guerras foram tantos, que a humanidade despertou para a necessidade de se voltar

para sua essência, clamando pela proteção da dignidade da pessoa humana.<sup>13</sup>

É a verdadeira "revolução copernicana" no mundo jurídico, assim denominada pelo Constitucionalista português Jorge Miranda, no sentido de que:

"com a positivação recente dos direitos fundamentais, e as teorizações sobre eles realizadas no constitucionalismo contemporâneo, sobretudo de influência alemã, o centro do universo jurídico deixa de ser a lei (entendida, principalmente, como a produção normativa infraconstitucional), posição que passa a ser ocupada pelos próprios direitos

<sup>12</sup>Ibid., p.24.

<sup>13</sup>A concepção dos direitos humanos foi se transformando conforme a evolução histórica da humanidade, sendo os mesmos classificados, sob o ponto de vista cronológico, em:

1. Direitos fundamentais da primeira geração: são os direitos individuais, que têm por maior expressão os direitos da liberdade - direitos civis e políticos - concebidos como direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.

2. Direitos fundamentais da segunda geração: são os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social, depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal do século XX. Nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula.<sup>3</sup>

Exigem do Estado uma ação positiva para dar concretude ao princípio da igualdade, uma vez que só a igualdade formal (perante a lei) não basta para suprimir o constante desequilíbrio entre as partes de uma relação jurídica.

Inicialmente, tiveram eficácia duvidosa, em face de sua própria natureza de direitos que exigem do Estado determinadas prestações materiais nem sempre resgatáveis por exigibilidade, carência ou limitação essencial de meios e recursos. Foram remetidos à chamada esfera programática, em virtude de não conterem para sua concretização aquelas garantias habitualmente ministradas pelos instrumentos processuais de proteção aos direitos da liberdade.

Atualmente, os direitos fundamentais de segunda geração tendem a tornar-se tão justiciáveis quanto os da primeira. Com efeito, até então, em quase todos os sistemas jurídicos, prevalecia a noção de que apenas os direitos da liberdade eram de aplicabilidade imediata, ao passo que os direitos sociais tinham aplicabilidade mediata, por via do legislador.

3. Direitos fundamentais da terceira geração: são os direitos relativos à fraternidade, assim identificados por Vasak: direito ao desenvolvimento, direito à paz, direito ao meio ambiente, direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação. Têm primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta.

Etiene-R. Mbaya, formulador do chamado "direito ao desenvolvimento" utiliza a expressão "solidariedade" para caracterizar os direitos da terceira geração. "O direito ao desenvolvimento diz respeito tanto a Estados como a indivíduos, segundo assevera o próprio Mbaya, o qual acrescenta que relativamente a indivíduos ele se traduz numa pretensão ao trabalho, à saúde e à alimentação adequada."<sup>5</sup>

4. Paulo Bonavides classifica como Direitos fundamentais da quarta geração: *O direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência.*<sup>6</sup>

Interessante notar que o lema da Revolução Francesa do século XVIII profetizou a evolução histórica dos direitos fundamentais: liberdade (1ª geração), igualdade (2ª geração) e fraternidade (3ª geração). Paulo Bonavides<sup>7</sup> atenta para o equívoco da expressão "gerações", sendo mais apropriado substituí-la por "dimensões" dos direitos fundamentais, uma vez que a superveniência de uma "geração" depois da outra não substitui os direitos da "geração" anterior, pelo contrário, os mesmos se acumulam.

fundamentais. Com isso, coloca-se como centro e fundamento do ordenamento jurídico, enquanto direito positivo, a dignidade da pessoa humana, matriz de todos os direitos fundamentais.<sup>14</sup>

A Nova Hermenêutica Jurídica marca a ruptura do apego ao positivismo jurídico, eis que tem como base os valores e princípios centrados na dignidade da pessoa humana.

O direito do estado de direito do século XIX e da primeira metade do século XX é o direito das regras dos códigos; o direito do estado constitucional-democrático e de direito leva a sério os princípios, é um direito de princípios. [...] o tomar a sério os princípios implica uma mudança profunda na metódica de concretização do direito e, por conseguinte, na actividade jurisdicional dos juizes.<sup>15</sup>

Paulo Bonavides ressalta, porém, que de nada adiantam as teorias sobre direitos fundamentais se os Estados não se aparelharem de meios e órgãos para a protecção dos mesmos e sobretudo produzir uma consciência nacional de que tais direitos são invioláveis.

O Estado Liberal, ao conceber os direitos fundamentais como direito de defesa do indivíduo frente ao Estado, para que este observasse os direitos e garantias individuais, não intervindo na vida privada do indivíduo, traçou um marco divisório entre o público e o privado.

Atualmente, os direitos fundamentais são opostos não somente em face do Estado, mas também frente a particulares, uma vez que também estes devem respeitar os direitos fundamentais, mormente a dignidade da pessoa humana. Assim, toda relação humana, quer seja entre particular e ente público ou entre particulares, deve se pautar em valores éticos, respeitando os direitos inerentes ao homem, tais como a vida, a liberdade, a igualdade, a dignidade etc.

#### 4 DA IMPLEMENTAÇÃO DO DIREITO À IGUALDADE

Conforme exposto, os direitos humanos tiveram sua origem como direito de resistência do indivíduo frente ao Estado, impondo-se a este um não fazer, ou seja, não interferir nas relações privadas, sendo estas regidas pelo princípio da igualdade formal. Entretanto, a igualdade perante a lei não assegurava igualdade fática entre os detentores de poder econômico e a pessoa comum, sem acesso à Justiça, sem conhecimento sobre seus direitos, com poucas alternativas de escolha em vários aspectos de sua vida, havendo a necessidade de se exigir

do Estado também uma ação positiva para a consecução da Justiça Social.

O conceito de inconstitucionalidade material está relacionado aos princípios superiores de justiça, igualdade e dignidade da pessoa humana. A pior das inconstitucionalidades não é a formal, mas sim a material. *"Não há constitucionalismo sem direitos fundamentais. Tampouco há direitos fundamentais sem a constitucionalidade*

*"Atualmente, os direitos fundamentais são opostos não somente em face do Estado, mas também frente a particulares, uma vez que também estes devem respeitar os direitos fundamentais, mormente a dignidade da pessoa humana."*

<sup>14</sup>GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a protecção do credor na execução civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p.82.

<sup>15</sup>CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *A "principialização" da jurisprudência através da Constituição*, in *Revista de processo*, São Paulo, 2000, v. 98, p. 84, apud MEDINA, José Miguel Garcia, *Execução civil: princípios fundamentais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p.34.

*da ordem material cujo norte leva ao princípio da igualdade, pedestal de todos os valores sociais de justiça.*"<sup>16</sup>

Tornou-se necessário repensar o valor da igualdade, a fim de que as especificidades e as diferenças sejam observadas e respeitadas. Assim, ao lado do sistema geral de proteção, a exemplo da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão na França, do Bill of Rights (integrada pela Declaração Universal de 1948 e pelos Pactos da ONU de Direitos Civis e Políticos e de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966), em que o endereçado é toda e qualquer pessoa, genericamente concebida, organiza-se o sistema especial de proteção, que adota como sujeito de direito o indivíduo historicamente situado, ou seja, o sujeito de direito "concreto", na peculiaridade e particularidade de suas relações sociais. Os sistemas normativos internacional e nacional passam a reconhecer direitos endereçados às crianças, aos idosos, às mulheres, às pessoas vítimas de tortura, às pessoas vítimas de discriminação racial, dentre outros.<sup>17</sup>

Dentre os instrumentos internacionais que buscam responder a determinada violação de direito, temos a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial, a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher, a Convenção Internacional contra a Tortura, a Convenção sobre os Direitos da Criança.

No Brasil, o processo de especificação do sujeito de direito ocorreu

*No Brasil, o processo de especificação do sujeito de direito ocorreu de forma fundamental com a Constituição Brasileira de 1988, com os capítulos específicos dedicados à criança, ao adolescente, ao idoso, aos índios, bem como dispositivos constitucionais específicos voltados às mulheres, à população negra, às pessoas portadoras de deficiência, etc.*

de forma fundamental com a Constituição Brasileira de 1988, com os capítulos específicos dedicados à criança, ao adolescente, ao idoso, aos índios, bem como dispositivos constitucionais específicos voltados às mulheres, à população negra, às pessoas portadoras de deficiência, etc.

Flávia Piovesan ensina que na ótica contemporânea, a concretização do direito da igualdade, com o conseqüente respeito à diferença e à diversidade, implica na implementação de duas metas: o combate à discriminação e a promoção da igualdade.

#### **4.1 Combate à Discriminação**

Ao se referir às Convenções da ONU sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial e sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher, Flávia Piovesan conceitua a discriminação como:

... toda distinção, exclusão, restrição ou preferência que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício, em igualdade de condições, dos direitos humanos e liberdades

fundamentais, nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo. Logo a discriminação significa sempre desigualdade.<sup>18</sup>

O combate à discriminação é uma forma de garantir a todos o pleno exercício dos direitos civis e políticos, como também dos direitos sociais, econômicos e culturais.

A discriminação ocorre quando somos tratados de forma igual quando somos

<sup>16</sup>BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p.601.

<sup>17</sup>PIOVESAN, Flávia. *Op. cit.*, p.194-195.

<sup>18</sup>*Ibid.*, p. 197.

diferentes e de forma diferente quando somos iguais.

O combate à discriminação encontra-se positivado no ordenamento jurídico brasileiro através do art. 5º, inc. XLI e XLII da Constituição Brasileira ao prever que "lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais", e que "a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei". A Lei 7.716, de 05.01.89 definiu os crimes resultantes de preconceito de raça ou cor, sendo a mesma alterada pela lei 9.459/97 para ampliar seu objeto, incluindo no tipo penal a discriminação ou preconceito de etnia, religião ou procedência nacional.

No combate à discriminação das mulheres tem-se a Lei 9.029, de 13.04.95, que proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização e outras práticas discriminatórias para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho, bem como a Lei 10.224, de 15 de maio de 2001, que dispõe sobre o crime de assédio sexual.

#### 4.2 Promoção da Igualdade

Para garantir e assegurar a igualdade não basta apenas proibir a discriminação, mediante legislação repressiva. São essenciais as estratégias promocionais capazes de estimular a inserção e inclusão desses grupos socialmente vulneráveis nos espaços sociais.

A discriminação e a intolerância à diferença e diversidade gera exclusão social. Simplesmente combater a discriminação não contribui para a promoção da igualdade, que

é uma forma de inclusão social de grupos que sofreram e sofrem discriminação.

As ações afirmativas surgem como instrumento de inclusão social, buscando remediar um passado discriminatório, objetivando acelerar o processo de igualdade, com o alcance da igualdade material por parte de grupos vulneráveis, como as minorias étnicas e raciais, as mulheres, os deficientes físicos, dentre outros.<sup>19</sup>

As ações afirmativas cumprem a finalidade pública de assegurar a diversidade e a pluralidade social.

A Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial prevê "discriminação positiva" através da adoção de medidas especiais de proteção ou incentivo a grupos ou indivíduos, para promover sua ascensão na sociedade, até um nível de equiparação com os demais. Da mesma forma, a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher também permite a "discriminação positiva", visando acelerar o processo de equiparação de status entre homens e mu-

lheres. Tratam-se, portanto, de medidas compensatórias para remediar as desvantagens históricas, aliviando o passado discriminatório sofrido por esse grupo social.

A busca da igualdade material é expressada na Constituição Brasileira, em seu art. 7º, XX, referente à proteção do mercado de trabalho da mulher mediante incentivos específicos, e art. 37, VII, que determina a reserva, por lei, de percentual de cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência.

*"As ações afirmativas cumprem a finalidade pública de assegurar a diversidade e a pluralidade social."*

*"A busca da igualdade material é expressada na Constituição Brasileira, em seu art. 7, XX, referente à proteção do mercado de trabalho da mulher mediante incentivos específicos, e art. 37, VII, que determina a reserva, por lei, de percentual de cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência."*

<sup>19</sup>Ibid., p.199.

A nível infraconstitucional, podemos citar como leis brasileiras que buscam a promoção da igualdade jurídica material: a "Lei das cotas" (Lei n. 9.100, de 1995), que determina a reserva de 20% dos cargos para as candidaturas das eleições municipais às mulheres; a Lei 9.504, de 30.09.1997, que estabelece que cada partido ou coligação deverá reservar o mínimo de trinta por cento e o máximo de setenta por cento para candidaturas de cada sexo, e a Lei 9.799, de 26.05.99, que insere na CLT regras sobre o acesso da mulher ao mercado de trabalho.

## 5 AÇÕES AFIRMATIVAS

Para Joaquim B. Barbosa Gomes, a introdução das políticas de ação afirmativa representou a mudança de postura do Estado, outrora neutro, que aplicava suas políticas governamentais indistintamente, ignorando a importância de fatores como sexo, raça e cor. Nessa nova postura, o Estado encoraja entes públicos e privados a levar em contas tais diversidades, com a finalidade de concretizar, na medida do possível, a representação de cada grupo na sociedade ou no respectivo mercado de trabalho tanto nas escolas quanto nas empresas.<sup>20</sup> O mesmo autor define as ações afirmativas, atualmente, como:

... um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero e de origem nacional, bem como para corrigir os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens

fundamentais como a educação e o emprego.<sup>21</sup>

Carmem Lúcia Antunes Rocha destaca que a igualdade jurídica não pode ser pensada apenas em relação ao momento em que se tomam as pessoas postas em dada situação submetida ao Direito, devendo-se considerar toda a dinâmica histórica da sociedade. "Há que se ampliar o foco da vida política em sua dinâmica, cobrindo espaço histórico que se reflita ainda no presente, provocando agora desigualdades nascentes de preconceitos passados, e não de todo extintos. A discriminação de ontem pode ainda tingir a pele que se vê de cor diversa da que predomina entre os que detêm direitos e poderes hoje."<sup>22</sup>

Segundo Renata Malta Vilas-Bôas:

Ações afirmativas são medidas temporárias e especiais, tomadas ou determinadas pelo Estado, de forma compulsória ou espontânea, como propósito específico de eliminar as desigualdades que foram acumuladas no decorrer da história da sociedade. Estas medidas têm como principais 'beneficiários os membros dos grupos que enfrentaram preconceitos'.<sup>23</sup>

Barbosa Gomes aponta como objetivos da ação afirmativa: coibir a discriminação do presente; eliminar os efeitos persistentes da discriminação do passado, que tendem a se perpetuar; implantar de uma certa "diversidade" e de uma maior "representatividade dos grupos minoritários nos mais diversos domínios de atividade pública e privada, em harmonia com o caráter plúrimo da sociedade; eliminar as "barreiras artificiais e invisíveis" que emperram o avanço de negros e mulheres, independentemente da

<sup>20</sup>GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.38-39.

<sup>21</sup>Ibid., p. 40.

<sup>22</sup>ANTUNES ROCHA, Carmem Lúcia. "Ação Afirmativa - o Conteúdo Democrático do Princípio da Igualdade Jurídica", in *Revista Trimestral de Direito Público* n. 15/85, apud GOMES, Joaquim B. Barbosa. Op. cit. p. 42-44.

<sup>23</sup>VILAS-BÔAS, Renata Malta. *Ações afirmativas e o princípio da igualdade*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003, p. 29.

existência ou não de política oficial tendente a subalternizá-los, e, por fim, as ações afirmativas cumpririam o objetivo de criar as chamadas personalidades emblemáticas, ou seja, exemplos vivos de mobilidade social ascendente: mecanismos de incentivo à educação e ao aprimoramento de jovens integrantes de grupos minoritários.<sup>24</sup>

Nesse contexto, a ação afirmativa seria instrumento de aplicação de um dos três princípios éticos (individualidade, responsabilidade e solidariedade), qual seja, a solidariedade vertical, em relação aos antepassados e em relação ao futuro.

Sob o ponto de vista ético, solidariedade é toda experiência consciente e o comportamento decorrente desta gera uma unidade em uma diversidade. Só se tem solidariedade a partir de uma base comum quando também está presente a diversidade. Se não houver diversidade, há "egofismo de um grupo" (ex. união para determinado objetivo). Tem que ser uma experiência consciente, criando-se uma mentalidade. Não se tem solidariedade se não houver mudança de mentalidade. A solidariedade reconhece o outro na sua individualidade. A simples coação não gera solidariedade. Só há solidariedade quando houver atos concretos (ação).

Não é preciso simpatizar-se com alguém para ser solidário ao mesmo. Acabada a necessidade e findo o gesto concreto de solidariedade, termina a solidariedade. O amor, pelo contrário, é uma luta de permanência. No relacionamento afetivo não há solidariedade, pois não há diversidade. A solidariedade exige reciprocidade, o amor

não; a solidariedade busca a unidade numa diversidade; a solidariedade não é permanente, mas sim temporária.

A solidariedade vertical é tratada por parte da doutrina como questão de reciprocidade. Esta deve ser compreendida num sentido amplo, tal como a consciência de que o que se usufrui hoje da sociedade é algo construído pelos antepassados. Há solidariedade em relação aos antepassados quando se preserva monumentos históricos, quando se preserva a história. Há solidariedade quando se reconhece as vítimas da história. Nem sempre os vencedores da história possuem dignidade.

Assim, podemos classificar a ação afirmativa como um ato de solidariedade vertical, ao se reconhecer os grupos excluídos no passado (a exemplo dos negros e das mulheres) e os compensar no presente (através de políticas de inserção no mercado de trabalho, de acesso à educação etc), buscando a igualdade social (unidade) – respeitando-se as diversidades, proporcionando aos integrantes de tais grupos sua inclusão social.

*"...podemos classificar a ação afirmativa como um ato de solidariedade vertical, ao se reconhecer os grupos excluídos no passado (a exemplo dos negros e das mulheres) e os compensar no presente (através de políticas de inserção no mercado de trabalho, de acesso à educação etc), buscando a igualdade social (unidade) – respeitando-se as diversidades, proporcionando aos integrantes de tais grupos sua inclusão social."*

## 6 DIREITOS FUNDAMENTAIS FRENTE A PARTICULARES E A AUTONOMIA DA VONTADE

Nas judiciosas lições de Daniel Sarmento, "o princípio da dignidade da pessoa humana exprime, em termos jurídicos, a máxima kantiana, segunda (sic) a qual o Homem deve sempre ser tratado como um fim em si mesmo e nunca como um meio. O ser humano precede o Direito e o Estado, que apenas se justificam em razão dele." (g.n.)<sup>25</sup>

<sup>24</sup>Ibid., p. 49.

<sup>25</sup>SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição federal*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002, p.59.

A Constituição, portanto, tem a finalidade de tutelar a pessoa humana, devendo o princípio da dignidade da pessoa humana ser aplicado em sua plenitude, inclusive nas relações privadas, uma vez que *“a opressão e a violência contra a pessoa provêm não apenas do Estado, mas de uma multiplicidade de atores privados, presentes em esferas como o mercado, a família, a sociedade civil e a empresa, a incidência dos direitos fundamentais na esfera das relações entre particulares se torna imperativo incontornável.”*<sup>26</sup>

### 6.1 Teorias da eficácia dos direitos fundamentais na esfera privada

O Estado Liberal, ao conceber os direitos fundamentais como direito de defesa do indivíduo frente ao Estado, para que este observasse os direitos e garantias individuais, não intervindo na vida privada do indivíduo, traçou um marco divisório entre o público e o privado.

Atualmente, os direitos fundamentais são opostos não somente em face do Estado, mas também frente a particulares, uma vez que também estes devem respeitar os direitos fundamentais, mormente a dignidade da pessoa humana. Assim, toda relação humana, quer seja entre particular e ente público ou entre particulares, deve se pautar em valores éticos, respeitando os direitos inerentes ao homem, tais como a vida, a liberdade, a igualdade, a dignidade etc.

Defendendo a tese de que o homem deve ser livre não somente perante o Poder Público, mas também perante toda a sociedade, Norberto Bobbio assim dispõe:

No importa tanto que el individuo sea libre 'respecto del Estado' si después no es libre 'en la sociedad'. No importa que el Estado sea liberal si después la sociedad

subyacente es despótica. No importa que el individuo sea libre políticamente se no lo es socialmente (...). Y, entonces, para llegar al corazón del problema de la libertad, es necesario dar un paso atrás: del Estado a la sociedad civil.<sup>27</sup>

Atualmente, nesta sociedade tão complexa, não basta a observância dos Direitos Humanos tão somente nas relações públicas, ou seja, em que o Estado seja parte (segundo a concepção antiga do direito de resistência do indivíduo frente ao Estado), sendo imprescindível o respeito aos direitos humanos em toda e qualquer relação, pública ou privada. Daí, se falar em horizontalização dos direitos humanos, ou seja, a observância destes nas relações entre particulares:

Fala-se em eficácia horizontal dos direitos fundamentais, para sublinhar o fato de que tais direitos não regulam apenas as relações verticais de poder que se estabelecem entre Estado e cidadão, mas incidem também sobre relações mantidas entre pessoas e entidades não estatais, que se encontram em posição de igualdade formal.<sup>28</sup>

Dentre as teorias a respeito da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas vamos examinar: 1) a da negação da aplicação dos direitos fundamentais na esfera privada, relativizada com a teoria *“State Action”* e a *“public function theory”*; 2) a teoria da eficácia indireta e mediata dos direitos fundamentais na esfera privada, e 3) a teoria da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais na esfera privada.

<sup>26</sup>SARMENTO, Daniel. *“A vinculação dos particulares nos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil”. A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 193-194.

<sup>27</sup>BOBBIO, Norberto. *Igualdad y libertad*. Trad. Pedro Aragón Rincón. Barcelona: Ediciones Paidós, 1993, p. 143.

<sup>28</sup>SARMENTO, Daniel. *“A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil”*. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, op. cit., p. 5.

### 6.1.1 A tese da não vinculação dos particulares aos direitos fundamentais e a doutrina da "State Action"

Segundo a doutrina liberal clássica, os direitos fundamentais somente eram aplicados em face do poder público, sob a concepção de limite ao exercício do poder estatal, não se destinando a reger relações entre particulares.

Até hoje, a teoria da "State Action", ou seja, de que os direitos fundamentais somente podem ser opostos em face do poder público, é aplicada pela doutrina e jurisprudência norte-americana, canadense e suíça, sob o fundamento de que o Direito Constitucional (que alberga os direitos fundamentais) não pode destituir a identidade do direito privado, este, sim, regulador das relações privadas, onde prevalece o princípio da autonomia individual.

Curiosamente, as ações afirmativas tiveram origem num Estado que nega a oposição dos direitos fundamentais a particulares. A negação da horizontalização dos direitos fundamentais se dá sob o fundamento de que os direitos fundamentais, previstos na Constituição norte-americana, impõem limitações apenas para os Poderes Públicos e não atribuem aos particulares direitos frente a outros particulares com exceção apenas da 13ª Emenda, que proibiu a escravidão.

Também são invocados outros argumentos teóricos para a doutrina da não oposição dos direitos fundamentais aos particulares, tais como a autonomia privada e o pacto federativo. Em relação a este, ressalta-se que nos Estados Unidos compete aos Estados, e não à União, legislar sobre Direito Privado, a não ser quando a matéria normatizada envolva o comércio interestadual ou internacional. Afirma-se, pois, que a *state action* preserva o espaço de autonomia

dos Estados, impedindo que as cortes federais, a pretexto de aplicarem a Constituição, intervenham na disciplina das relações privadas.<sup>29</sup>

A doutrina da *state action*, ou seja, da oposição dos direitos fundamentais somente perante o Poder Público, sofreu algumas atenuações a partir da década de 40, passando a Suprema Corte a adotar a chamada *public function theory*, "segundo a qual quando particulares agirem no exercício de atividades de natureza tipicamente estatal, estarão também sujeitos às limitações constitucionais".<sup>30</sup> Esta teoria permitiu a oposição de direitos fundamentais em face de empresas privadas concessionárias de serviços públicos, tendo a Suprema Corte americana também a aplicado para vincular partidos políticos ao princípio da igualdade, diante da recusa de alguns comitês dos estados do sul dos EUA em admitir a filiação ou a participação de pessoas negras em suas eleições primárias, bem como para reconhecer a ilicitude da negativa de acesso aos negros a um parque privado, mas aberto ao público; tendo reconhecido também a ilicitude da proibição de pregação por parte de testemunhas de Jeová nas terras de uma empresa, constituída por ruas, residências, estabelecimentos comerciais, enfim, uma verdadeira "cidade privada", equiparando-se, portanto, ao Estado.<sup>31</sup>

A doutrina da *state action* vem sofrendo várias críticas. A propósito, o comentário de d. Kairys: "na esfera pública (...) conceitos básicos de liberdade, democracia e igualdade são aplicáveis. No entanto, na esfera privada, que inclui quase toda a atividade econômica, nós não permitimos nenhuma democracia ou igualdade, apenas a liberdade para comprar e vender."<sup>32</sup> Prevalece a regra da soberania do Mercado.

<sup>29</sup>Ibid., p.228.

<sup>30</sup>Ibid., p. 201.

<sup>31</sup>Ibid., p.201-202.

<sup>32</sup>KAIRYS, D. *The politics of law*. New York: Pantheon Books, 1982, p. 151. apud SARMENTO, Daniel, op. cit. p. 206.

Erwin Chemerinsky propõe que a teoria da *state action* deveria ser substituída por um modelo de ponderação, no qual os tribunais avaliariam, diante de cada caso, o que seria mais importante proteger: a liberdade individual do ator privado ou os direitos da suposta vítima do seu comportamento. No mesmo sentido, John E. Nowak e Ronald D. Rotunda, segundo os quais a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas deveria não ser equacionada pela busca de um coeficiente mínimo de ação estatal envolvido no caso em discussão, mas sim por meio de uma ponderação de interesses – *balancing test*, ponderando-se, de um lado, a liberdade daquele particular para agir da forma contestada, e, do outro, o direito do terceiro supostamente lesado.<sup>33</sup>

A jurisprudência americana “admitte atualmente a competência da União para legislar sobre direitos humanos mesmo quando nenhum ator estatal esteja envolvido, o que ocorreu com a promulgação de diversos diplomas na década de 60, na fase áurea do movimento em prol dos direitos civis nos EUA, dentre os quais destaca-se o *Civil Rights Act de 1964*.”<sup>34</sup>

Entretanto, a jurisprudência americana oscila na aplicação da *public function theory*, a exemplo do caso *Columbia Broadcasting System v. Democratic National Committee*, no qual “o fato de as redes de rádio e televisão nos EUA sujeitarem-se ao licenciamento e à regulamentação do governo federal não bastava para vinculá-las aos direitos constitucionais, e, baseada neste entendimento, rechaçou a alegação de que a CBS estaria violando liberdades constitucionais, ao se recusar a admitir propaganda paga de grupos pacifistas contra a Guerra do Vietnam.”<sup>35</sup> Outro caso

em que houve retrocesso no sentido de dar caráter privado a certas atividades outrora consideradas públicas é o *Rendell-Baker v. Kohn* (457 US 830 – 1982), “em que a Corte julgou não ser dever do Estado coibir discriminação em uma escola privada, mesmo quando essa escola opera sob contrato governamental para cumprir certas obrigações no que concerne à educação especial de parcela de seus estudantes.”<sup>36</sup>

Joaquim B. Barbosa Gomes conclui que a doutrina da “ação governamental” – como denomina a “*State Action*”, tem hoje a sua síntese explicativa na seguinte parte do julgamento proferido pela Suprema Corte no caso *Lugar v. Edmondson Oil Co* (457 US 922 – 1982):

Nossos precedentes têm insistido em que a conduta supostamente causadora da privação de um direito constitucional (federal) seja razoavelmente atribuível ao Estado. Esses precedentes traduzem uma abordagem bipolar do problema da ‘atribuição razoável’. Em primeiro lugar, a privação tem que decorrer do exercício de algum direito ou prerrogativa criada pelo Estado ou por uma pessoa pela qual o Estado seja responsável. (...) Em segundo lugar, a pessoa acusada de causar a privação há de ser alguém de quem razoavelmente se possa dizer que se trata de um ‘ator estatal’. Isto por ser ele uma autoridade do Estado, por ter atuado juntamente com uma autoridade estatal ou por ter obtido significativa ajuda de agentes estatais, ou porque a sua conduta é de alguma forma atribuível ao Estado.<sup>37</sup>

<sup>33</sup>SARMENTO, Daniel, op. cit. p. 208-209.

<sup>34</sup>Ibid., p.229.

<sup>35</sup>Ibid., p.233.

<sup>36</sup>GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.88.

<sup>37</sup>Ibid., p.88-89.

Barbosa Gomes ensina que para complementar a doutrina da "ação governamental" é preciso conjugá-la com os dispositivos do Estatuto dos Direitos Cívicos de 1964, sendo que o empecilho dessa doutrina (da "Ação Governamental") à oposição dos direitos fundamentais frente a particulares tem sido contornado graças a soluções emanadas do Judiciário e do Congresso, que vêm outorgando aos órgãos competentes os poderes necessários ao combate à discriminação praticada na esfera privada. "Dentre os diversos instrumentos de atuação nessa área destaca-se a utilização pelo Congresso da chamada Cláusula de Comércio, do seu poder de regulamentar e implementar os dispositivos da Constituição (*'Enforcement Power'*) e do poder de tributar e de dispor sobre o dispêndio de recursos públicos (*'Taxing and Spending Power'*)."<sup>38</sup>

### 6.1.2 Teoria da eficácia indireta e mediata dos direitos fundamentais nas relações privadas

Essa teoria, desenvolvida na doutrina alemã por Günter Dürig em 1956, consiste em dar aos direitos fundamentais uma dimensão objetiva, ou seja, os direitos fundamentais exprimem uma ordem de valores que se irradia por todos os campos do ordenamento, inclusive sobre o Direito Privado, cujas normas têm de ser interpretadas ao seu lume.

Juan María Bilbao Ubillos critica com propriedade a teoria da aplicação mediata e indireta dos direitos fundamentais — que condiciona a aplicação dos direitos fundamentais à intermediação pelo legislador ordinário:

A nuestro juicio, um derecho cuyo reconocimiento depende del legislador, no es um derecho fundamental. Es um derecho de rango legal,

simplemente. El derecho fundamental se define justamente por la indisponibilidad de su contenido por el legislador. No parece compatible con esta caracterización la afirmación de que los derechos fundamentales sólo operan (entre particulares) cuando el legislador así lo decide.<sup>39</sup>

### 6.1.3 Teoria da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas

Discorrendo sobre a teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais na esfera privada, Daniel Sarmento<sup>40</sup> ensina que a mesma foi primeiramente defendida por Hans Carl Nipperdey, a partir do início da década de 50, na Alemanha. Sua teoria consistia em que alguns direitos fundamentais, pela sua natureza, poderiam ser invocados diretamente nas relações privadas, independentemente de qualquer mediação por parte do legislador, sob o fundamento que as ameaças aos direitos fundamentais no mundo contemporâneo não provêm apenas do Estado, mas também dos poderes sociais e de terceiros em geral. Seguindo a doutrina de Nipperdey, Walter Leisner defendeu a idéia de que, pela unidade da ordem jurídica, não seria admissível conceber o Direito Privado como um gueto, à margem da Constituição e dos direitos fundamentais.

### 6.2 Tendências atuais

José Joaquim Gomes Canotilho aponta a superação da dicotomia eficácia mediata/eficácia imediata a favor de *soluções diferenciadas*:

Reconhece-se, desde logo, que a problemática da chamada <<eficácia horizontal>> se insere no âmbito da *função de protecção dos direitos fundamentais*, ou seja, as normas

<sup>38</sup>Ibid., p. 89-90.

<sup>39</sup>BILBAO UBILLOS, Juan María. *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p.443.

<sup>40</sup>SARMENTO, Daniel. "A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil". *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Op. cit., p. 220.

consagradoras dos direitos, liberdades e garantias e direitos análogos constituem ou transportam *princípios de ordenação objectiva* – em especial, deveres de garantia e de protecção do Estado – que são também eficazes na ordem jurídica privada (K. Hesse). Esta eficácia, para ser compreendida com rigor, deve ter em consideração a *multifuncionalidade* ou *pluralidade de funções dos direitos fundamentais*, de forma a possibilitar soluções diferenciadas e adequadas, consoante o <<referente>> de direito fundamental que estiver em causa no caso concreto. (...) ...a procura de soluções diferenciadas deve tomar em consideração a *especificidade do direito privado*, por um lado, e o significado dos direitos fundamentais na ordem jurídica global por outro.<sup>41</sup>

CANOTILHO explica que as *soluções diferenciadas* a encontrar não podem hoje desprezar o valor dos direitos, liberdades e garantias como elementos de eficácia conformadora imediata dos direitos privados, não podendo, de modo algum, acobertar “uma <<dupla ética no seio da sociedade>> (J. Rivero).” Cita como exemplo da <<dupla ética>> a consideração como violação da integridade física e moral a exigência de testes de gravidez às mulheres que procuram emprego na função pública, e, ao mesmo tempo, a tolerância e aceitação dos mesmos testes quando o pedido de emprego é feito a entidades privadas, em nome da “produtividade das empresas” e da “autonomia contratual e empresarial”.<sup>42</sup>

Ressalta-se que a aplicação de direitos fundamentais frente ao Estado deve

ser distinguida da aplicação de direitos fundamentais entre particulares, uma vez que nesta relação jurídica ambos os pólos são titulares de direitos fundamentais, sendo que a “medida” da incidência dos direitos fundamentais em cada caso, nas palavras de Robert Alexy<sup>43</sup>, “um problema de colisão”.

Conforme José Carlos Vieira de Andrade, há colisão ou conflito sempre que a Constituição proteger, simultaneamente, dois valores ou bens em contradição concreta. Como solução para a colisão de direitos, Luís Roberto Barroso explica a técnica da ponderação de bens:

A doutrina mais tradicional divulga como mecanismo adequado à solução de tensões entre normas a chamada ponderação de bens ou valores. Trata-se de uma linha de raciocínio que procura identificar o bem jurídico tutelado por cada uma delas, associá-lo a um determinado valor, isto é, ao princípio constitucional ao qual se reconduz, para, então, traçar o âmbito de incidência de cada norma, sempre tendo como referência máxima as decisões fundamentais do constituinte. A doutrina tem rejeitado, todavia, a preterdeterminação rígida da ascendência de determinados valores e bens jurídicos, como a que resultaria, por exemplo, da absolutização da proposição *in dubio pro libertate*. Se é certo, por exemplo, que a liberdade deve, de regra, prevalecer sobre meras conveniências do Estado, poderá ela ter de ceder, em determinadas circunstâncias, diante da necessidade de segurança e de protecção da coletividade.<sup>44</sup>

<sup>41</sup>CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, 7ª ed., p.1289.

<sup>42</sup>*Ibid.*, p. 1294.

<sup>43</sup>ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 511.

<sup>44</sup>BARROSO, Luís Roberto. – *Interpretação e aplicação da Constituição*, São Paulo: Saraiva, 1999, p. 192.

O método de balanceamento, assim como toda interpretação jurídica, deve ser analisado de acordo com o caso concreto (direitos em conflito), pois o bem que prevalecer num determinado caso pode ser relegado para segundo plano diante das circunstâncias de outro caso. Nos dizeres de Canotilho, "é indispensável a justificação e motivação da regra de prevalência parcial assente na ponderação, devendo ter-se em conta sobretudo os princípios constitucionais da igualdade, da justiça, da segurança jurídica."... "O apelo à metódica de ponderação é, afinal, uma exigência de solução justa de conflitos entre princípios."<sup>45</sup>

O método da ponderação de bens ou valores deve ser aplicado em conjunto com os princípios da unidade da Constituição e os postulados da razoabilidade e da proporcionalidade. Estes últimos devem orientar o juízo de ponderação na distribuição dos custos do conflito, no sentido de que o sacrifício imposto a uma das partes seja razoável e não seja proporcionalmente mais intenso do que no benefício auferido pela outra parte.

Luís Roberto Barroso ressalta que as normas jurídicas em geral, e especificamente as normas constitucionais, não trazem em si um sentido único, objetivo, válido para todas as situações sobre as quais incidem, cabendo ao intérprete um papel criativo na sua concretização.<sup>46</sup>

Lenio Luiz Streck<sup>47</sup> preconiza a Constituição dotada de uma "força normativa, dirigente, programática e compromissária", sendo que o processo de interpretação dos textos normativos do sistema depende do sentido que temos da Constituição:

Desse modo, fazer jurisdição constitucional não significa restringir o processo hermenêutico ao exame da parametricidade formal de textos infraconstitucionais com a Constituição. Trata-se, sim, de compreender a jurisdição constitucional como processo de vivificação da Constituição na sua materialidade, a partir desse novo paradigma instituído pelo Estado Democrático de Direito.

Entendo, assim, que a justiça constitucional deve assumir uma postura intervencionista, longe da postura absentista própria do modelo liberal-individualista-normativista que permeia a dogmática jurídica brasileira. A toda evidência, quando estou falando de uma função intervencionista do Poder Judiciário, não estou propondo uma (simplista) judicialização da política e das relações sociais (e nem a morte da política).

Quando falo em "intervenционismo substancialista", refiro-me ao cumprimento dos preceitos e princípios ínsitos aos Direitos Fundamentais Sociais e ao núcleo político do Estado Social previsto na Constituição de 1988, donde é possível afirmar que, na inércia dos poderes encarregados precipuamente de implementar as políticas públicas, é obrigação constitucional do Judiciário, através da jurisdição constitucional, propiciar as condições necessárias para a concretização dos direitos sociais-fundamentais.<sup>48</sup>

<sup>45</sup>CANOTILHO, José Joaquim Gomes, op.cit., p.1113.

<sup>46</sup>BARROSO, Luís Roberto & BARCELLOS, Ana Paula de, "O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro." *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.331-332.

<sup>47</sup>Constitucionalizando Direitos: 15 anos da constituição brasileira de 1988/ Fernando Facury Scaff (org.). - Rio de Janeiro: Renovar, 2003. Lenio Luiz Streck, "Análise Crítica da Jurisdição constitucional e das possibilidades hermenêuticas de concretização dos direitos fundamentais. P. 142.

<sup>48</sup>Ibid., p. 155/158.

A mais alta corte brasileira também tem aplicado, de forma direta, os direitos fundamentais para dirimir conflitos de caráter privado, inclusive nas relações trabalhistas:

**CONSTITUCIONAL. TRABALHO. PRINCÍPIO DA IGUALDADE. TRABALHADOR BRASILEIRO EMPREGADO DE EMPRESA ESTRANGEIRA: ESTATUTOS DO PESSOAL DESTA: APLICABILIDADE AO TRABALHADOR ESTRANGEIRO E AO TRABALHADOR BRASILEIRO.**  
C.F, 1967, art. 153, p. 1º.; CF., 1988, art. 5º., caput.

I – Ao recorrente, por não ser francês, não obstante trabalhar para empresa francesa, no Brasil, não foi aplicado o Estatuto do Pessoal da Empresa, que concede vantagens aos empregados, cuja aplicabilidade seria restrita ao empregado de nacionalidade francesa. Ofensa ao princípio da igualdade: (C.F., 1967, art. 153, p. 1º., CF, 1988, art. 5º, caput)

II – A discriminação que se baseia em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo, como o sexo, a raça, a nacionalidade, o credo religioso, etc., é inconstitucional. Precedente do STF: Ag 110.846 (AgRg) – PR, Célio Borja, RTJ 119/465. (RE n. 161.243-6/DF, 1996, STF, 2ª Turma, Rel. Min. Carlos Mário Velloso).

## 7 AÇÕES AFIRMATIVAS FRENTE A PARTICULARES

Ao indagar se as regras anti-discriminação aplicam-se somente às entidades públicas ou também atingem atos discriminatórios resultantes de atos e práticas de cunho privado, Barbosa Gomes esclarece que o Congresso e a Corte Suprema dos EUA responderam afirmativamente, indo além, uma vez que admitiram como legítimo o combate não apenas àquele tipo de discriminação manifesta, intencional, mas igualmente à chamada discriminação de resultados, também denominada discriminação por 'disparate impact', que insere o princípio da proporcionalidade no campo dos direitos civis.<sup>49</sup>

*"No Brasil, portanto, é aceita a oposição dos direitos fundamentais frente a particulares, a exemplo da política da afirmação para assegurar a inserção de deficientes físicos no mercado de trabalho privado (Lei n. 7.853, de 24.10.89 e o Decreto n. 3.298, de 20.12.99, que a regulamentou, determinando em seu art. 36 que as empresas com com ou mais empregados preencham de 2 a 5% de seus cargos com beneficiários da Previdência Social reabilitados ou com pessoa portadora de deficiência habilitada, nas proporções que apresenta em seus incisos)."*

A Constituição brasileira de 1988 erigiu os direitos fundamentais à sua máxima importância, tanto é que os posicionou em primeiro plano, antes de dispor sobre a organização do Estado, além de atribuir-lhes a condição de cláusula pétrea (art. 60, §4º, IV). Estabeleceu, ainda, em seu artigo 5º, §§ 1º e 2º a aplicação imediata das normas definidoras dos

direitos e garantias fundamentais, bem como o reconhecimento de outros direitos e garantias que não estejam nela expressos, decorrentes do regime e dos princípios adotados pela mesma ou por tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

No Brasil, portanto, é aceita a oposição dos direitos fundamentais frente a particulares, a exemplo da política da afirmação para assegurar a inserção de deficientes físicos no mercado de trabalho privado

<sup>49</sup>GOMES, Joaquim B. Barbosa, op. cit., p. 51.

(Lei n. 7.853, de 24.10.89 e o Decreto n. 3.298, de 20.12.99, que a regulamenta, determinando em seu art. 36 que as empresas com cem ou mais empregados preencham de 2 a 5% de seus cargos com beneficiários da Previdência Social reabilitados ou com pessoa portadora de deficiência habilitada, nas proporções que apresenta em seus incisos).

Ressalta-se que havendo conflito de direitos fundamentais, o mesmo deve ser solucionado à luz da Nova Hermenêutica Jurídica Constitucional, que busca a concretização dos princípios inseridos na Constituição, verificando-se as peculiaridades do caso concreto, utilizando-se do postulado da proporcionalidade.

## 8 CONCLUSÃO

Na evolução da história da humanidade busca-se a concretização do princípio jurídico da igualdade, sendo que no Estado Democrático de Direito a humanidade reconhece as discriminações perpetradas em relação a determinados grupos, a exemplo dos negros e das mulheres que não eram considerados cidadãos.

A implementação material do princípio da igualdade se dá não somente através do combate à discriminação, mas também através da promoção da igualdade, possibilitada através de políticas de ações positivas.

As ações afirmativas surgem como políticas temporárias de agilização da promoção do princípio da igualdade onde há diversidade, com a finalidade de compensar as discriminações que certos grupos sofreram no passado, cujos reflexos perpetuam-se até hoje.

As ações afirmativas, como meios de promoção da igualdade jurídica material, podem ser opostas frente a entes públicos e também frente a particulares, sendo que havendo conflito de direitos fundamentais, o caso deve ser analisado de acordo com a Nova Hermenêutica Jurídica Constitucional.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ANTUNES ROCHA, Carmem Lúcia. "Ação Afirmativa – o Conteúdo Democrático do Princípio da Igualdade Jurídica", in Revista Trimestral de Direito Público n. 15/85, apud GOMES, Joaquim B. Barbosa. Op. cit.

BARROSO, Luís Roberto. – *Interpretação e aplicação da Constituição*, São Paulo: Saraiva, 1999.

BARROSO, Luís Roberto & BARCELLOS, Ana Paula de. "O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro." *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BILBAO UBILLOS, Juan María. *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

BOBBIO, Norberto. *Igualdad y libertad*. Trad. Pedro Aragón Rincón. Barcelona: Ediciones Paidós, 1993.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. A "principlialização" da jurisprudência através da Constituição, in Revista de processo, São Paulo, 2000, v. 98, p. 84, apud

COMPARATO, Fábio Konder in prefácio à 3ª ed. "Quem é o Povo?", MÜLLER, Friedrich, São Paulo: Editora Max Limonad, 2003. Trad. Peter Naumann.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

HESSE, Konrad, "Grundrechte", in *Staatslexikon*, v.2., apud Paulo Bonavides, ob. cit.

MEDINA, José Miguel Garcia, *Execução civil: princípios fundamentais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

\_\_\_\_\_. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, 7ª ed., p1289.

MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo?* São Paulo: Editora Max Limonad, 2003. Trad. Peter Naumann.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2003

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na constituição federal*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002.

\_\_\_\_\_. "A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil". *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1996, vol III.

STRECK, Lenio Luiz. "Análise Crítica da Jurisdição constitucional e das possibilidades hermenêuticas de concretização dos direitos fundamentais." *Constitucionalizando Direitos: 15 anos da constituição brasileira de 1988*. Fernando Facury Scaff (org.). – Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

VILAS-BÓAS, Renata Malta. *Ações afirmativas e o princípio da igualdade*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003, p. 29.

# O DIREITO HUMANO À IGUALDADE, O DIREITO DO TRABALHO E O PRINCÍPIO DA IGUALDADE

LUCIANA CAPLAN\*

**Resumo:** O princípio da igualdade, em tempos de globalização neoliberal, demanda novas reflexões. Se a igualdade formal prestou-se inicialmente aos interesses dos burgueses, a demanda atual não é suprida por seu conceito excludente, desatento às diferentes identidades humanas. A concepção da igualdade material como garantia concreta de condições idênticas de viver as diferenças é uma conquista histórica que não pode ser sacrificada em prol dos interesses do mercado. O princípio da igualdade deve ser tomado a partir daí, em especial no que pertine ao direito do trabalho, afeto a grupos sociais vulneráveis, de forma que o direito assuma postura emancipatória.

**Sumário:** 1 Introdução; 2 O Direito Humano à Igualdade; 2.1 A Igualdade e a Identidade; 2.1.1 A Igualdade Formal e seu Impacto nas Relações Sociais; 2.1.2 A Igualdade Material: um Desafio; 2.2 Os Direitos Humanos e a Igualdade Material; 2.3 Os Direitos Humanos e o Mercado Auto-regulado: empecilhos à Igualdade Material; 3 O Direito do Trabalho e o Princípio da Igualdade; 3.1 O Direito à Igualdade ou o Direito à Diferença? 3.2 O Direito do Trabalho: um Campo de Possibilidades ou uma Armadilha Ideológica? Limites e Possibilidades; 4 A Título de Conclusão.

**Palavras-chave:** Direitos Humanos, Igualdade Formal, Igualdade Material, Direito do Trabalho, Princípio da Igualdade, Direito à Diferença, Identidade.

---

\*Juíza do Trabalho Substituta do TRT da 15ª Região, Mestranda em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (São Paulo-SP) e Doutoranda em Derechos Humanos y Desarrollo pela Universidad Pablo de Olavide (Sevilha - Espanha).

## 1 INTRODUÇÃO

O princípio da igualdade e sua aplicabilidade no direito do trabalho, na atualidade, demandam novas reflexões, dado o processo de globalização operado no contexto de acumulação financeira do capital.

O presente estudo não tem a pretensão de entabular análises acerca da natureza jurídica dos princípios e sua aplicabilidade no direito cotidianamente. Diversos estudos já foram elaborados neste sentido e, por certo, muitos mais serão ainda realizados.

A análise levada a termo diz respeito a que se refere o princípio da igualdade: qual o conteúdo de referido princípio e de que igualdade falamos. Afinal, a igualdade formal defendida pelos modernos teve grande impacto nas relações sociais, muitas vezes de forma negativa. Se é bem verdade que, em fins da década de 40 do século passado, a defesa da igualdade fazia-se fundamental diante das atrocidades cometidas pelos nazistas em nome das diferenças, não é mais neste cenário mundial que vivemos.

Ao contrário, atualmente, a propalada igualdade formal acaba por desrespeitar os seres humanos exatamente nos aspectos em que distintamente são construídas suas identidades. Passa-se a pensar, assim, num conceito de igualdade material e no que consiste, bem como em estabelecer relações deste conceito com os direitos humanos, desde um ponto de vista concreto, contextualizado, real, imanente – quiçá, mundano.

Construídas as bases acerca do conceito de igualdade material, faz-se necessário estabelecer sua relação com o direito do trabalho no contexto de globalização hegemônica depredadora e genocida em que

vivemos, no qual, mais que nunca, o ser humano coloca-se a serviço dos interesses do capital. O princípio da igualdade, neste prisma, pode prestar-se à reprodução de relações de dominação vitimizadoras ou à criação de condições emancipatórias e de dignidade.

A matéria é densa e demanda grande aprofundamento. Não se pretende exauri-la, mas apenas iniciar a reflexão acerca de tema tão importante.

## 2 O DIREITO HUMANO À IGUALDADE

### 2.1 A Igualdade e a Identidade

Nosso refletir sobre o tema tem por início a questão da categoria “igualdade”. A que nos referimos quando invocamos a igualdade? A questão toma relevância diante da evidência de ausência de igualdade efetiva entre os seres humanos, tão díspares e construtores de identidades ímpares, de forma que não se pode encontrar uma pessoa que seja igual à outra, nada obstante contarem com inúmeras semelhanças. Afinal, parafraseando as palavras unívocas de Herrera Flores e Sabariego Gómez, o ser não é o que é, mas o que o difere<sup>1</sup>.

O conceito de igualdade universal, como o temos hoje, é produto da modernidade, tendo sido apresentado como grande idéia a partir da qual o mundo era possível, diante da razão, comum aos seres humanos e guia de seu pensamento<sup>2</sup>. Rousseau, em seu “*Discurso sobre a origem e fundamentos da desigualdade entre os homens*” ao tratar da desigualdade, já apresentava dois tipos: a *desigualdade natural ou física*, estabelecida pela natureza “(...) y que consiste en la diferencia de

*“A análise levada a termo diz respeito a que se refere o princípio da igualdade: qual o conteúdo de referido princípio e de que igualdade falamos.”*

<sup>1</sup>HERRERA FLORES, Joaquín. “Introducción General”, In: MOURA, Marcelo Oliveira de. *Irrupendo no Real: escritos de teoria crítica dos direitos humanos*. Pelotas: Educat, 2005. pág. 39.

<sup>2</sup>VALCÁRCEL, Amelia. *Del Miedo a la Igualdad*. Barcelona: Crítica, 1993. pág. 10.

*edades, de salud, de las fuerzas del cuerpo y las cualidades del espíritu o del alma*<sup>3</sup> e a *desigualdade moral ou política*, que dependeria de uma convenção e estaria autorizada pelo consentimento dos homens (1), consistindo nos “(...) *diferentes privilégios de los que gozan unos en detrimento de los otros, como el ser más ricos, más honrados, más poderosos que ellos o, incluso, hacerse obedecer*”.

A partir desta classificação da desigualdade, cremos que se pode questionar qual igualdade teria sido proposta pelos modernos. Quiçá assista razão a Valcárcel quando afirma que os seres humanos são iguais ao nascer e ao morrer, em razão do que chama de “(...) *común destino de finitud tan patente que nadie se ha atrevido a negarla*”<sup>4</sup>. Ainda assim, devem ser consideradas as distintas formas com que são tratados os seres humanos em razão da hierarquia estabelecida na divisão social do trabalho já que até mesmo a valoração da finitude humana e o combate com ela travado acabam sendo distintos. Afinal, poder-se-ia dizer que a finitude humana é a mesma para os que têm acesso, por exemplo, a medicamentos de alto custo para tratamento de doenças e aqueles que não têm? Ou a finitude, em alguns casos, é passível de maior “flexibilidade”, enquanto em outros impõe-se como inexorável?

Ao final, a igualdade moderna coloca-se apenas como valor, como “dever ser” e, como tal, seu exercício acaba por decorrer de sua simples afirmação, não dependendo de concretização<sup>6</sup>. Faz-se necessária a busca de outro sentido – que não o moderno – a esta categoria.

Afinal, não há dúvidas de que o discurso da igualdade não pode estar pretendendo uma formatação idêntica a todos os seres humanos que elimine as diferenças concretas, responsáveis pela construção das identidades individuais dos sujeitos, à maneira

do filme “*Matrix*”, ou seja, mediante a equivocada compreensão de que à igualdade corresponde a ausência de diferença: “(n) *hay ningún modo de hacer de la humanidad un todo idéntico si no es a la baja, deshumanizándola*”<sup>7</sup>. Não é crível ser este o objetivo diante de sua impossibilidade concreta e real de atingimento. Os seres humanos jamais serão idênticos entre si. Este não pode, pois, ser o critério de igualdade.

Aceitamos, por conseqüência, a proposta de Valcárcel de que a igualdade adquire condição de factibilidade quando se refere a relações simétricas, deixando de ser vista como relação natural<sup>8</sup>. Discordamos de seu intento de vê-la como relação pactuada, no entanto, diante da conflitividade latente na sociedade, motivo pelo qual optamos por lhe atribuir caráter político.

A partir deste ponto de vista, toma relevância a construção individual e coletiva de identidade pelos sujeitos. Como bem assinala Sabariego Gómez, a partir da década de 80 do século passado, construiu-se uma perspectiva de concepção da identidade como algo processual e dinâmico, que influi e é influenciado pelos contextos em que se insere<sup>9</sup>. Daí que a identidade pode ser entendida como

(...) *la experiencia del sujeto en torno a su ser y su existir y la identificación (entendida como interrelación) de esa existencia con los contextos en los que se desarrolla. El sujeto es en cada momento de su vida todo su pasado, su presente y su futuro – las proyecciones y deseos, las potencialidades – vividas en su tiempo y espacio respectivos, es decir, el sujeto es su hacer en el mundo. Esto categoriza a la identidad como heterogénea, ya que, como vemos, contiene elementos descriptivos, interpretativos y elementos sin elaborar (...)*

<sup>3</sup>ROUSSEAU, Jean Jacques. *Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres y otros escritos*, 4ª ed. 2ª reimp. Madrid: Tecnos, 2002. pág. 118.

<sup>4</sup>Idem.

<sup>5</sup>VALCÁRCCEL, Amelia. *Del Miedo a la Igualdad*. Pág. 11.

<sup>6</sup>Idem.

<sup>7</sup>Ibidem, pág. 13.

<sup>8</sup>Ibidem, pág. 13.

<sup>9</sup>SABARIEGO GÓMEZ, Manuel Jesús. “La Globalización de las relaciones entre cultura y política: una nueva ecología social de la identificación”. In: MOURA, Marcelo Oliveira de. *Irrompendo no Real: escritos de teoria crítica dos direitos humanos*. Pelotas: Educat, 2005. pág. 124.

Construída, reconhecida e respeitada a identidade de cada sujeito, por si e inserido na coletividade, torna-se possível o estabelecimento de relações igualitárias, obtendo-se, desta maneira, num plano concreto, o que se convencionou chamar de igualdade material.

### 2.1.1 A igualdade formal e seu impacto nas relações sociais.

Historicamente, constata-se o discurso idealista da igualdade – um dos pilares da construção da democracia a partir dos ideais burgueses do século XVIII – apresentou-se como universal, mas o que se verificou, na prática, foi a construção de uma ordem jurídica que acabou por assegurar concretamente esta igualdade de condições de exercício de direitos tão somente aos homens, ocidentais, brancos e proprietários. Estes, pois, os iguais; todos e todas as demais, por motivos de etnia, gênero, origem territorial, classe social, etc., diferentes. É a “*reducción de la condición de ser humano al occidental, blanco, varón y rico, que sería por tanto el verdadero y único sujeto del Derecho, de los derechos redundantemente humanos*”<sup>10</sup>. A compreensão deste fato é fundamental na superação de eventuais preconceitos existentes, em especial no tocante à discriminação em razão da origem de classe, bem como de opressões sofridas por trabalhadoras e trabalhadores negros ou de outras etnias igualmente discriminadas, por exemplo.

Se hoje pensamos que a escravidão humana não se justifica em nenhuma hipótese, nem sempre foi este o pensamento da humanidade ocidental. Também sustentamos a igualdade, ao menos formal, entre homens

e mulheres. No entanto, não apenas esta igualdade não é constatada na vida cotidiana como, há pouco tempo, sequer era reconhecida no plano ideológico. A história dos direitos humanos, portanto, “*(...) ha sido la historia de la lucha por alcanzar ese reconocimiento, por extender la noción de seres humanos más allá del cliché inicial*”<sup>11</sup>. Não estamos diante de direitos prontos, rígidos, acabados que esperam apenas ser descobertos pela razão humana. Estamos diante de produtos culturais resultantes de processos culturais contínuos e, até o presente, “*(...) igualdad y libertad han tenido caminos escabrosos*”<sup>12</sup>.

Diante do reconhecimento concreto da igualdade exclusivamente entre os homens proprietários, também os trabalhadores e trabalhadoras restaram excluídos, nada obstante a maior parte dos seres humanos enquadrarem-se como tal, deixando de ser considerados verdadeira e integralmente sujeitos de direito, dada sua necessidade de vender a força de trabalho como condição de sobrevivência<sup>13</sup>. E os direitos sociais por eles arduamente conquistados vêm sendo tratados, hoje, como custos de mercado a serem eliminados, pretendendo-se um retorno à situação anterior de maior discriminação dos obreiros e obreiras. Tudo isso como se fosse natural, ao final, a defesa de apenas alguns poucos seres humanos, que teriam tudo garantido, ao lado de muitos outros, que nenhuma garantia teriam. A condição humana de alguns privilegiados seria, assim, oriunda do que Javier de Lucas chamou de “*lotería del nacimiento*”, ou seja, critério de sorte pelo nascimento em uma condição (humana) ou outra (vista como não humana, desumana, ou de exclusão)<sup>14</sup>.

*“Se hoje pensamos que a escravidão humana não se justifica em nenhuma hipótese, nem sempre foi este o pensamento da humanidade ocidental.”*

<sup>10</sup>LUCAS, Javier de. *Blade Runner: el derecho, guardián de la diferencia*. Valencia: Tirant to Blanch, 2003. pág. 32.

<sup>11</sup>in: *ibidem*, pág. 38.

<sup>12</sup>VALCÁRCEL, Amelia. *Del Miedo a la Igualdad*. pág. 10.

<sup>13</sup>LUCAS, Javier de. *Blade Runner...* pág. 38.

<sup>14</sup>*ibidem*, pág. 53.

Embora a igualdade formal moderna tenha construído um arranjo de poder diverso do pré-moderno, a discriminação permaneceu, sob um discurso igualitarista cínico. Abolidos os privilégios estamentais da nobreza e do clero, a origem social e territorial, bem como outras características do ser humano que o acompanham no nascimento passaram a ditar as condições de sua existência. É verdade que o capitalismo sustenta a tese da mobilidade social a partir do potencial individual. Também é certo que, de tempos em tempos, surge algum exemplo de que efetivamente esta hipótese é viável na prática. No entanto, não há dúvidas de que a discriminação permanece forte, mesmo em alguns desses casos (veja-se a forte questão racial nos Estados Unidos, por exemplo, onde muitos negros ascendem socialmente bem como o racismo brasileiro, muitas vezes dissimulado diante daqueles que “sabem permanecer em seu lugar”, dada a quase ausência de oportunidade de melhores condições de vida digna). Não se trata, pois, de simples estruturas sociais desiguais que forjariam indivíduos “iguais”, eis que estes já apresentam características excludentes em razão dos preconceitos existentes em face de cor de pele, origem social, gênero, etc. e que não são *construídos a posteriori*, mas determinados no momento de vinda ao mundo. Neste aspecto, as condições da pré-modernidade foram alteradas em favor do homem burguês mas, diante da ausência de igualdade material, não foram suprimidas de todo, escondidas sob o manto de uma condição humana pertencente apenas a um grupo de homens.

### 2.1.2 A Igualdade material: um desafio.

No entanto

(...) la condición humana no es natural, no nos viene de la naturaleza, precisamente porque el humano lo es por apartarse de ella. El desarrollo del ser humano es lo que le humaniza, lo

que le confiere esa condición, de forma que hay humanos que se deshumanizan y otros que se hacen más seres humanos<sup>15</sup>. (...) hacerme humano es un proceso largo, en el que puedo fracasar o engrandecerme<sup>16</sup>.

Paulo Freire é muito elucidativo neste aspecto. Para ele, os homens e mulheres são compreendidos como seres inconclusos, assim como os demais animais<sup>17</sup>. Porém, é identificada a distinção entre uns e outros na consciência de inconclusão que os primeiros têm e pelo fato de – ao contrário dos demais animais – terem transformado a vida em existência<sup>18</sup>.

Nesta inconclusão e na possibilidade de consciência de sua condição, com a conseqüente atuação no mundo, é que reside a igualdade humana. Portanto, daí a necessidade da igualdade enquanto instância política, de permitir a todos e a todas seu fazer no mundo, asseguradas condições materiais e imateriais para tanto, mediante garantias – não apenas, mas também – jurídicas.

Trata-se do empoderamento dos seres humanos, desde uma perspectiva de integração, em oposição às práticas hegemônicas de exclusão, para assegurar-lhes a dignidade, conforme a concebe a teoria crítica de Joaquín Herrera Flores: como substrato sobre o qual descansa a condição humana mundana de contar com atitude – aquisição de tendência a fazer mais – e aptidão para tanto – estar apto, habilitado, poder fazer<sup>19</sup>.

Portanto, a igualdade material não é uma redução dos seres humanos a uma condição idêntica, mas a garantia concreta de condições idênticas de viver suas diferenças.

### 2.2 Os direitos humanos e a igualdade material.

Neste aspecto, os direitos humanos podem ser tidos como garantias jurídicas de

<sup>15</sup>ibidem, pág. 33.

<sup>16</sup>ibidem, pág. 36.

<sup>17</sup>FREIRE, Paulo. *Pedagogia do Oprimido*. 36ª ed. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 2003. Pág. 73.

<sup>18</sup>FREIRE, Paulo. *Pedagogia da Esperança: um reencontro com a pedagogia do oprimido*. 9ª ed. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 2002. Pág. 98.

<sup>19</sup>HERRERA FLORES, Joaquín. *Los derechos humanos como productos culturales: crítica del humanismo abstracto*. Madrid: Catarata, 2005. pág. 28.

empoderamento do ser humano para sua atuação no mundo, compreendidos a partir da teoria crítica formulada, entre outros, por Joaquín Herrera Flores<sup>20</sup>. Para ele, os direitos humanos são produtos culturais oriundos da reação do ser humano diante dos entornos de relação consigo mesmo, com os outros e com a natureza. Como produtos culturais, surgem num contexto definido, não havendo fundamentos anteriores a eles a justificá-los.

Como tal, os direitos humanos não são fruto de privilegiados juristas que os descobriram através da investigação transcendental da razão humana ou de princípios religiosos que se encontram mais além da compreensão do ser humano mediano. Eles têm sua origem nos movimentos sociais e sua luta contra a distribuição desigual de bens materiais e imateriais.

Como resultado dessas lutas, vislumbra-se a assunção de compromissos e o estabelecimento de deveres que acabam por redundar em garantias políticas, sociais, econômicas e também jurídicas. Não são deveres impostos por uma instância transcendental, mas resultado de lutas emancipatórias, seja dos cidadãos burgueses contra os privilégios estamentais medievais da nobreza e do clero, seja das mulheres, em busca do direito ao voto, seja dos negros, pela liberdade ou dos trabalhadores e trabalhadoras por condições adequadas de trabalho e por vida digna a ser assegurada por justa remuneração, seja pelo respeito ao meio ambiente, condição de vida e de sobrevivência dos seres humanos, entre outras que podem ser mencionadas.

Como produtos culturais, os direitos humanos são sempre o resultado provisório dos processos culturais, crescendo às

conquistas mais e mais garantias, num procedimento dialético e histórico, mas sempre com a manutenção da unicidade da categoria. Os direitos humanos não podem ser entendidos e nem concretizados separadamente.

Assim, o uso da teoria das gerações de direitos humanos pode ser interessante do ponto de vista didático, porém é muito perigoso, eis que sugere uma visão unilinear da história, podendo levar à conclusão equivocada de que cada geração superou a geração anterior ou que a geração anterior já se encontra devidamente assegurada e não reclama maiores preocupações, prejudicando a necessidade de compreensão da unicidade dos direitos humanos.

Por esta razão, Herrera Flores propõe, a partir da concepção de que a luta pela dignidade tem um caráter global, a complementação da teoria das gerações – que conta com o mérito de desvelar a historicidade dos direitos humanos – com uma teoria de análise do que chama de gerações de problemas e lutas que obrigaram a adaptação de anseios e necessidades a novas problemáticas sociais<sup>21</sup>.

A divisão entre os direitos humanos civis e políticos, considerados de “primeira geração” e que têm origem na liberdade, e os direitos econômicos, sociais e culturais, de “segunda geração”, que se fundam na igualdade, demonstra a primeira armadilha de tal procedimento que permite a compreensão da manipulação da teoria para assegurar a concepção de igualdade formal para todos e igualdade material apenas para os homens brancos, ocidentais e proprietários.

Embora o termo “direitos humanos” tenha surgido apenas em 1948, no início da Guerra Fria<sup>22</sup>, podemos reconhecê-los em

<sup>20</sup>A construção deste raciocínio encontra respaldo nas obras de Joaquín Herrera Flores citadas na bibliografia. A contextualização necessária dos direitos humanos pode ser melhor compreendida a partir das obras *El Vuelo de Anteo* e *Los derechos humanos: una visión crítica*. Os processos culturais e o circuito de reação cultural estão analisados com profundidade em *El proceso cultural: materiales para la creatividad humana*. Por fim, os direitos humanos são analisados como produtos culturais e é construída a concepção de dignidade humana a partir do binômio aptidão-atitude em *Los derechos humanos como productos culturales: crítica del humanismo abstracto*.

<sup>21</sup>HERRERA FLORES, Joaquín. *Los derechos humanos: una visión crítica*. In: acessado em 09 de janeiro de 2006, às 12h10min. pág. 56.

<sup>22</sup>HERRERA FLORES, Joaquín. “Los Derechos Humanos en el Contexto de la Globalización: Tres Precisiones Conceptuales”. SANCHÉZ RÚBIO, David, HERRERA FLORES, Joaquín e CARVALHO, Salo de (org.). *Direitos Humanos e Globalização: Fundamentos e Possibilidades desde a Teoria Crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. Pág. 80.

momentos anteriores da história da humanidade, no mundo ocidental. A Declaração francesa de 1789 estabelecia a igualdade como pilar da revolução. No entanto, é vista como fonte de direitos civis e políticos: "(...) não era previsto qualquer direito de natureza social e nem mesmo se pensava no valor da igualdade sob a perspectiva material e substantiva"<sup>23</sup>.

E não havia necessidade de previsão dos direitos econômicos, sociais e culturais à época da construção do Estado liberal para que fosse garantida a igualdade entre os homens. Afinal, a igualdade estava assegurada pelos próprios direitos civis e políticos: eram garantias ao homem burguês. O discurso da igualdade universal caiu por terra quanto aos demais, pelas práticas burguesas de aplicação dessas garantias na vida prática, seja com a repressão do levante dos escravos do Haiti e com a execução pública de Olympe de Gouges. Tanto os negros haitianos quanto a escritora francesa pretendiam o reconhecimento jurídico e a concessão do estatuto de igualdade racial e de gênero. Não foram bem sucedidos<sup>24</sup>.

A Declaração Universal de 1948 assegura direitos econômicos, sociais e culturais, em seu artigo 22, a todos, enquanto membros da sociedade<sup>25</sup>. Esta redação também pode ser vista como uma armadilha, diante da exclusão a que estão submetidos quatro quintos da humanidade. Se não são membros da sociedade, uma vez que não reconhecidos como tal, não são, por certo, detentores de direitos econômicos, sociais e culturais.

Emerge a limitação da possibilidade de utilização dos direitos humanos como instrumento de libertação. Por outro lado, surge o desafio de se pensar o papel do direito numa prática verdadeiramente libertadora. Simultaneamente, a pequenez e a grandeza do Direito, objeto de reflexão a partir de suas possibilidades concretas.

É verdade que nem os tratados internacionais nem as legislações nacionais, por si só, bastam para garantir a inclusão social e a atenção à concretização de políticas de atenção à dignidade humana enquanto empoderamento de todos e todas. O Direito não é a panacéia para os vitimizados e vitimizadas pelo sistema-mundo. Há necessidade de práticas sociais de inclusão que assegurem garantias políticas, econômicas, sociais, culturais, etc. além das garantias jurídicas para tanto. No entanto, também há necessidade e possibilidade de funcionalização da garantia jurídica, ou seja, há necessidade de se atribuir à garantia jurídica – ao Direito, portanto – um papel concreto, efetivo e ativo de superação das exclusões, mediante a repressão das ações discriminatórias, mas também pela construção de uma práxis de inclusão.

### 2.3 Os direitos humanos e o mercado auto-regulado: empecilhos à igualdade material.

Já foi visto que a juridicização dos direitos humanos, inclusive o da igualdade, destinou-se originariamente apenas à burguesia que ascendia ao poder, nada obstante o discurso universalista. O que se pretendeu foi, na verdade, assegurar a igualdade entre os contratantes no mercado auto-regulado e não entre os seres humanos.

Ocorre que não apenas a universalidade, mas os próprios direitos humanos são incompatíveis com a lógica desse mercado auto-regulado burguês. Isto porque se depreende com facilidade da análise dos chamados teóricos do mercado, entre os quais, podemos citar Smith e Hayek, o rechaço a qualquer regramento que não se destine a assegurar ou obstaculize a acumulação sem restrições – morais, políticas, sociais ou culturais – do capital<sup>26</sup>. Essa resistência se estende "(...) a qualquer norma, regra o procedimento que intente regular la

<sup>23</sup>PIOVESAN, Flávia, PIOVESAN, Luciana e SATO, Priscila Kei. "Implementação do Direito à Igualdade". In: PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. 2ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Max Limonad, 2003. pág. 193.

<sup>24</sup>HERRERA FLORES, Joaquín. *Los derechos humanos como productos culturales*. Pág. 82-3.

<sup>25</sup>BUERGENTHAL, Thomas. *International Human Rights in a Nutshell*. Saint-Paul: West Publishing Co., 1988. pág. 27..

<sup>26</sup>HERRERA FLORES, Joaquín. *Los derechos humanos como productos culturales...* pág. 85.

*desigual y jerarquizada relación entre el capital y el trabajo (el cual es siempre el creador del valor social)*<sup>27</sup>.

O capital, ao apropriar-se absoluta e totalmente do mercado, fez desaparecer todas as normas mínimas que regulavam os intercâmbios de bens a partir do valor de uso destes, passando a considerar apenas o valor de troca, responsável por sustentar o processo de acumulação contínuo, global e irrestrito. Como tal, o ser humano e suas necessidades corporais são irrelevantes na atuação desta "mão invisível" e os reclames por dignidade são veementemente rejeitados diante da incompatibilidade com os procedimentos de acumulação irrestrita mencionados. Apenas os direitos humanos compatíveis com a lógica do mercado são observados (o direito de propriedade intelectual, por exemplo). Os demais, ainda que assegurados por inúmeros instrumentos internacionais, acabam sendo desconsiderados, na prática, pelos países signatários dos tratados.

Assim ocorreu também no tocante à igualdade. Historicamente, veio alterada formalmente. As alterações que vieram ocorrendo são oriundas de lutas dos grupos vitimizados pela discriminação e preconceito ou pela inserção social em decorrência das necessidades do capital globalizado. Assim, a mulher vê-se, hoje, inserida no mercado de trabalho, inclusive com o eventual exercício de cargos de chefia. O mesmo ocorre com os discriminados em razão de origem racial. Tais alterações, no entanto, não atingem aos trabalhadores, em sua totalidade. A exclusão sofrida por estes é idêntica e a igualdade material está longe de ser alcançada pelos obreiros e obreiras, em qualquer lugar do mundo. Ao contrário, a grande mobilidade do capital vem aumentando a desigualdade e dificultando – em alguns casos,

*"...o ser humano e suas necessidades corporais são irrelevantes na atuação desta "mão invisível" e os reclames por dignidade são veementemente rejeitados diante da incompatibilidade com os procedimentos de acumulação irrestrita mencionados."*

impedindo – a organização de movimentos sociais de trabalhadores e trabalhadoras por condições dignas de trabalho e de vida.

### 3 O DIREITO DO TRABALHO E O PRINCÍPIO DA IGUALDADE

#### 3.1 O direito à igualdade ou o direito à diferença?

Uma vez constatada a relação paradoxal entre o mercado e os direitos humanos e considerando as garantias dos direitos humanos econômicos, sociais e culturais – dentre eles, o direito ao trabalho e os que com ele se relacionam –, a questão demanda a abordagem em dois aspectos: num primeiro, do ponto de vista da discriminação dos trabalhadores e trabalhadoras em razão das diferenças; num segundo momento, a exclusão decorrente de sua condição de trabalhadores.

Faz-se necessário, portanto, por um instante e num primeiro momento, pensar não mais a igualdade, mas a diferença. É bem verdade que esse pensar a diferença causou mal-estar na esfera internacional, no período posterior à Segunda Grande Guerra, eis que Hitler a usara como argumento para o extermínio e a destruição. Fazia-se neces-

sário, naquele momento, uma proteção geral, genérica e abstrata. No entanto, mais tarde, passou-se a reconhecer a necessidade de proteção especial e particular a determinados grupos, em razão de sua vulnerabilidade<sup>28</sup>.

Isto porque da proteção genérica, abstrata e geral decorre o que Joaquín Herrera Flores chama de mal-estar da emancipação. Ou seja, este tipo de proteção levou à preponderância das teorias formais ou procedimentais de justiça, com o aspecto jurídico-cultural sobrepondo-se à igualdade à diferença. Aquilo ele descreve como: "(e)

<sup>27</sup>Ibidem, pág. 86.

<sup>28</sup>PIOVESAN, Flávia, PIOVESAN, Luciana e SATO, Priscila Kel, "Implementação do Direito à Igualdade". Pág. 195.

afán homogeneizador ha primado sobre el de la pluralidad y diversidad<sup>29</sup>". A conquista da igualdade de direitos não se apoiou nem impulsionou o reconhecimento e o respeito pelas diferenças. O sujeito de direito, por consequência, ficou "generalizado", desvinculado dos contextos onde vive, de maneira que as situações de conflito desaparecem diante da igualdade formal, diante da aparência de justiça dos procedimentos. Desta forma, a discriminação e privilégios passaram a originar-se, de maneira invertida, da erradicação do gênero, do étnico, do racial, etc. do debate político.

Dai decorre a necessidade de se repensar o valor da igualdade, com o respeito e observância das especificidades e diferenças: "*Somente mediante essa nova perspectiva é possível transitar-se da igualdade formal para a igualdade material ou substantiva*<sup>30</sup>".

### 3.2 O Direito do Trabalho: um campo de possibilidades ou uma armadilha ideológica? Limites e possibilidades.

Embora marcado pelas relações sociais hegemônicas, o Direito configura-se como um campo de luta pela dignidade humana, onde é possível o estabelecimento de garantias de cumprimento dos deveres e obrigações assumidos como resultado das lutas emancipatórias travadas pelos grupos excluídos do acesso a bens materiais e/ou imateriais<sup>31</sup>.

Do ponto de vista jurídico, tem-se consolidado, no direito nacional e no direito internacional, o valor da igualdade – substantiva e real e não meramente formal –, com respeito à diferença e à diversidade. Neste sentido, Flávia Piovesan aponta o artigo 7º, inciso XX, da Constituição da República do Brasil que protege o mercado de

trabalho da mulher e que dá fundamento à Lei nº 9.799/99, bem como o artigo 37, inciso VII que prevê a reserva percentual de cargos e empregos públicos para pessoas portadoras de deficiências<sup>32</sup>.

Na contra-mão destas disposições, há um reclame atual neoliberal no sentido de que sejam desconsideradas as questões atinentes à vulnerabilidade de alguns grupos sociais, a fim de que seja retomada a igualdade formal dos contratantes, nos moldes do Direito Civil do século XVIII.

A título exemplificativo, veja-se o estudo estatístico que restou conhecido como "Relatório Castelar"<sup>33</sup>. Trata-se de análise de levantamento realizado junto a juízes e juízas dos diversos ramos do Poder Judiciário no Brasil, em 2002. Uma das preocupações do autor do relatório, comprometido com a eficiência e produtividade econômica do Poder Judiciário, reside na contraposição da imagem dos juízes e juízas brasileiros à visão tradicional da *civil law* que demandaria uma atuação jurisdicional limitada ao que Castelar chama de "correta aplicação da lei"<sup>34</sup>. O Poder Judiciário brasileiro, segundo ele, estaria sacrificando a certeza jurídica em nome da justiça social, ocorrendo uma politização do Poder Judiciário mediante o que chamou de "[...] tentativa de favorecer grupos sociais mais fracos, como trabalhadores e pequenos devedores"<sup>35</sup>. E, neste sentido, constatou que 73,1% dos juízes e juízas optariam por decisões que violassem os contratos, em prol da justiça social<sup>36</sup>.

O relatório ignora, neste caso, as previsões legais constantes da Consolidação das Leis do Trabalho e do Código de Defesa do Consumidor, bem como os princípios que regem estes ramos do Direito, e que estabelecem a busca da compensação da desi-

<sup>29</sup>HERRERA FLORES, Joaquín. "Los Derechos Humanos en el Contexto de la Globalización..." pág. 72.

<sup>30</sup>PIOVESAN, Flávia, PIOVESAN, Luciana e SATO, Priscila Kei. "Implementação do Direito à Igualdade". Pág. 193.

<sup>31</sup>HERRERA FLORES, Joaquín. *Los derechos humanos como productos culturales...* pág. 92.

<sup>32</sup>PIOVESAN, Flávia, PIOVESAN, Luciana e SATO, Priscila Kei. "Implementação do Direito à Igualdade". Págs. 200-1.

<sup>33</sup>CASTELAR PINHEIRO, Armando. *Judiciário, Reforma e Economia: a visão dos Magistrados*. Dezembro de 2002, in: dezembro de 2005, às 12h32min. acessado em 11 de

<sup>34</sup>Ibidem, pág. 6.

<sup>35</sup>Idem.

<sup>36</sup>Ibidem, pág. 22.

gualdade material verificada, através de inúmeros mecanismos, em especial hermenêuticos. Ao adotar uma visão de igualdade do ponto de vista exclusivamente formal, atribui à pessoa do julgador-julgadora a opção pelo que chama de "favorecimento".

Ora, constatamos três concepções distintas de igualdade: a *formalista*, que se refere à igualdade de todos perante a lei e que foi importante, historicamente, para a abolição dos privilégios, ainda que do ponto de vista formal; a *material*, originária dos conceitos de justiça social e distributiva e, num momento posterior, uma outra concepção *material*, porém fundada na visão da justiça enquanto instância de reconhecimento de identidades, ou seja, igualdade mas também diversidade: "(...) crença de que somos iguais, mas diferentes, e diferentes, mas sobretudo iguais<sup>37</sup>". Trata-se de superar a simples tolerância, para construir um verdadeiro reconhecimento, o que demanda a superação do medo da verdadeira liberdade.

A igualdade material que reconhece e respeita a diversidade é uma conquista histórica que não pode ser sacrificada em nome dos interesses do mercado auto-regulado e do processo de globalização depredador que desconsidera o valor da vida humana. O princípio da igualdade deve ser tomado em consideração a partir desta concepção, em especial quando falamos do direito do trabalho, afeto a grupos sociais vulneráveis, muitas vezes por mais de um motivo. A vulnerabilidade dos trabalhadores e trabalhadoras evidencia-se, muito intensamente, na pactuação e execução dos contratos de trabalho, sejam de emprego ou não.

O capital adquiriu grande mobilidade a partir da década de 90 do século passado, com intensificação no processo de internacionalização da produção, distribuição e administração de bens e serviços, proces-

so este que compreendeu três aspectos principais: aumento do investimento estrangeiro direto, papel decisivo dos grupos empresariais multinacionais como produtores na economia global e formação de redes internacionais de produção.

Com isso, o que se constata é que, cada vez mais, a produção de bens e serviços não é realizada por empresas multinacionais, mas por redes transnacionais de produção, compostas também – mas não apenas – por empresas multinacionais. Estas redes transnacionais de produção são compostas por multinacionais, portanto, mas também por empresas pequenas e médias, que se ligam a esses grupos multinacionais, adquirindo, elas próprias, o caráter da transnacionalidade, por meio de acordos internacionais. Exemplo disso são os fabricantes de computadores taiwaneses e israelenses, que ampliaram suas redes até o Vale do Silício.

Segundo Castells<sup>38</sup>, essas redes de produção têm uma geografia transnacional que não é indiferenciada: "(...) cada função produtiva encontra local próprio (em termos de recursos, custos, qualidade e acesso ao mercado) e/ou se liga a uma nova empresa da rede que esteja no local apropriado".

Ocorre o dismantelamento das organizações de trabalhadores em decorrência desta configuração empresarial. Os grupos de trabalhadores ficam desempoderados diante do grande exército de reserva de mão de obra e da grande mobilidade do capital que, se insatisfeito com as condições de acumulação num determinado lugar do planeta, é recebido de braços abertos em outros lugares, ansiosos por "desenvolvimento". Neste cenário, é possível, inclusive, visualizar grupos de trabalhadores em duas situações de exclusão: os excluídos que estão dentro do sistema (e, portanto, não gozam de todos os direitos concretamente, mas estão inseridos no sistema produtivo e, como tal, ainda

*"...é possível, inclusive, visualizar grupos de trabalhadores em duas situações de exclusão: os excluídos que estão dentro do sistema..."*

*"...e os excluídos que estão fora do sistema..."*

<sup>37</sup>PIOVESAN, Flávia, PIOVESAN, Luciana e SATO, Priscila Kei. "Implementação do Direito à Igualdade". Pág. 203.

<sup>38</sup>CASTELLS, Manuel. *A Sociedade em Rede*. 6ª ed. atual. São Paulo: Paz e Terra, 2002, pág. 163.

têm algum reconhecimento, embora pequeno) e os excluídos que estão fora do sistema (aqueles totalmente marginalizados, que sequer logram o ingresso no mercado de trabalho, por exemplo).

Pretendendo um estudo contextualizado do princípio da igualdade, temos como necessário considerar, diante da posição que os grupos de trabalhadores adotam no sistema-mundo, o binômio inclusão-exclusão<sup>39</sup>, como orientador da aplicação prática do princípio da igualdade. O combate à discriminação, inclusive de trabalhadores combativos, não importa em automática inclusão. Na Política, a inclusão depende da prática que coíba as práticas discriminatórias e adote ações afirmativas, de "discriminação positiva".

E, no Direito, que caminhos podem ser trilhados, considerando que os "(...) *molinos del Derecho ya son como los de la historia: demasiado lentos, demasiado monótonos*"<sup>40</sup>? Qual o papel que ainda resta ao direito, em especial ao direito do trabalho, no tocante à igualdade entre os seres humanos, em tempos de globalização, quando o ritmo da vida social passa a tê-lo como um estorvo, como algo a ser superado, numa era de descodificação<sup>41</sup>? Haverá instrumentalidade emancipadora para o Direito que, segundo Javier de Luca, é o guardião do tempo anterior, da sobrevivência do *status quo*, fechando o futuro em razão de sua atuação<sup>42</sup>? Será o Direito o guardião da diferença enquanto estigmatizador, como carrasco do que nos é alheio (e que, justamente por isso, nos permite definirmo-nos como nós mesmos)<sup>43</sup>?

O Direito, enquanto produto cultural, está inserido num determinado contexto. Portanto, pensá-lo enquanto instrumento emancipador à disposição do processo de humanização dos seres humanos importa em aceitar a proposta formulada por Javier de

Lucas: olhar mais além da atual fronteira do humano – "(...) *que no es un postulado irrefutable, um dato irrefutable, sino un momento de la historia de la humanidad*"<sup>44</sup> – e estarmos dispostos a dar vários passos para estender o reconhecimento jurídico próprio do humano.

O Direito vem administrando o caos que não pode eliminar, aceitando a existência do outro que se limita à sua condição de ferramenta, mantendo-se num mundo invisível para os humanos de verdade, mas tem como presença inaceitável a do outro que leva a sério sua vocação de ser igual<sup>45</sup>. O ataque à possibilidade de resistência obreira em face do desmantelamento do direito laboral, levado a termo de diversas formas pelas grandes transnacionais, é uma ação semelhante ao racismo, eis que nega ao trabalhador e à trabalhadora a condição humana e, desta forma, permite a discriminação, a perseguição, a eliminação ou segregação e a conversão em meros instrumentos (a reificação)<sup>46</sup>.

A superação desta postura demanda o rechaço ao cinismo que acompanha o mito da exclusão justa, a exclusão "inevitável", exigida pelas regras de racionalidade econômica<sup>47</sup>.

#### 4 A TÍTULO DE CONCLUSÃO

O discurso moderno da igualdade formal levou a grandes e, em nome da ausência de discriminação, a um outro tipo de exclusão: a decorrente da desconsideração das características que levam à construção de identidades. No atual momento de globalização do processo de acumulação financeira do capital, faz-se necessária a construção de um conceito de igualdade material que seja funcional aos processos de luta pela dignidade humana, ou seja, pelo empoderamento dos seres humanos de for-

<sup>39</sup>PIOVESAN, Flávia, PIOVESAN, Luciana e SATO, Priscila Kei. "Implementação do Direito à Igualdade". Pág. 199.

<sup>40</sup>LUCAS, Javier de. *Blade Runner*... pág. 24.

<sup>41</sup>Ibidem, pág. 28.

<sup>42</sup>Ibidem, pág. 25.

<sup>43</sup>Ibidem, pág. 28.

<sup>44</sup>Ibidem, pág. 36.

<sup>45</sup>Ibidem, pág. 46.

<sup>46</sup>Ibidem, pág. 49.

<sup>47</sup>Ibidem, pág. 53.

ma a que lhe sejam asseguradas condições materiais e imateriais para que desenvolvam atitudes e aptidões.

No campo do direito do trabalho, esta demanda é ainda mais forte, dado o processo de constante vitimização dos trabalhadores, incrementado pela mobilidade adquirida pelo capital e pelo desmantelamento das organizações obreiras, seja pela ausência de adequação dos sindicatos aos novos tempos, seja pelo grande exército de mão-de-obra de reserva que deixa os trabalhadores sem possibilidade de negociação.

Deve o Direito, assim, buscar novos rumos de atuação, a fim de esquivar-se de cumprir função de reprodução da razão econômica neoliberal cínica, trilhando caminhos emancipatórios e de humanismo concreto.

## BIBLIOGRAFIA

BUERGENTHAL, Thomas. *International Human Rights in a Nutshell*. Saint-Paul: West Publishing Co., 1988. págs. 24-61.

CASTELLS, Manuel. *A Sociedade em Rede*. 6ª ed. atual. São Paulo: Paz e Terra, 2002. Tradução de Roneide Venâncio Majer.

CASTELAR PINHEIRO, Armando. *Judiciário, Reforma e Economia: a visão dos Magistrados*. Dezembro de 2002, in: [http://www.febraban.org.br/Arquivo/Des-  
taques/Armando\\_Castelar\\_Pinheiro2.pdf](http://www.febraban.org.br/Arquivo/Destaques/Armando_Castelar_Pinheiro2.pdf),  
acessado em 11 de dezembro de 2005, às  
12h32min. 49 págs.

FREIRE, Paulo. *Pedagogia do Oprimido*. 36ª ed. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 2003. 184 págs.

\_\_\_\_\_. *Pedagogia da Esperança: um reencontro com a pedagogia do oprimido*. 9ª ed. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 2002. 245 págs. Notas de Ana Maria Araújo Freire.

HERRERA FLORES, Joaquín. "Los Derechos Humanos en el Contexto de la

Globalización: Tres Precisiones Conceptuales". In: SANCHEZ RÚBIO, David, HERRERA FLORES, Joaquín e CARVALHO, Salo de (org.). *Direitos Humanos e Globalização: Fundamentos e Possibilidades desde a Teoria Crítica*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2004. Págs. 21-101.

\_\_\_\_\_. *El Proceso Cultural: materiales para la creatividad humana*. Sevilla, Aconcagua Libros, 2005. 373 págs.

\_\_\_\_\_. *Los derechos humanos: una visión crítica*. In: [http://www.fiadh.org/  
inicio.htm](http://www.fiadh.org/inicio.htm), acessado em 09 de janeiro de 2006, às 12h10min. 168 págs.

\_\_\_\_\_. *Los derechos humanos como productos culturales: crítica del humanismo abstracto*. Madri, Los Libros de la Catarata, 2005. 296 págs.

\_\_\_\_\_. "Introducción General". In: MOURA, Marcelo Oliveira de. *Irrompendo no Real: escritos de teoria crítica dos direitos humanos*. Pelotas: Educat, 2005. págs. 17-45.

LUCAS, Javier de. *Blade Runner: el derecho, guardián de la diferencia*. Valencia: Tirant to Blanch, 2003. 68 págs.

PIOVESAN, Flavia, PIOVESAN, Luciana e SATO, Priscila Kei. "Implementação do Direito à Igualdade". In: PIOVESAN, Flavia. *Temas de Direitos Humanos*. 2ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Max Limonad, 2003. 447 págs.

ROUSSEAU, Jean Jacques. Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres y otros escritos. 4ª ed. 2ª reimp. Madri: Tecnos, 2002. Tradução de Antonio Pintor Ramos. 265 págs.

SABARIEGO GÓMEZ, Manuel Jesús. "La Globalización de las Relaciones entre Cultura y Política: una nueva ecología social de la identificación". In: MOURA, Marcelo Oliveira de. *Irrompendo no Real: escritos de teoria crítica dos direitos humanos*. Pelotas: Educat, 2005. págs. 109-149.

VALCÁRCCEL, Amelia. *Del Miedo a la Igualdad*. Barcelona: Crítica, 1993. 205 págs.

### **III - DOCTRINA NACIONAL**



# AS TUTELAS DE URGÊNCIA COMO GARANTIA DA JURISDIÇÃO E DE INCLUSÃO SOCIAL – TUTELA CAUTELAR, ANTECIPATÓRIA E MANDAMENTAL

JOSÉ ANTÔNIO RIBEIRO DE OLIVEIRA SILVA\*

**Resumo:** A EC nº 45/04 assegurou a todos os jurisdicionados mais uma garantia fundamental, a da razoável duração do processo ou da efetividade da jurisdição (inciso LXXVIII do art. 5º CF/88). Diante disso temos de identificar quais os meios processuais que já temos à disposição dos atores jurídicos e podem ser utilizados para a consecução da efetividade do processo, até que venham leis mais modernas.

Dá a importância significativa que assumem doravante as *tutelas de urgência* no ramo do processo, pois que são meios utilíssimos para se garantir a eficácia da prestação jurisdicional, propiciando verdadeira *inclusão social* de pessoas que precisam se prevenir de ataques aos seus direitos, tendo esses direitos tutelados, boa parte das vezes, uma função alimentar.

Por isso propomos um estudo comparativo das tutelas de urgência ou preventivas, demonstrando que, se bem empregadas, *podem garantir a própria função jurisdicional do Estado*. Após a diferenciação científica entre a tutela definitiva e a tutela provisória, fazemos a distinção das espécies de tutela provisória (tutela cautelar e tutela antecipada), após o que traçamos um quadro comparativo das tutelas de urgência, que compreendem não somente as medidas liminares e antecipatórias, mas também as tutelas de mérito da ação cautelar e da ação de mandado de segurança, analisando a natureza jurídica de cada uma delas, as hipóteses de seu cabimento, qual órgão judiciário tem competência para o conhecimento da medida, os requisitos ou pressupostos para o seu deferimento, a prova para a obtenção da tutela, o procedimento aplicável, a medida liminar, o momento processual em que pode ser deferida, a natureza jurídica da decisão, os recursos que podem ser interpostos contra a decisão, a coisa julgada e, por fim, a execução ou cumprimento da medida.

**Sumário:** 1 Considerações iniciais; 2 A classificação clássica das ações; 3 Relatividade da classificação clássica; 4 Nova concepção; 5 Espécies de tutela provisória; 6 Quadro comparativo das tutelas de urgência; 6.1 Natureza jurídica; 6.2 Cabimento; 6.3 Competência; 6.4 Pressupostos; 6.5 Prova; 6.6 Procedimento; 6.7 Liminar; 6.8 Momento processual; 6.9 Decisão de mérito; 6.10 Recursos; 6.11 Coisa julgada; 6.12 Execução ou cumprimento; 7 Conclusão.

**Palavras-chave:** Tutelas de Urgência: Cautelar, Tutela Antecipada e Mandado de Segurança.

\*José Antônio Ribeiro de Oliveira Silva é Juiz do Trabalho, Titular da Vara do Trabalho de Barretos (SP), Mestrando em Direito das Obrigações pela UNESP e Professor do CAMAT - Curso Avançado para a Magistratura do Trabalho em Ribeirão Preto (SP)

## 1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A Emenda Constitucional nº 45, publicada em 31 de dezembro de 2004, assegurou a todos os jurisdicionados mais uma garantia fundamental, qual seja, a da *razoável duração do processo*<sup>1</sup>, com a inserção do inciso LXXVIII no art. 5º da Carta Política de 1988, que tem a seguinte redação:

“Art. 5º (...)

“LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”<sup>2</sup>.

Pois bem, diante dessa promessa constitucional temos de identificar quais os meios processuais que já temos à disposição dos atores jurídicos<sup>3</sup> e podem ser utilizados para a consecução da efetividade do processo<sup>4</sup>, até que venham leis mais modernas e estabeleçam outros meios para que, na prática, haja como se garantir a todas as

pessoas que demandam no Judiciário a tão desejada efetividade processual.

Daí a importância significativa que assumem doravante as *tutelas de urgência* no ramo do processo, com sua exata compreensão e aplicação quando for o caso, dado que, na colisão dos princípios da segurança jurídica e da efetividade, quando estamos no campo das tutelas de urgência sempre se terá de dar maior atenção ao último, porquanto nesse terreno o que se busca é uma proteção contra a ameaça de lesão ao direito, que ainda não ocorreu e precisa ser evitada.

A tutela jurisdicional não é assegurada apenas para uma função reparatória da lesão já perpetrada ao direito. É também assegurada com caráter preventivo, protegendo-se o direito da ameaça de lesão. Por isso que o art. 5º, inciso XXXV, da Carta Fundamental assegura a todos que o legislador (ou ninguém) possa excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça

<sup>1</sup>É já se fala até mesmo em *princípio da razoável duração do processo*. Pensamos que a norma constitucional assegurou de forma expressa a *efetividade da tutela jurisdicional*, daí porque o princípio norteador é o da *efetividade*, para o que se torna imprescindível a *celeridade do processo*, já que a demora do curso processual, com toda a liturgia procedimental, é a maior inimiga da obtenção de resultado útil e eficaz. Na lição de Barbosa Moreira, um dos maiores estudiosos do tema, a efetividade do processo deve atender aos seguintes aspectos: 1) o processo deve dispor de instrumentos para a tutela de todos os direitos; 2) esses instrumentos devem estar disponíveis para que possam ser utilizados por quaisquer pessoas na tutela de seus direitos; 3) devem oferecer condições de reconstrução exata e completa dos fatos para a formação do convencimento do julgador; 4) devem propiciar o efetivo gozo da específica utilidade (do direito) reconhecida na decisão; 5) o resultado do processo (a satisfação) deve ser atingido com o mínimo dispêndio de tempo e de energias. *Apud* Jorge Luiz Souto Maior. *Direito processual do trabalho: efetividade, acesso à justiça e procedimento oral*. São Paulo: LTr, 1998, p. 17-18.

<sup>2</sup>Mário Vitor Suarez Lojo lembra que o Anteprojeto de Código Processual do Trabalho de Russomano, publicado em 11-3-63, já continha disposições no sentido da efetividade do processo, quando em seu art. 7º disciplinava que o juiz do trabalho, como diretor do processo, deveria zelar pela necessidade de que o julgamento fosse imediato, e no art. 8º dispunha que o juiz deveria zelar pela economia processual e, sobretudo, pela concentração dos atos judiciais, sendo que a desobediência a esse princípio fundamental do processo trabalhista constituiria falta disciplinar, salvo motivo de força maior devidamente comprovado. *Plenitude da Justiça do Trabalho*. Revista LTr, São Paulo, ano 69, nº 01, jan. 2005, p. 93.

<sup>3</sup>Preferimos esta expressão à largamente utilizada *operadores do direito*, conquanto tenham juízes, promotores, procuradores e advogados inúmeras vezes de fazer ariscadas *operações cirúrgicas* para extrair um resultado útil do processo.

<sup>4</sup>Mozart Victor Russomano já afirmava no século passado que o processo do trabalho tinha plena aptidão para assegurar a solução rápida das causas, com suas especificidades, que podem ser sintetizadas da seguinte forma: a) a informalidade do processo laboral, ao contrário do processo comum; b) as peculiaridades de seu rito; c) a adaptação das normas do CPC aos princípios do processo do trabalho sempre que neste empregadas de forma supletiva. E acrescentava que essas características podem ser reduzidas à conciliabilidade e à oralidade, sobretudo com a predominância da forma oral dos atos processuais, da concentração da prática desses atos em audiência una e na irrecurribilidade das decisões interlocutórias (que o processo civil ainda não teve coragem de adotar). *In Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. Vol. IV, 4ª ed., Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1957, p. 1145-1147.

de lesão a direito – a garantia constitucional do acesso à justiça. De modo que o estudo, compreensão e aplicação correta das medidas cautelares, da antecipação de tutela e do mandado de segurança se tornam agora ainda mais necessários.

É o que nos propomos a estudar neste breve ensaio sobre as tutelas de urgência, que são meios utilíssimos para se garantir a eficácia da prestação jurisdicional, propiciando, mormente na seara trabalhista, verdadeira inclusão social de pessoas que precisam se prevenir de ataques aos seus direitos, tendo esses direitos tutelados, boa parte das vezes, uma função alimentar. E o faremos com uma abordagem da teoria clássica das ações, para em seguida demonstrar a sua relatividade, propondo a partir daí um estudo comparativo das tutelas de urgência ou preventivas, demonstrando que, se bem empregadas, podem garantir a própria função jurisdicional do Estado.

## 2 A CLASSIFICAÇÃO CLÁSSICA DAS AÇÕES

Antes de procedermos ao estudo comparativo proposto, temos de recordar a teoria clássica das ações judiciais<sup>5</sup>, a fim de que possamos situar tal análise no tempo e no espaço que nos é próprio: o do processo.

Pois bem, de acordo com a classificação clássica das ações, elas se subdividem em: a) ação de conhecimento; b) ação de execução; c) e ação cautelar.

Essa classificação, como se sabe, leva em conta a espécie de tutela jurisdicional postulada quando do ajuizamento da ação. Quando o autor se vale do seu direito constitucional de ação (art. 5º, inciso XXXV, da CF), busca do Estado tutela a um seu interesse ou direito, vale dizer, procura proteção ao seu direito individual. E, provocada a jurisdição, tem o Estado o poder-dever de prestar a tutela, para a justa composição da lide, na expressão de Carmelutti<sup>6</sup>, pois este é o escopo jurídico do processo.

Assim é que na ação de conhecimento pretende o autor uma definição sobre o seu direito, uma certificação da sua existência, ou mesmo a constituição desse direito, ou ainda a condenação do réu ao cumprimento de sua obrigação, isto é, à satisfação do direito vindicado. Por isso se fala em ação declaratória, constitutiva e condenatória. Já na ação executiva o que pretende o autor é tornar efetivo o direito certificado pela tutela cognitiva, ou seja, a satisfação em concreto do seu direito. Daí a simbologia expressada por Calamandrei<sup>7</sup>: a justiça é apresentada portando a balança e a espada,

a balança para o conhecimento equilibrado da relação jurídica, a espada para o caso de o Estado ter de atuar firmemente com vistas à efetiva entrega da prestação jurisdicional.

Ocorre que por vezes se faz necessária uma atuação preventiva, para assegurar

*“...as tutelas de urgência,  
que são meios utilíssimos para  
se garantir a eficácia da  
prestação jurisdicional,  
propiciando, mormente  
na seara trabalhista,  
verdadeira inclusão social de  
pessoas que precisam se prevenir  
de ataques aos seus direitos,  
tendo esses direitos tutelados,  
boa parte das vezes,  
uma função alimentar.”*

<sup>5</sup>No VIII Concurso Público para Juiz do Trabalho Substituto do TRT da 18ª Região (Goiás), na prova escrita (dissertativa), realizada em 6-7-2002, uma das questões era a que segue: “5) Descreva os elementos identificadores das ações de conhecimento, executiva, cautelar e mandamental.” Veja-se a importância do tema em estudo.

<sup>6</sup>Apud Cândido Rangel Dinamarco et al. *Teoria geral do processo*. 10ª ed., São Paulo: Malheiros, 1994, p. 127.

<sup>7</sup>Apud Teori Albino Zavascki. *Antecipação da tutela*. 3ª ed. rev. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2000, p. 7-8.

o resultado útil da tutela de conhecimento ou de execução, exurgindo um *tertium genus* na classificação das ações: a ação cautelar, através da qual, portanto, busca o autor uma tutela de igual natureza, de modo que se possa assegurar um resultado útil ao processo, na lição de Liebman<sup>8</sup>. Visa o autor uma tutela da prova a ser produzida no processo de conhecimento (ex.: produção antecipada de prova) ou uma tutela da execução (ex.: cautelar de arresto).

### 3 RELATIVIDADE DA CLASSIFICAÇÃO CLÁSSICA

Mas, como sustentou com maestria Teori Albino Zavascki, Ministro do E. Superior Tribunal de Justiça e Professor de Processo Civil na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, em sua excelente obra já mencionada em nota anterior, é extremamente relativa a segmentação da tutela jurisdicional, considerando as espécies clássicas já mencionadas (tutela cognitiva, executiva e cautelar).

Pontes de Miranda já oferecera uma classificação distinta da clássica tripartite, conhecida como quinária<sup>9</sup>, tratando das ações declaratória, constitutiva, condenatória, executiva *lato sensu* e mandamental. A cautelar está compreendida na ação executiva *lato sensu*, ao passo que a ação mandamental é aquela em que pretende o

autor uma tutela de mandamento, de determinação de cumprimento imediato, *incontinenti*<sup>10</sup>, porque, como diz Kazuo Watanabe, através do provimento mandamental é imposta uma ordem ao demandado, que deve ser cumprida sob pena de configuração de crime de desobediência<sup>11</sup>.

Teori Albino Zavascki apresenta exemplos para demonstrar a relatividade da classificação clássica: a) na ação de conhecimento pode haver tutela cautelar (art. 266 do CPC)<sup>12</sup> e de execução (ação de depósito, que é executiva *lato sensu*); b) na ação executiva pode se dar atividade de conhecimento (exceção de pré-executividade, em que se discute matéria própria da ação de embargos) e de natureza cautelar (pré-penhora – o arresto do art. 653 do CPC); c) na ação cautelar pode haver atividade de cognição (pronúncia da decadência ou da prescrição – art. 810 do CPC)<sup>13</sup> e, acrescentamos, também de execução, como se dá na efetivação do arresto.

E arremata sua crítica à classificação tradicional das ações analisando o teor do art. 461 do CPC, porque atualmente, na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou de não fazer, foram reunidas, em procedimento unificado, as atividades de cognição e de execução, passando referida ação a ter característica

<sup>8</sup>*Idem*, p. 9.

<sup>9</sup>*Apud* Kazuo Watanabe. *Da cognição no processo civil*. 2ª ed., Campinas: Bookseller, 2000, p. 37-38.

<sup>10</sup>O exemplo clássico de ação mandamental é o mandado de segurança, mas existem outras medidas com a mesma carga de eficácia. Dinamarco afirma que as ações condenatórias de obrigação de fazer ou de não fazer, disciplinadas no art. 461 do CPC e no art. 84 do Código de Defesa do Consumidor, são mandamentais, tal a efetividade do comando judicial após a Reforma do CPC implementada em 1994 e, acrescentamos, que se tornou ainda mais intensa em 2002, com a Lei nº 10.442/02, que deu nova redação ao § 5º do art. 461 e lhe acrescentou o § 6º. Dinamarco pondera que a sentença mandamental é, em verdade, condenatória, sendo que a diferença está no conteúdo da sanção imposta em um segundo momento, na qual se exacerba o fator comando, ou mandamento. *Instituições de direito processual civil*. Vol. III, 4ª ed. rev., atual. e com remissões ao Código Civil de 2002, São Paulo: Malheiros, 2004, p. 242-245. Pensamos que o juiz tem tanto poder para a efetivação daquelas tutelas que elas são mesmo mandamentais. Ex.: o juiz concede uma tutela específica para a anotação da CPTS ou confecção e entrega das guias do FGTS e do seguro-desemprego, sob pena de imposição coativa para o cumprimento, caracterizando crime de desobediência à ordem.

<sup>11</sup>*Apud* Teori Albino Zavascki. *Op. cit.*, p. 147.

<sup>12</sup>E acrescentamos a hipótese do § 7º do art. 273 do CPC, acrescido pela Lei nº 10.444, de 7-5-2002, que trata da fungibilidade entre a tutela antecipada e a cautelar.

<sup>13</sup>*Op. cit.*, p. 9-11.

de típica ação executiva *lato sensu* ou mandamental<sup>14</sup>. De se observar que, com a Lei nº 10.444/2002, que acrescentou o art. 461-A e seus parágrafos ao CPC, tal consideração pode também ser aplicada à ação que tenha por objeto a entrega de coisa.

#### 4 NOVA CONCEPÇÃO

Em seguida o ilustre professor da UFRS propõe uma nova concepção para que se possa classificar de forma adequada a tutela jurisdicional e, por via de consequência, as ações. Assim é que dicotomiza a tutela em *definitiva e provisória*, argumentando que o inciso XXXV do art. 5º da CF assegura não apenas uma tutela reparatória ou sancionatória para os casos de lesão a direito individual, mas também uma tutela preventiva, para que se evite a ocorrência da lesão: tutela da ameaça a direito.

Por certo que a tutela-padrão é a definitiva, que tem duas características básicas: 1ª) é prestada no âmbito de um processo cuja cognição é exauriente; 2ª) assume caráter de definitividade<sup>15</sup>, adquirindo a qualidade de coisa julgada material.

Para bem compreender tal assertiva, temos de recorrer à valiosíssima obra de Kazuo Watanabe, na qual ele classifica a cognição em dois planos distintos<sup>16</sup>:

1º) no plano horizontal: a) cognição plena – em que o objeto da demanda se

estende à integralidade do conflito de interesses, presente na típica ação de conhecimento, ou melhor, no procedimento comum ordinário; b) cognição limitada – na qual o objeto da demanda envolve apenas parte do conflito, é limitado, como ocorre nas ações de rito especial (ex.: embargos de terceiro, ação possessória, de consignação em pagamento);

2º) no plano vertical: a) cognição exauriente – completa, com exame de toda a profundidade do conflito, que pode ocorrer tanto no processo de rito comum (ordinário ou sumário) quanto no de rito especial (ex.: ação de conhecimento típica; ação possessória, de consignação em pagamento, mandado de segurança); b) cognição sumária – superficial, menos profunda, dada a urgência da medida postulada ao Estado-juiz (ex.: todos os casos de antecipação da tutela e de tutela cautelar, como a tutela antecipada, a concessão de liminar em ação de alimentos, em ação cautelar, em ação possessória, em mandado de segurança).

Daf se tem que a tutela definitiva é dada após cognição exauriente, no plano da profundidade do exame do conflito, seja no processo de cognição plena seja no processo cujo objeto é limitado. Essa tutela, após o trânsito em julgado, adquire a qualidade da coisa julgada material, ou seja, seus efeitos substanciais se tornam imutáveis, exatamente

<sup>14</sup>*Idem*, p. 13. Teori Albino Zavascki, portanto, não distingue se a ação prevista no art. 461 do CPC é mandamental ou executiva *lato sensu*, mas de sua exposição se pode entender que considera a tutela específica de obrigação de fazer ou de não fazer como uma medida executiva *lato sensu*, porque nela há cognição e execução a um só tempo. Para Kazuo Watanabe, no art. 461 do CPC o legislador fez uma conjugação dos provimentos mandamental e executivo *lato sensu*, afirmando que através do primeiro o juiz impõe uma ordem ao demandado, que deve ser cumprida sob pena de crime de desobediência, mas sem prejuízo da execução específica, que pode ser obtida por outros meios no procedimento executivo. *Apud* Teori Albino Zavascki, *op. cit.*, p. 147. Entretanto, Dinamarco entende que a ação é mandamental, que ele prefere denominar de condenatória, porque na efetivação das tutelas de obrigação de fazer ou de não fazer as atividades determinadas pelo juiz não têm caráter propriamente executivo, sendo tomadas com a finalidade de pressionar o obrigado ao cumprimento ou para a obtenção do resultado prático equivalente, o que não se trata de execução em sentido técnico. *Instituições...*, p. 246-247. Pensamos que a ação executiva *lato sensu* não comporta a configuração de crime de desobediência, que é próprio do descumprimento de um mandamento, de uma ordem. Ela dá ensejo a medidas coercitivas para o seu cumprimento, ou à reparação por perdas e danos, de tal sorte que assiste razão a Kazuo Watanabe, sendo possível haver tutela mandamental ou executiva *lato sensu* na ação prevista no art. 461 do CPC, dependendo do comando judicial exarado para o cumprimento da obrigação.

<sup>15</sup>*Op. cit.*, p. 17-18.

<sup>16</sup>*Da cognição no processo civil*, p. 111-121.

porque se obteve um juízo de certeza sobre os fatos, que permitiu ao juiz tomar a decisão e conceder a tutela pretendida.

Por outro lado, o juízo de certeza que se busca na tutela definitiva pressupõe um tempo de análise incompatível com certas situações de urgência<sup>17</sup>, para as quais deve haver providências preventivas no sistema jurídico, que propiciem a antecipação dos efeitos daquela tutela. Essa tutela de urgência, porque dada num tempo menor de reflexão, com base num *juízo de verossimilhança*<sup>18</sup>, será por isso meramente *provisória*. A cognição para o seu deferimento deve ser *sumária, superficial*, como ocorre nos casos de antecipação de tutela (processo de cognição plena) e concessão de liminares (processo de cognição limitada).

Daf se conclui que a tutela provisória, embora imprescindível para assegurar a efetividade do processo, tem: a) eficácia limitada no tempo, sendo, portanto, *temporária*, durando enquanto tramitar o processo principal (cautelar) ou o processo em que é dada (tutela antecipada), ou até que se dê o atingimento de seu objetivo (convolação do arresto em penhora); b) e é *precária*, porque não faz coisa julgada, podendo ser modificada ou revogada a qualquer tempo, havendo mudança no estado de fato ou no estado da prova<sup>19</sup>.

## 5 ESPÉCIES DE TUTELA PROVISÓRIA

Vimos que as espécies de tutela provisória são: a) tutela cautelar; b) e tutela antecipada.

No que se diferenciam, no entanto? Calamandrei já tinha identificado três situações

de risco à efetividade da prestação jurisdicional definitiva, na análise das ações cautelares. Mas Galeno Lacerda propôs uma classificação que é mais consentânea com o sistema jurídico brasileiro, levando em conta a finalidade das cautelares, da seguinte forma: a) cautelares para segurança quanto à prova; b) cautelares para segurança quanto aos bens (execução); c) e cautelares para segurança mediante antecipação provisória da prestação jurisdicional<sup>20</sup>.

Para a primeira situação são necessárias medidas que contornem o risco à produção da prova, necessária para a futura certificação do direito, surgindo as medidas cautelares com essa finalidade (ex.: exibição de documento ou coisa, produção antecipada de provas)<sup>21</sup>. Para a segunda mister cautelares que garantam a futura execução (ex.: arresto, seqüestro, busca e apreensão). Entrementes, na terceira situação há necessidade de medidas para a tutela da situação de perigo à fruição do próprio direito, razão pela qual se falava em cautelares satisfativas (ex.: alimentos provisionais, sustação de protesto e diversas outras cautelares inominadas).

Nessa última hipótese temos, em verdade, casos de *autêntica antecipação dos efeitos da tutela definitiva*, porquanto a medida tem caráter satisfativo, dando-se ao autor, ainda que provisoriamente, a oportunidade de satisfazer, fruir ou exercer seu afirmado direito, diante do perigo de dano ao próprio direito, principalmente pela demora da prestação jurisdicional definitiva.

A ilação é de que a ação cautelar visa dar garantia a um outro processo, a assegurar

<sup>17</sup>Dinamarco observa que há situações urgentes em que não se pode esperar pela realização de todo o conhecimento judicial, com a efetividade do contraditório, defesa, prova e discussão da causa, sob pena de os fatos evoluírem para a consumação de situações indesejáveis, de lesão irreparável ou comprometedoras dos direitos. E acrescenta que para remediar as situações aflitivas é que se criaram as medidas de urgência: tutela jurisdicional antecipada e tutela cautelar. *Instituições...* Vol. 1, p. 160-161.

<sup>18</sup>Teori Albino afirma que o juízo de probabilidade, de verossimilhança, de aparência, de *fumus boni iuris*, próprio da tutela provisória, é mais apropriado à salvaguarda da presteza necessária a garantir a efetividade da tutela. *Op. cit.*, p. 32.

<sup>19</sup>Teori Albino Zavascki. *Op. cit.*, p. 33-39.

<sup>20</sup>Apud Luiz Felipe Bruno Lobo. *A antecipação dos efeitos da tutela de conhecimento no direito processual civil e do trabalho*. São Paulo: LTR, 2000, p. 141-145.

<sup>21</sup>Lobo inclui nas cautelares quanto à prova a justificação, o protesto, a notificação e a interpelação, mas segundo a melhor doutrina não se tratam de medidas cautelares. Manoel Antonio Teixeira Filho diz que são providências de índole administrativa. *As ações cautelares no processo do trabalho*. 3ª ed., São Paulo: LTR, 1993, p. 302.

o resultado útil do processo principal, ao passo que a medida antecipatória proporciona a satisfação antecipada do direito, no curso do próprio processo em que é dada. No dizer de Ovídio A. Baptista da Silva, as medidas cautelares proporcionam segurança para a execução, enquanto as medidas antecipatórias propiciam execução para segurança<sup>22</sup>. E agora tais medidas provisórias têm regime procedimental diverso, a despeito do quanto disposto no § 7º do art. 273 do CPC<sup>23</sup>.

Outrossim, a liminar em sede de mandado de segurança tem natureza jurídica de antecipação da tutela, como se verá mais adiante, razão pela qual vamos traçar um quadro comparativo das tutelas de urgência, que compreendem não somente as medidas liminares e antecipatórias, mas também as tutelas de mérito da ação cautelar e da ação de mandado de segurança. Vamos, pois, à comparação das tutelas: cautelar, antecipatória e mandamental, para que sejam bem utilizadas e garantam a efetividade da jurisdição.

## 6 QUADRO COMPARATIVO DAS TUTELAS DE URGÊNCIA

Nessa comparação das tutelas de urgência, necessária se torna a análise da natureza jurídica de cada uma delas, das hipóteses de seu cabimento, de qual órgão judiciário tem competência para o conhecimento da medida, dos requisitos ou pressupostos para o seu deferimento, da prova para a obtenção da tutela, do procedimento aplicável, da medida liminar, do momento processual em que pode ser deferida, da natureza jurídica da decisão, dos recursos que podem

ser interpostos contra a decisão, da coisa julgada e, por fim, da execução ou cumprimento da medida. É o que faremos.

### 6.1 Natureza jurídica

#### a) ação cautelar

A ação cautelar, por óbvio, trata-se de uma ação, cuja finalidade é a de assegurar o resultado útil de um outro processo. Mas, na classificação quinária de Pontes de Miranda a ação cautelar tem a natureza jurídica de ação executiva *lato sensu*<sup>24</sup>, porque no bojo do mesmo procedimento, da mesma ação, o juiz conhece da matéria que lhe é submetida a exame e, caso defira a medida cautelar, executa-a imediatamente. Há, pois, cognição e execução nos mesmos autos. Exemplo típico de ação cautelar, onde se constata o acerto dessa teoria, é a cautelar específica de arresto.

#### b) tutela antecipada

De todos sabido que a natureza jurídica da tutela antecipatória é de decisão interlocutória. Não é ação, haja vista que somente se concede tutela antecipada na ação de conhecimento em curso. E é uma decisão interlocutória porque a cognição para o seu deferimento é sumária e por isso ela não é medida definitiva, mas provisória.

Afirma a doutrina que a tutela antecipada foi concebida com uma finalidade científica, qual seja, a de purificação do processo cautelar<sup>25</sup>, já que a satisfatividade não é característica própria da tutela concedida neste. A tutela antecipada se presta à satisfação do direito ameaçado de lesão, sendo, assim, medida satisfativa.

*"Afirma a doutrina que a tutela antecipada foi concebida com uma finalidade científica, qual seja, a de purificação do processo cautelar, já que a satisfatividade não é característica própria da tutela concedida neste. A tutela antecipada se presta à satisfação do direito ameaçado de lesão, sendo, assim, medida satisfativa."*

<sup>22</sup>Apud Teori Albino Zavascki. *Op. cit.*, p. 43. Em verdade a distinção clássica é lição de Pontes de Miranda, como observa o próprio Ovídio Baptista da Silva em sua festejada obra *A ação cautelar inominada no direito brasileiro*, 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 90.

<sup>23</sup>Dinamarco observa a relatividade da distinção entre as tutelas antecipatórias e cautelares. *Instituições...*, I, p. 163.

<sup>24</sup>Teori Albino Zavascki. *Op. cit.*, p. 15. Para Ovídio A. Baptista da Silva a ação cautelar, na generalidade dos casos, tem índole mandamental. *Op. cit.*, p. 40 e 219.

<sup>25</sup>Teori Albino. *Op. cit.*, p. 45.

Mas, como se sabe, essa segmentação das espécies de tutela foi relativizada com a introdução do § 7º ao art. 273 do CPC, que prevê a possibilidade de concessão de tutela cautelar em lugar da tutela antecipada. Se o autor pede como tutela antecipada uma medida que, na verdade, tem natureza cautelar, o juiz, presentes os requisitos, defere essa medida nos autos principais, sem remeter o autor à ação própria<sup>26</sup>. E, como observa Dinamarco, não há fungibilidade em uma só mão de direção<sup>27</sup>, o que significa afirmar que também pode haver concessão de tutela antecipada em sede de ação cautelar<sup>28</sup>.

### c) mandado de segurança

Mandado de segurança é uma ação. Que espécie de ação? Ação de natureza constitucional<sup>29</sup>, segundo a doutrina praticamente unânime. O *mandamus* é uma garantia fundamental prevista no art. 5º, incisos LXIX e LXX da Constituição, nominando-o alguns autores de remédio constitucional.

Hely Lopes Meireles afirma que é uma ação de natureza civil<sup>30</sup>. Ocorre que,

segundo a tutela pretendida ou a carga de eficácia da medida, ela tem natureza mandamental. Na multicidada classificação quinária temos que a ação de segurança é uma ação mandamental porque nela o juiz conhece a matéria restrita à existência de um direito líquido e certo e, caso o encontre provado de plano, já profere uma ordem para que seja cumprida imediatamente, por uma autoridade pública ou por uma autoridade privada investida de função pública<sup>31</sup>. Essa ordem tem de ser cumprida, sob pena de crime de desobediência. Por isso ela tem essa carga de eficácia muito maior, uma carga mandamental, recorrendo-se à idéia de mandamento: cumpra-se!

De acordo com o pensamento de Teori Albino Zavascki, o mandado de segurança tem natureza cautelar quando impetrado contra decisão judicial, tendo em vista que sua finalidade é preservar o direito ao devido processo legal<sup>32</sup>, isto é, assegurar o resultado útil do provimento esperado no processo em que proferida a decisão que, aos olhos do impetrante, é ilegal ou abusiva de seu direito líquido e certo.

<sup>26</sup>Exemplo: o autor ajuíza uma ação pedindo verbas rescisórias, horas extras, etc. e narra que o réu está dilapidando o seu patrimônio, requerendo uma tutela antecipada para bloquear os bens do réu. Não se trata de tutela antecipada porque a medida postulada não é satisfativa. Ele só quer resguardar a futura execução. O juiz, recorrendo ao princípio da fungibilidade, defere a medida cautelar nos mesmos autos, ou seja, nos autos principais.

<sup>27</sup>A reforma da reforma. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002, p. 92. Cândido Rangel Dinamarco fala em duplo sentido vetorial da fungibilidade entre as medidas de urgência. *Op. cit.*, p. 94.

<sup>28</sup>Exemplo: o autor ajuíza uma ação de arresto e pede para que sejam pagos os salários atrasados porque está passando por necessidades inadiáveis. Essa providência não é cautelar; haja vista que se trata de medida satisfativa e, portanto, é uma providência de natureza antecipatória. De modo que o juiz pode conceder, nos autos da ação cautelar, a tutela antecipada para evitar lesão irreparável ao direito do autor. Agora, o que fazer com aquela ação cautelar? A doutrina não explica. Pensamos que o juiz pode, de ofício, "transformar" a cautelar em ação de rito ordinário ou sumário, neste último caso se preenchidos os requisitos próprios do art. 852-B da CLT, tendo em vista que aquela ação nada tem de cautelar. O juiz pode, então, receber a ação cautelar como ação principal para tornar desnecessária a propositura de outra ação (art. 806 do CPC). É o que o juiz faz quando recebe um recurso no lugar de outro, aplicando o princípio da fungibilidade. Somente assim se terá, na prática, a fungibilidade entre a tutela cautelar e a tutela antecipatória.

<sup>29</sup>Teori Albino. *Op. cit.*, p. 190.

<sup>30</sup>Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, "habeas data". 15ª ed. atual. por Arnaldo Wald, São Paulo: Malheiros, 1994, p. 21.

<sup>31</sup>Cassio Scarpimella Bueno assinala que onde houver delegação de função pública (concessão, permissão, autorização ou outra forma de trespasse da atividade pública ao particular) se torna cabível mandado de segurança contra o ato de autoridade, que é a pessoa que detém poder de decisão. "Da admissibilidade, pela jurisprudência, de mandados de segurança contra dirigentes de escolas particulares ou de particulares prestadores de serviços públicos" (art. 209, II, da CF; Súmula 510 do STF). *Mandado de segurança: comentários às Leis n. 1.533/51, 4.348/64 e 5.021/66 e outros estudos sobre mandado de segurança*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 18.

<sup>32</sup>E cita o caso de interposição de apelação, recebida apenas no efeito devolutivo, sendo cabível, para ele, o mandado de segurança para a obtenção do efeito suspensivo ao recurso. *Op. cit.*, p. 122-128. Citamos a função cautelar do mandado de segurança no processo do trabalho, quando impetrado contra decisão interlocutória, que é irrecorrível de imediato, como a decisão que não concede liminarmente a reintegração de dirigente sindical.

## 6.2 Cabimento

### a) ação cautelar

Para se saber quais as hipóteses de cabimento da ação cautelar temos de recordar qual é a finalidade dessa ação. Já vimos que na classificação de Calamandrei e Galeno Lacerda há cautelar para prevenir uma situação de perigo à prova ou para preservar uma situação quanto à futura execução. Essas são as medidas *tipicamente cautelares*, pois que não há falar em cautelar satisfativa no estágio atual do processo, porquanto aquela cautelar que era denominada de satisfativa hoje se consubstancia em novo instituto, o da tutela antecipada. De modo que cabe ação cautelar para assegurar a produção da prova ou para preservar a futura execução.

Também para a obtenção de efeito suspensivo a recursos a doutrina e jurisprudência majoritárias entendem que, tecnicamente, o meio adequado é o ajuizamento de ação cautelar com esse fim<sup>33</sup>. Cabível ainda a ação cautelar para se obter a suspensão da execução da sentença rescindenda em ação rescisória, tendo em vista que esta não suspende o trâmite executivo (art. 489 do CPC), conquanto Teori Albino admita a concessão de tutela antecipada com esse escopo, já que a medida não é genuinamente cautelar<sup>34</sup>. Muito pelo contrário, ela antecipa os efeitos pretendidos na própria ação:

em regra, impedir a execução do julgado, com a desconstituição da coisa julgada que confere força executiva à sentença.

### b) tutela antecipada

Na investigação de quais são as hipóteses de cabimento de tutela antecipada não tratamos de pressupostos ou de requisitos para o seu deferimento, mas da finalidade da tutela antecipada. A sua finalidade é a de evitar lesão ao direito. Por isso mesmo a primeira hipótese de cabimento está inscrita no inciso I do art. 273 do CPC — evitar grave lesão, de impossível ou incerta reparação, ao direito. Se houver fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação ao direito material, cabe a antecipação da tutela<sup>35</sup>. A doutrina fala em *tutela antecipada de urgência* para esta espécie.

Mas cabe a antecipação da tutela também em outras hipóteses, quando restar caracterizado o abuso do direito de defesa do réu, quando houver um manifesto intuito protelatório do réu, ou seja, em todos os casos de litigância de má-fé. Aplicam-se aqui, portanto, todas as hipóteses do art. 17 do CPC, já que as condutas maliciosas ali descritas se enquadram perfeitamente no gênero abuso do direito de defesa. Em sede doutrinária o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu (inciso II do art. 273 do CPC) fundamentam a concessão da *tutela de evidência*<sup>36</sup>.

<sup>33</sup>Tanto é assim que Teori Albino assinala que a jurisprudência do STF e do STJ se inclinam por admitir ação cautelar inominada para a obtenção de efeito suspensivo a recurso de natureza extraordinária (RE ou RESP). *Op. cit.*, p. 133. E essa é a orientação do TST (OJ 51 da SDI-II).

<sup>34</sup>*Op. cit.*, p. 187-189.

<sup>35</sup>Exemplos: 1) o trabalhador foi despedido e não recebeu nem mesmo as verbas de natureza rescisória, está com dívidas no supermercado, na farmácia e não tem dinheiro para comprar comida e alimentar os filhos — a demora na concessão da tutela de pagamento daquelas verbas pode ocasionar dano irreparável ou de difícil reparação. A providência jurisdicional é uma medida de urgência, portanto. 2) O dirigente sindical foi dispensado arbitrariamente às vésperas de uma negociação coletiva em que ele era a pessoa mais indicada para o debate coletivo. A urgência se faz presente e se o juiz não determinar a sua imediata reintegração o dano à coletividade de trabalhadores pode ser irreparável. 3) Se o juiz não concede a tutela para obstar a transferência abusiva de um empregado e ele tem de suportar todas as despesas relativas à mudança, ao que se soma o transtorno de tirar a família do lugar onde mora, as crianças da escola, o dano sofrido será irreparável ou de improvável reparação. Enfim, toda vez que se está diante de uma situação de perigo de dano grave ao direito, numa situação de urgência, cabível se torna a concessão de tutela antecipada. Neste ensaio não tratamos em separado, pois, das espécies de tutela antecipada: de obrigação de dar (art. 273 do CPC) e específica de obrigação de fazer ou não fazer (art. 461 do CPC). Até porque o art. 659 da CLT se refere a medida liminar para esses dois últimos exemplos (do dirigente sindical e da transferência), embora se trate de medidas antecipatórias.

<sup>36</sup>Isso porque não há falar nesses casos em situação de urgência para a medida, que é dada diante da evidência de que o direito vindicado é bom e precisa ser atendido, tanto que o réu está apenas a protelar a satisfação desse direito, fato que deve ser coibido prontamente pelo juiz, zelando assim pela dignidade da justiça.

Cabe também a antecipação quando houver incontrovérsia a respeito de determinado pedido, nos moldes do § 6º do art. 273 do CPC, ao que poderíamos chamar de *tutela da incontrovérsia*<sup>37</sup>.

É cabível inclusive em ação rescisória, se houver perigo de dano de irreversibilidade da execução da sentença, para se obter a suspensão daquela execução, segundo Teori Albino Zavascki, conforme já exposto quando tratamos da cautelar. O mestre da UFRS entende que é caso de tutela antecipada porque o autor da ação rescisória pretende antecipar o provimento final daquela ação. O efeito que ele busca na ação rescisória é impedir a execução, desconstituindo a coisa julgada que dá certeza ao título executivo. Como o autor não visa resguardar o resultado útil de outro processo, mas a antecipação dos efeitos da decisão rescisória, trata-se de medida antecipatória a que concede o pedido de suspensão da execução. No entanto, a doutrina e a jurisprudência majoritárias entendem que não cabe tutela antecipada em sede de ação rescisória, afirmando que o procedimento correto é o ajuizamento de ação cautelar a fim de se pleitear que seja suspensa a execução em curso.

### c) mandado de segurança

No estudo das hipóteses de cabimento do mandado de segurança temos de investigar qual a sua finalidade. O mandado de segurança, como é sabido, visa a proteção de direito líquido e certo, lesado ou ameaçado de lesão por ato ilegal ou abusivo de autoridade pública ou de autoridade privada no exercício de função pública delegada (concedida, permitida ou autorizada)<sup>38</sup>.

Mas o art. 5º da Lei nº 1.533/51<sup>39</sup> dispõe que não cabe mandado de segurança contra ato de que caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, de despacho ou de decisão judicial quando haja recurso previsto em lei ou possa ser modificado por via de correção parcial e, ainda, de ato disciplinar, salvo se praticado por autoridade incompetente ou com inobservância de alguma formalidade essencial.

Desse rol, o mais importante para o processo do trabalho é o inciso II<sup>40</sup> – não cabe mandado de segurança de despacho ou de decisão judicial, quando haja recurso previsto nas leis processuais ou possa ser modificado por via de correção. Correção parcial, como todos sabem, é uma medida administrativa que é utilizada quando o juiz comete um erro de procedimento grave e que causa um verdadeiro tumulto ao andamento do processo<sup>41</sup>. Além dessa hipótese,

<sup>37</sup>O réu não nega que deixou de pagar os salários ou as verbas rescisórias ou até confessa que não os pagou – trata-se de uma hipótese clara para a concessão de tutela antecipada. Infelizmente os advogados não têm percebido essa situação e não formulam requerimento de antecipação da tutela da incontrovérsia.

<sup>38</sup>Por isso que a jurisprudência no processo civil admite o cabimento de mandado de segurança contra ato do diretor de escola privada, porque a educação é uma função do Estado e como este não tem condições de dar educação para todos, autoriza as escolas particulares a funcionar (art. 209, II, da CF). Essa é uma função pública autorizada. E em todas as funções públicas permitidas ou concedidas também caberá o mandado de segurança contra ato de autoridade.

<sup>39</sup>O E. TST, em sua SDI-II, tem algumas orientações jurisprudenciais importantes a respeito de mandado de segurança. São elas: OJ nºs 50, 51, 58, 60, 62, 63, 64, 65, 67, 88, 92, 93, 98, 120, 127, 137, 139, 140 e 142. Também é relevante a OJ nº 4 do Tribunal Pleno.

<sup>40</sup>Com a ressalva de que o inciso I, diante das novas competências da Justiça do Trabalho introduzidas pela EC nº 45/2004, que agora pode conhecer das ações relativas às penalidades administrativas impostas pelos órgãos de fiscalização do trabalho (inciso VII do art. 114 da CF), por exemplo, dos mandados de segurança impetrados contra ato de Delegado Regional do Trabalho, ganha importância na seara trabalhista. De tal modo que, não cabendo mandado de segurança contra ato de que caiba recurso administrativo com efeito suspensivo e, havendo uma penalidade imposta pela DRT, mas sendo cabível no caso recurso com efeito suspensivo na via administrativa, não será cabível mandado de segurança. Trata-se de uma boa questão para os concursos públicos.

<sup>41</sup>Sergio Pinto Martins afirma que a natureza jurídica da correção parcial é de incidente processual, tratando-se mais de um procedimento administrativo, para restabelecer a boa ordem processual. *Direito processual do trabalho: doutrina e prática forense; modelos de petições, recursos, sentenças e outros*. 17ª ed., São Paulo: Atlas, 2002, p. 426-427.

se a decisão também pode ser impugnada por recurso não cabe mandado de segurança<sup>42</sup>.

Ainda a respeito do cabimento do mandado de segurança, Teori Albino Zavascki pondera que também é cabível para assegurar o direito ao devido processo legal na fase recursal, como já exposto em nota anterior. Se o recurso não tem efeito suspensivo e o recorrente esperar o trâmite processual para o julgamento do seu recurso pode ver seu direito perecer. O estado de perigo de lesão ao seu direito é tal que ele necessita de uma tutela de urgência. Terá de interpor o recurso e impetrar mandado de segurança ou aforar ação cautelar<sup>43</sup> para a obtenção de liminar que conceda o efeito suspensivo ao recurso. Se ele não recorrer não terá direito à liminar. Pensamos que essa situação pode ocorrer tanto no procedimento administrativo quanto no processo judicial.

### 6.3 Competência

#### a) ação cautelar

Neste passo se torna importante saber quem tem competência para conceder medida liminar em ação cautelar. Pois bem, o juízo competente é o que processa a causa principal ou, em se tratando de medida cautelar preparatória, o juízo<sup>44</sup> que seria competente para conhecer da ação principal, a teor do art. 800, *caput*, do CPC. Mas se já houve a interposição de recurso, a

competência funcional passa a ser do tribunal (parágrafo único do mesmo dispositivo). Qual juiz, no tribunal, tem competência para deferir a liminar cautelar? A doutrina afirma que competente é o juiz relator do recurso.

Porém, surgem nesse tema duas situações que precisam ser enfrentadas: 1<sup>a</sup>) ainda não houve a interposição de recurso e a parte precisa de uma medida liminar na fase recursal; 2<sup>a</sup>) já houve a interposição do recurso, mas os autos ainda não subiram ao tribunal<sup>45</sup> e, portanto, ainda não se tem relator. Quem é o juiz competente nessas duas situações?

De acordo com uma interpretação sistemática do *caput* com o parágrafo único do art. 800 do CPC, se ainda não houve a interposição de recurso o juízo competente para conceder a liminar é o de primeira instância, porque a locução do dispositivo fala que "interposto" o recurso a competência passa a ser do tribunal.

De quem é a competência se os autos nem subiram?<sup>46</sup> Poder-se-ia argumentar que seria cabível uma outra ação cautelar para resguardar o resultado daquele primeiro processo, pedindo-se ao presidente do tribunal que faça uma distribuição imediata a fim de se saber logo quem é o relator que vai apreciar aquele recurso interposto e, por via de consequência, a medida cautelar a ser requerida. Ou ainda que caberia mandado

<sup>42</sup>Aqui surge um problema no processo do trabalho: as decisões interlocutórias são irrecorríveis de imediato e, assim, poderiam desafiar mandado de segurança. Porém, somente será cabível a ação de segurança contra a decisão judicial se houver violação de um direito líquido e certo da parte, o que nem sempre é fácil de se demonstrar, como se verá mais adiante.

<sup>43</sup>O meio adequado é a ação cautelar, conforme fundamentos já expendidos.

<sup>44</sup>Dinamarco explica que competência de juízo é a quantidade de jurisdição cujo exercício se atribui a um órgão específico na estrutura do Judiciário ou a órgãos da mesma espécie, pertencentes à mesma Justiça, localizados no mesmo grau de jurisdição e ocupando a mesma base territorial. *Instituições...*, 1, p. 547.

<sup>45</sup>Antes da EC n° 45/2004 havia ainda a hipótese de os autos estarem no tribunal mas não ter havido distribuição. Mas agora, de acordo com o inciso XV do art. 93 da CF, acrescido pela referida EC, "a distribuição de processos será imediata, em todos os graus de jurisdição".

<sup>46</sup>Manoel Antonio entende que, apesar de interposto o recurso, mas estando os autos ainda em primeiro grau e havendo necessidade de uma medida cautelar (de urgência), a competência será do juiz de primeira instância. *Op. cit.*, p. 210. Divergimos desse posicionamento porque afronta a norma do parágrafo único do art. 800 do CPC, que estabeleceu uma competência funcional, em razão da necessidade de se conformar o resultado do processo principal, sujeito à revisão pelo tribunal diante do recurso interposto, com a medida cautelar que vise garantir sua eficácia, como bem explanou Paulo Afonso Garrido de Paula. *Código de processo civil interpretado*. Antonio Carlos Marcato, coordenador. São Paulo: Atlas, 2004, p. 2232.

de segurança para que haja imediata distribuição, com o mesmo desiderato.

Antes da EC nº 45 poderia ser aplicado, por analogia, o art. 68 da Lei Complementar nº 35/79, segundo o qual, quando havia férias coletivas nos tribunais<sup>47</sup>, não havendo distribuição e, portanto, não se sabendo quem era o relator, quem apreciava as medidas de urgência era o presidente do tribunal ou qualquer outro juiz que estivesse exercendo, naquele momento, a presidência do tribunal, seja mandado de segurança, tutela antecipada ou medida cautelar. Destarte, se o recurso não foi distribuído porque os autos nem subiram, aplicando-se por analogia o teor desse dispositivo<sup>48</sup>, pode a parte requerer a tutela cautelar ao presidente do tribunal ou a quem estiver exercendo a presidência naquele momento. E essa providência também pode ser aplicada para os casos de ação cautelar em que se postula a concessão de efeito suspensivo ao recurso interposto, quando os autos ainda não tiverem subido ao tribunal.

#### b) tutela antecipada

Para a tutela antecipada temos idêntica situação<sup>49</sup>. Na falta de previsão legal, o correto é aplicar por analogia o art. 800 e seu parágrafo único do CPC. De modo que o juízo que aprecia o requerimento de tutela antecipada é o que está conhecendo do processo em curso. Se já prolatou a sentença e não houve interposição de recurso é ele ainda o juízo competente. Se já houve a interposição de recurso, a competência funcional passa a ser do tribunal. Do relator do processo (OJ nº 68 da SDI-II do TST) ou do presidente do tribunal, naquela situação

em que o recurso ainda não foi distribuído porque os autos nem subiram.

#### c) mandado de segurança

De quem é a competência em mandado de segurança? Essa matéria era simples no processo do trabalho, pois bastava invocar o art. 678, I, "b", "3", da CLT, tendo em vista que neste processo somente era cabível mandado de segurança contra ato judicial. E, assim, era óbvio que a competência funcional para conhecer de mandado de segurança era do tribunal, em sua composição plenária, em seções especializadas ou ainda em suas turmas ou câmaras.

Agora, após a EC nº 45/04, também cabe mandado de segurança contra ato de autoridade pública ou de autoridade privada no exercício de função pública na Justiça do Trabalho (incisos IV e VII do art. 114 da CF) e a competência funcional será, nesses casos, do juízo de primeira instância porque não há disposição expressa no sentido de que a competência seja dos tribunais, que é extraordinária<sup>50</sup>. Em tais casos, então, juízo competente será aquele que puder conhecer da matéria, nos limites de sua competência territorial.

### 6.4 Pressupostos

#### a) ação cautelar

Na averiguação dos requisitos ou pressupostos se analisa o que é necessário para que o autor consiga a tutela cautelar, a tutela antecipada ou a liminar em mandado de segurança.

Para a tutela cautelar ele precisa demonstrar o binômio clássico *fumus boni iuris e periculum in mora*. O *fumus boni*

<sup>47</sup>Depois da EC nº 45 a atividade jurisdicional passou a ser ininterrupta, sendo vedado férias coletivas nos juízos e tribunais de segundo grau (inciso XII do art. 93 da CF, acrescentado pela Emenda).

<sup>48</sup>Não vamos analisar aqui a recepção ou não do citado dispositivo. Apenas observamos que há quem entenda que o recesso da Justiça Federal comum e do trabalho, por não se tratar de férias, continuará existindo e, assim sendo, o teor do art. 68 da LC nº 35/79 poderá ser aplicado nos casos de medidas de urgência requeridas durante o recesso.

<sup>49</sup>Teori Albino também sustenta esse posicionamento, afirmando ser aplicável no caso o teor do art. 800 e parágrafo único do CPC. *Op. cit.*, p. 121 e 123.

<sup>50</sup>Dinamarco aponta que a competência originária dos órgãos de primeiro grau (varas) é ordinária; a dos tribunais, extraordinária. *Instituições...*, I, p. 548.

*ius* nada mais é do que a plausibilidade do direito, a possibilidade de que aquele sujeito seja titular do direito material a ser satisfeito. Portanto, diz respeito ao direito material. No entanto, em sede de ação cautelar não há necessidade alguma da prova do direito material<sup>51</sup>, havendo apenas de se fazer uma referência a esse direito, porquanto basta uma plausibilidade, uma possibilidade de que ele exista.

Já o *periculum in mora* concerne à situação de perigo a que está sujeito esse direito, indiretamente, diante da ameaça à sua prova ou à futura execução. E por isso é o mais importante pressuposto da medida cautelar. Entrementes, não significa perigo de demora do processo principal<sup>52</sup>, não tendo exata correspondência com a demora, com a liturgia do rito comum do processo. Até porque em alguns ritos sumários, especialmente no processo do trabalho, o trâmite processual pode ser rápido<sup>53</sup>. Ocorre que é o perigo de dano àquela situação de fato determinada que se torna necessário acautelar. Há um perigo de perda da prova ou de perda dos bens que compõem o patrimônio do réu e o autor precisa de uma providência

jurisdicional de urgência para antecipar a produção da prova ou para represar os bens do réu imediatamente. O *periculum in mora* diz respeito justamente a esses fatos: o fato de perigo de perda do direito à prova ou de perigo de extravio dos bens do réu.

#### b) tutela antecipada

Quanto à tutela satisfativa, os pressupostos são os seguintes: a verossimilhança da alegação e a prova inequívoca. Verossimilhança da alegação corresponde ao direito material. Portanto, não basta uma mera plausibilidade do direito, pois em sede de tutela antecipada se exige um pouco mais, isto é, exige-se que a alegação do direito material seja parecida com a verdade, ou muito próxima desta<sup>54</sup>. E também se faz necessária uma prova inequívoca da situação de fato que causa perigo de dano ao direito<sup>55</sup>. De tal modo que, em se tratando de antecipação de tutela não basta a mera plausibilidade do direito<sup>56</sup>, por se tratar a antecipação de uma medida satisfativa, e por isso a prova deve ser robusta, convincente, mas a respeito da situação de perigo e não do direito material, para o qual é suficiente uma verossimilhança de que exista.

<sup>51</sup>Não há necessidade de o trabalhador demonstrar seu direito ao pagamento das verbas rescisórias ou das horas extras. Basta que ele alegue que trabalhou, foi dispensado e junte cópia da CTPS anotada ou de recibos de pagamento, para que se tenha uma plausibilidade de que não recebeu aquelas verbas. Ovídio Baptista da Silva assevera que, por se tratar o *fumus* de mera verossimilhança do direito invocado, em sede cautelar não há necessidade de prova irretorquível e incontrovertida desse direito. *Op. cit.*, p. 121.

<sup>52</sup>Novamente Ovídio, apontando o erro de Calamandrei, quando este sustentou que o perigo de dano era derivado do retardamento de um provimento jurisdicional definitivo, ou seja, que o *periculum* só deriva da morosidade do procedimento comum, ou melhor dizendo, da morosidade com que se conseguiria o provimento definitivo. *Op. cit.*, p. 34.

<sup>53</sup>O processo de rito sumaríssimo na seara trabalhista, por exemplo, por vontade do legislador seria resolvido em 15 dias, no máximo em 45 dias (arts. 852-B, III e 852-H, § 7º, da CLT), e nele não haveria necessidade de medida cautelar, portanto.

<sup>54</sup>Uma cópia da CTPS anotada (com baixa do contrato) e do aviso prévio sem justa causa já demonstram a verossimilhança da alegação de que as verbas rescisórias não foram pagas.

<sup>55</sup>Se o trabalhador está passando necessidades, tem contas do supermercado ou da farmácia a serem pagas, ou está com sua conta bancária "negativa" e isso demonstra ao juiz, já produziu a tal prova inequívoca da situação de fato que causa perigo de dano, e de dano irreparável, diga-se de passagem, ao seu direito material.

<sup>56</sup>Como explica Teori Albino, diferentemente do que ocorre no processo cautelar, no qual há juízo de plausibilidade quanto ao direito e de probabilidade quanto aos fatos alegados, a antecipação da tutela de mérito supõe verossimilhança quanto ao fundamento de direito, que decorre de uma relativa certeza quanto à verdade dos fatos. E a respeito da prova inequívoca pondera que, o que a lei exige não é, certamente, prova de verdade absoluta, que não existe, mas uma prova robusta, que, embora no âmbito de cognição sumária, aproxime, em segura medida, o juízo de probabilidade do juízo de verdade. *Op. cit.*, p. 76. Acrescentamos: o juiz que exigir prova inequívoca jamais concederá tutela antecipada. Em verdade, nunca terá condições de prolatar sentença também, já que prova inequívoca simplesmente não existe. O documento pode ser falso, a testemunha pode mentir, ou se equivocar.

### c) mandado de segurança

Em sede de mandado de segurança, o pressuposto é a existência de um direito líquido e certo. Esse direito líquido e certo é aquele que pode ser comprovado de plano. Por isso não há dois pressupostos no mandado de segurança, exatamente porque o direito somente será líquido e certo se dele houver prova cabal. Na cautelar temos o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, na antecipação de tutela temos a verossimilhança e a prova inequívoca, mas no mandado de segurança nem se fala de prova como pressuposto porque nele a prova é pré-constituída. A prova é documental, portanto, para a demonstração do pressuposto único do mandado de segurança: a existência do direito líquido e certo. Essa expressão por si só já é completa, porquanto só há liquidez e certeza se o direito for provado de plano, através de um documento.

Hely Lopes Meireles formulou uma definição de direito líquido e certo que nos parece insuperável. Para ele direito líquido e certo é aquele manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e exercitável desde logo<sup>57</sup>.

## 6.5 Prova

### a) ação cautelar

Qual é a prova que se exige para a concessão de tutela cautelar? A prova do fato que causa perigo de dano ao direito, ou melhor dizendo, a prova do fato que causa *perigo de mudança da situação fática*. A função da cautelar é preservar uma situação de fato. O direito material pode ficar inviabilizado pela perda da prova a ele correspondente. Daí a necessidade de se preservar a prova, assegurando-se a sua produção antecipada. Ou há risco de o direito

material não ser satisfeito se não se assegurar os bens no patrimônio do réu para a futura execução. Essa prova não é robusta porque a cautelar não é satisfativa. A prova cautelar, portanto, é uma prova indiciária. De modo que na ação cautelar a dilação probatória não diz respeito ao fato que demonstra a existência do direito material, porque deste basta uma mera plausibilidade.

O *periculum in mora*, que corresponde ao perigo de dano à prova ou à futura execução, tem de ser demonstrado já para a obtenção da liminar. Se o juiz não se convence do fato afirmado, pode exigir uma justificação prévia antes mesmo de citar o réu porque, em boa parte das vezes, a citação inviabiliza a efetivação da tutela cautelar. Mas não pode perder de vista que basta uma cognição sumária do fato. E não deve o juiz ter grande receio com a irreversibilidade porque a medida é uma tutela eminentemente provisória e assegurativa de uma situação de fato, diferentemente da tutela antecipada, que é satisfativa.

### b) tutela antecipada

Já em sede de tutela antecipada, reiterando o quanto afirmado anteriormente, a prova tem de subir um pouco mais na *escada de exigência*. Aqui a prova tem de ser inequívoca, mas, como inequívoca nunca será, terá de ser uma prova robusta. Prova de quê? Prova do perigo de dano ao direito. Se não se executar a medida antecipatória, o direito sofrerá a lesão temida, talvez de forma irreversível. Por isso que se faz urgente a concessão da tutela e ela será mesmo satisfativa. No dizer de Ovídio Baptista da Silva, nas medidas antecipatórias se executa para propiciar segurança àquela situação de perigo de lesão ao direito, conforme nota no início deste ensaio. Repetindo o quanto

<sup>57</sup>Op. cit., p. 25-26. Exemplo: dirigente sindical reclamando no mandado de segurança a sua reintegração, juntando cópia do estatuto do sindicato, da ata de eleição e posse, da notificação disso ao empregador e do aviso prévio em que foi comunicado de sua dispensa. O direito é líquido e certo porque ele é manifesto na sua existência, tendo em vista a comprovação de que o autor é dirigente sindical e foi dispensado sem justa causa, tendo direito à reintegração. Ele é delimitado na sua extensão porque na ata de eleição e posse consta o período do mandato do dirigente, ainda em curso. E ele é exercitável desde logo, tendo o autor direito de ser reintegrado imediatamente. Isso é direito líquido e certo.

já afirmamos, o que se exige, então, em sede de tutela antecipada é a produção de uma prova robusta, convincente, mas a respeito da situação de perigo e não do direito material, para o qual é suficiente uma verossimilhança de que exista.

### c) mandado de segurança

No mandado de segurança, a prova vai subir mais ainda na *escada de exigência*. É uma prova pré-constituída<sup>38</sup>. Não há dilação probatória em sede de mandado de segurança, salvo em uma única hipótese: quando o documento que dá suporte ao mandado se encontra em poder da autoridade coatora ou em poder de qualquer outra autoridade que se nega a fornecê-lo por certidão — art. 6º, parágrafo único, da Lei nº 1.533/51. Somente nessa hipótese cabe produção da prova no curso da ação mandamental.

Finalizando a questão da prova, vimos que, preenchidos os pressupostos para a concessão da medida, há uma *escada de exigência* para a sua prova em juízo (graus de exigência), na exata conformidade da medida postulada. Para a cautelar, pressupostos menos rígidos e prova indiciária. Para a tutela antecipada, requisitos um pouco mais exigentes e uma prova robusta. Para o mandado de segurança, num grau mais elevado, direito líquido e certo, comprovado de plano, admitindo-se apenas a prova documental. Há, portanto, uma gradação dos pressupostos e da prova conforme a tutela. As tutelas são todas de urgência, mas a situação que se preserva com a cautelar não permite a satisfação do direito material, pois a medida é meramente acautelatória. Para a tutela antecipada, por ser medida satisfativa, os requisitos são mais

rígidos e a prova deve ser robusta. E no mandado de segurança, onde tem de ser provado direito líquido e certo, que raramente existe no sistema jurídico, tem de haver uma prova plena, exibida de plano.

## 6.6 Procedimento

### a) ação cautelar

O processo cautelar tem rito próprio (Livro III do CPC). Na Justiça do Trabalho, na prática, se tem adotado um procedimento híbrido, mesclando-se regras da CLT e do CPC. Mas o procedimento correto, por não se tratar de uma ação trabalhista típica, é o do Código de Processo Civil (arts. 800 a 804 do CPC). Na ação cautelar se reclama uma medida de urgência. O juiz, então, não pode designar audiência para somente nesta apreciar o pedido de liminar. Atentando para a natureza da medida, o juiz deve analisar o pedido, deferir ou não a medida liminar, determinar a sua efetivação em caso de deferimento e que após seja citado o réu para apresentar contestação em secretaria, no prazo de cinco dias. Se houver necessidade de produção de provas, aí sim

designará audiência, com a maior brevidade possível, “encaixando” o processo em pauta, porque se trata de medida de urgência. E, tão logo possa, deve decidir o mérito da ação cautelar. De sorte que não se mostra correto o juiz deixar a cautelar para ser julgada juntamente com o processo principal, nem no processo civil nem no processo do trabalho.

### b) tutela antecipada

A tutela antecipada não tem procedimento próprio porque é requerida no curso de uma ação. Havendo requerimento de

*“No mandado de segurança, a prova vai subir mais ainda na escada de exigência. É uma prova pré-constituída. Não há dilação probatória em sede de mandado de segurança, salvo em uma única hipótese: quando o documento que dá suporte ao mandado se encontra em poder da autoridade coatora ou em poder de qualquer outra autoridade que se nega a fornecê-lo por certidão — art. 6º, parágrafo único, da Lei nº 1.533/51.”*

<sup>38</sup>De se ver a OJ nº 52 da SDI-II do TST.

tutela antecipada, o juiz pode analisar e conceder a tutela *inaudita altera parte* ou preservar o contraditório, citando o réu<sup>59</sup> e o intimando para se manifestar no prazo de cinco dias, para depois decidir pela concessão ou não da tutela antecipada. Então, a antecipação de tutela se dá no curso normal do procedimento, porque se trata de decisão interlocutória. E a tutela antecipada pode ser requerida a qualquer tempo, como se verá mais adiante.

### c) mandado de segurança

O mandado de segurança também tem um rito próprio, que é especial<sup>60</sup>. O rito da ação de segurança é o da Lei nº 1.533/51 (arts. 6º a 12), aplicando-se o CPC nas suas lacunas. O juiz concede ou não a liminar, notifica a autoridade coatora para prestar informações no prazo de dez dias (art. 1º da Lei nº 4.348/64) e determina a citação do litisconsorte necessário, que é o beneficiário do ato, este para contestar no prazo de dez dias. Havendo ou não esclarecimentos e contestação, dá-se vista ao Ministério Público pelo prazo de cinco dias<sup>61</sup> e o juiz decide nos cinco dias seguintes, nos termos dos arts. 7º, 10 e 19 da citada lei.

Uma questão importante: as informações da autoridade coatora são pessoais? Imaginem-se as seguintes situações: a autoridade coatora foi transferida, por exemplo, o Delegado Regional do Trabalho que praticou o ato; o juiz era um substituto que

depois do ato foi designado para outra vara ou comarca; o juiz titular se removeu ou foi promovido para o tribunal. Diante dessas situações temos que não pode restar dúvidas quanto a não serem as informações pessoais<sup>62</sup>. Portanto, as informações devem ser prestadas pelo órgão: DRT, vara. Ou melhor, as informações têm de ser prestadas pelo juízo em se tratando de ato judicial ou pelo órgão em se tratando de ato administrativo.

Outra questão: há revelia se as informações não são prestadas? Há, pois revelia é a falta de contestação<sup>63</sup>. O que não se tem são os efeitos da revelia porque a matéria é exclusivamente de direito, de um direito líquido e certo. Como a prova deste é documental e pré-constituída, não há falar em efeitos da revelia (presunção de veracidade dos fatos afirmados)<sup>64</sup>, embora o juízo ou a autoridade coatora que não presta informações seja rével<sup>65</sup>. Se não prestadas as informações pela autoridade até o décimo dia contado de sua notificação, preclusa estará a sua oportunidade de influir no convencimento do juiz que irá julgar o mandado de segurança. Então, somente não se poderá falar nos efeitos da revelia, já que o juiz terá de verificar a existência ou não de direito líquido e certo, que pode não existir ou não estar provado de plano, a despeito da falta de informações. Há ainda a possibilidade de revelia do litisconsorte necessário (o beneficiário do ato), cuja citação é

<sup>59</sup>Dinamarco. *Instituições...*, I, p. 163.

<sup>60</sup>Teori Albino. *Op. cit.*, p. 191.

<sup>61</sup>Registramos aqui uma preocupação: com a competência ampliada da Justiça do Trabalho o juiz terá de ouvir em todos os mandados de segurança o Procurador Regional do Trabalho, que tem a prerrogativa de intimação pessoal com remessa dos autos. Ocorre que os procuradores estão lotados na cidade que abriga a sede dos TRT's, com raras exceções de regionalização ou interiorização. Mesmo assim, haverá sedes das procuradorias apenas nas cidades maiores, sedes de circunscrição. Isso será um verdadeiro entrave à tramitação de processos em que se reclamam providências de urgência. E uma solução terá de ser pensada.

<sup>62</sup>Para Carlos Henrique Bezerra Leite as informações são pessoais, salvo na hipótese de o juiz não estar mais exercendo suas funções no juízo em que tomou a decisão. *Mandado de segurança no processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 1999, p. 65.

<sup>63</sup>Dinamarco observa que há casos nos quais o efeito da revelia não se aplica apesar da omissão do réu, mas revel ele será e suportará as outras consequências de sua omissão, sempre que deixar de responder à demanda inicial. *Instituições...*, III, p. 456.

<sup>64</sup>Admitindo confissão ficta em mandado de segurança, Hely Lopes Meirelles. *Op. cit.*, p. 64-65.

<sup>65</sup>Mas há entendimento de que não há revelia em mandado de segurança, porque a autoridade coatora é apenas informante, que deve prestar esclarecimentos ou informações e não defesa.

obrigatória (art. 19 da Lei nº 1.533/51, c/c o art. 47 e parágrafo único do CPC)<sup>66</sup>, mas desse fato também não decorre a confissão ficta, pelos motivos já expostos.

## 6.7 Liminar

### a) ação cautelar

Primeiramente, precisamos ter uma noção clara do que é o instituto da liminar. Toda vez que estamos a estudar um instituto temos de saber do que se trata, qual a sua natureza jurídica. Pois bem, liminar é antecipação provisória do provimento final<sup>67</sup>. Na liminar de alimentos provisionais se antecipa a concessão dos alimentos e depois a sentença confirma essa decisão. Na liminar cautelar se preserva aquela situação de fato e depois a sentença a confirma. Também na liminar do mandado de segurança se determina que um ato seja desfeito ou a suspensão dos efeitos do ato ilegal ou abusivo, e depois a sentença a confirma, concedendo a segurança. Em toda e qualquer liminar há uma antecipação provisória do provimento final.

Destarte, na ação cautelar a liminar é concedida em cognição sumária, superficial, porque ela é tutela provisória que tem caráter temporário, que será substituída por uma medida definitiva, dada pela sentença cautelar, mas que também existirá somente enquanto durar o processo principal, a teor do art. 808, inciso III, do CPC. Fim do processo principal, não há mais falar em efeitos da ação cautelar.

### b) tutela antecipada

A medida de tutela antecipada é satisfativa. Mas, embora se trate de antecipação dos efeitos da tutela de fundo,

pensamos que não é simplesmente uma medida liminar<sup>68</sup>. A tutela antecipada pode ser concedida a qualquer tempo, até mesmo na fase recursal ou na fase executiva, enquanto a liminar, via de regra, é entregue no início da relação jurídico-processual, antes ou depois da citação do réu.

E, como vimos, a sua concessão se dá após cognição sumária, dado o seu caráter provisório, porque será confirmada por outra decisão ou revogada (art. 273, §§ 4º e 5º, do CPC)<sup>69</sup>.

### c) mandado de segurança

A liminar em mandado de segurança, assim como as liminares em ação de despejo, em ação possessória, é antecipação provisória do provimento final. É medida provisória, precária, dada em cognição sumária, mas sempre no início do procedimento, antes ou depois da citação.

Menciona o art. 7º, inciso II, da Lei nº 1.533/51 que o juiz pode conceder a liminar para suspender o ato que deu motivo ao pedido, quando for relevante o fundamento e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja deferida somente a final. Por essa razão que a liminar em mandado de segurança tem natureza jurídica de *tutela antecipada*<sup>70</sup>, porquanto presentes o perigo de demora e, conseqüentemente, a urgência da medida, a liminar será concedida para que o direito líquido e certo seja imediatamente satisfeito.

## 6.8 Momento processual

### a) ação cautelar

A liminar na ação cautelar é concedida no início da relação jurídico-processual.

<sup>66</sup>Teori Albino. *Op. cit.*, p. 127-128.

<sup>67</sup>Para Teori Albino liminar será o provimento que atende, em caráter provisório, parcial ou integralmente, o que o autor pede como provimento definitivo. *Op. cit.*, p. 163-164.

<sup>68</sup>Em sentido contrário, Teori Albino Zavascki. *Op. cit.*, p. 164-165.

<sup>69</sup>No processo do trabalho a CLT menciona a concessão de *medidas liminares* para obstar transferência abusiva ou para a reintegração de dirigente sindical, nos incisos IX e X do seu art. 659. Mas sabemos que se tratam de hipóteses de antecipação da tutela de mérito.

<sup>70</sup>Teori Albino. *Op. cit.*, p. 193. Em igual sentido, Dinamarco. *Instituições...*, I, p. 161.

Mas a ação cautelar pode ser ajuizada enquanto durar o processo principal, de acordo com o art. 808, inciso III, do CPC. Ela pode ser preparatória ou incidental, mas nessa hipótese enquanto tramitar o processo principal. A cautelar inominada pode ser utilizada na fase recursal para se obter efeito suspensivo em recurso interposto, que não tenha previsão legal desse efeito (OJ nº 51 da SDI-II do TST). Aqui ela tem função tipicamente cautelar porque não é satisfativa, visando apenas resguardar o resultado útil de outro processo, já que a obtenção do efeito suspensivo ao recurso tem como finalidade evitar que a lesão ao direito se efetive. Essa função tipicamente acautelatória pode ser buscada em todo e qualquer recurso, de natureza ordinária (apelação, recurso ordinário) ou extraordinária (recurso extraordinário, recurso especial, recurso de revista).

#### b) tutela antecipada

O momento processual para a concessão de tutela antecipada precisa ser identificado conforme a hipótese de cabimento, ou seja, de acordo com a espécie de tutela. Na hipótese do inciso I do art. 273 do CPC (tutela de evidência), ela pode ser concedida desde o ajuizamento da ação, quando houver perigo de dano irreparável ou de difícil reparação. Mas nas hipóteses do inciso II e do § 6º do mesmo dispositivo só pode ser deferida depois da oportunidade de defesa. Não há como investigar manifesto propósito protelatório do réu, abuso do direito

de defesa ou até incontrovérsia enquanto não fluir o prazo de resposta.

Mas a tutela antecipada é uma medida especial porque pode ser concedida em vários momentos depois do prazo de resposta do réu. O juiz verificando melhor ou até verificando pela primeira vez o requerimento de tutela antecipada na audiência em prosseguimento, e diante de prova inequívoca da situação de perigo e de verossimilhança da alegação, concede a tutela antecipada<sup>71</sup>. Ou na audiência em prosseguimento verifica que há incontrovérsia sobre os fatos e antecipa os efeitos da tutela<sup>72</sup>. Pode ocorrer ainda de na sentença ele verificar essa incontrovérsia, o perigo de dano ao direito e conceder, incidentalmente na sentença, a tutela antecipada. Isso porque a sentença é um título condenatório que depende ainda do trânsito em julgado, ao passo que aquela providência de tutela antecipada incidental (no bojo da sentença) se trata de um título executivo precário<sup>73</sup>, mas executável desde logo.

A tutela antecipada também pode ser deferida na fase recursal porque a situação de urgência não tem hora marcada para acontecer<sup>74</sup>. Se não há recurso interposto, o juiz de primeira instância aprecia o requerimento. Em tendo sido interposto o recurso, a competência será do tribunal, conforme já expusemos, de tal forma que pode haver antecipação de tutela até mesmo no tribunal. E pode haver concessão de tutela antecipada até na fase de execução<sup>75</sup>. Destarte,

<sup>71</sup>Para pagamento de salário, de verbas rescisórias, para entrega de guias, anotação de CTPS etc.

<sup>72</sup>Por exemplo, quanto à relação de emprego, mandando o empregador anotar a CTPS, depositar o FGTS e proceder à entrega de guias para saque desta verba e requerimento do seguro-desemprego.

<sup>73</sup>Quando atuamos na Vara do Trabalho de Matão tivemos a oportunidade de, na sentença, conceder tutela antecipada para que determinado município depositasse o FGTS imediatamente na conta vinculada do servidor, porque ele precisava dessa providência de urgência para comprar a sua casa própria. E consignamos na sentença que aquele título (precário) era executável independentemente da remessa necessária ou de recurso interposto pela parte contrária, bastando ao advogado requerer a extração de cópias do processo para a formação de autos suplementares, a fim de que o título fosse executado. Não se trata, pois, de execução provisória, já que a tutela é satisfativa. Por isso a alteração do § 3º do art. 273 do CPC, para evidenciar que a execução da tutela antecipada deve ser completa.

<sup>74</sup>Quando o trabalhador foi dispensado ainda tinha como se manter, mas na fase recursal não: a sentença demorou tanto que ele já não tem mais provisões para o seu sustento e de sua família, precisando, assim, da tutela antecipada para a execução imediata dos efeitos condenatórios da sentença.

<sup>75</sup>Basta imaginar aquela liquidação de sentença que não acaba nunca. A situação de urgência pode surgir nessa fase ou até depois, quando iniciada a execução propriamente dita.

a tutela antecipada pode ser concedida em qualquer momento processual<sup>76</sup>, por se tratar de medida satisfativa.

### c) mandado de segurança

Já em caso de mandado de segurança o momento processual é singular, pois há um prazo fatal, decadencial, de 120 dias para que a ação seja ajuizada. A partir de quando se conta esse prazo? A partir do momento em que o titular do direito líquido e certo teve ciência da sua violação (art. 18 da Lei nº 1.533/51)<sup>77</sup>. Na contagem desse prazo, como ocorre na contagem de prazo prescricional, exclui-se o dia do início e inclui-se o dia do vencimento. Mas, se esse vencimento se der em sábado, domingo ou feriado, não há prorrogação para o primeiro dia útil subsequente<sup>78</sup>, porquanto não se trata de prazo processual, por serem decadência e prescrição institutos de direito material.

## 6.9 Decisão de mérito

### a) ação cautelar

Existe decisão de mérito em ação cautelar? Essa é uma grande discussão doutrinária. E tem como premissa a seguinte questão: há ou não há mérito na ação

cautelar? Pensamos que sim. A cautelar tem mérito próprio, que é a situação de ameaça ao direito à produção da prova ou à pretensão assecuratória do patrimônio do réu para a futura execução. A pretensão de acautelar aquela situação de perigo é o mérito da ação cautelar<sup>79</sup>. E por isso mesmo o juiz não pode deixar para julgar a cautelar junto com a ação principal, na mesma sentença<sup>80</sup>, até porque na ação cautelar se busca uma tutela de urgência.

Daí porque se nos afigura correta a posição doutrinária no sentido de que a ação cautelar tem mérito próprio, que é a situação de urgência que imprime uma necessidade de assegurar, de resguardar aquela situação de fato para a produção da prova ou para a futura execução. Esse é o mérito da cautelar, estampado na pretensão formulada. A pretensão é a de resguardar a situação de fato para preservar o resultado útil de outro processo. De modo que o perigo está mais ligado ao mérito da ação cautelar do que às condições da ação, na lição de Ovídio Baptista, exposta em nota anterior.

A cognição na decisão de mérito, na decisão de fundo da cautelar, é uma cognição

<sup>76</sup>Teori Albino também sustenta a possibilidade de a tutela antecipada poder ser concedida na fase recursal ou quando já instaurada ação de execução da sentença ou de título executivo extrajudicial, pois havendo oposição de embargos os atos executivos ficam suspensos (art. 739, § 1º, do CPC). *Op. cit.*, p. 81-82.

<sup>77</sup>De se ver o teor da OJ nº 127 da SDI-II do TST.

<sup>78</sup>Cassio Scarpineilla Bueno aponta que, justamente por se tratar de prazo decadencial, não pode haver qualquer espécie de dilação, não se podendo falar em prorrogação ou suspensão do prazo. *Op. cit.*, p. 145-146.

<sup>79</sup>Ovídio Baptista da Silva sustenta haver mérito na ação cautelar, ou um direito substancial de cautela, razão pela qual o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* não se tratam de condições da ação, mas do próprio mérito da ação cautelar. E acrescenta que, a se pensar de maneira diversa, a decisão do juiz que declara não estarem presentes tais requisitos seria decisão de conteúdo processual (extinção do processo sem julgamento do mérito), o que possibilitaria a repetição da mesma lide, com base nos mesmos fatos e nos mesmos fundamentos jurídicos, conclusão essa que ele considera inaceitável. *Op. cit.*, p. 228-230. Em sua valiosa obra sobre as tutelas de urgência, José Roberto Dantas Oliva também defende a idéia de que o *periculum* e o *fumus* são expressão do próprio mérito da ação cautelar. *Tutela de urgência no processo do trabalho*, São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 29-30. Em sentido contrário Manoel Antonio, para quem não há mérito na ação cautelar simplesmente porque sua sentença não se reveste das eficácias de imutabilidade e indiscutibilidade, não gerando o fenômeno da coisa julgada material. *Op. cit.*, p. 282-283. Ora, o que dizer então das sentenças prolatadas nas relações jurídicas continuativas (art. 471, I, do CPC): são sentenças de mérito ou não?

<sup>80</sup>Imaginemos a seguinte situação: o juiz concedeu a liminar, apreendeu os bens do réu e este demonstrou exaustivamente na instrução que não está dilapidando o seu patrimônio. Ocorre que seus bens estão arrestados. Se o juiz deixar para apreciar o requerimento de revogação da medida na sentença e resolver julgar o processo cautelar junto com o principal, que pode estar ainda no início do seu curso, estará prejudicando o réu. E mesmo que o réu não tenha demonstrado situação diversa daquela em que se baseou o juiz para o deferimento da liminar, a falta de decisão sobre o mérito cautelar inviabiliza o direito daquele à interposição de recurso. Portanto, em última instância, fere o devido processo legal o ato do juiz que deixa para julgar a ação cautelar junto com a ação principal.

aprofundada, em que o juiz aprofunda o exame da matéria, com investigação dos fatos após o contraditório, verificando as provas produzidas para decidir a pretensão assecuratória daquela situação de fato.

#### b) tutela antecipada

Em sede de tutela antecipada a decisão será sempre provisória, porque a decisão de mérito é a do próprio processo, dada na sentença. Se não há um processo próprio para a tutela antecipada, se ela é concedida no bojo de um processo, de rito comum ou especial, não há falar em decisão de mérito quando se trata de antecipação de tutela. Tanto que a medida será confirmada na sentença ou no acórdão, conforme o momento processual em que concedida.

#### c) mandado de segurança

Já no mandado de segurança, a cognição de fundo, a sentença do mandado de segurança se dá após uma cognição exauriente<sup>81</sup>, em que o juiz examina e verifica se aquela prova documental é lícita e identifica um direito líquido e certo, ou seja, se há ou não o afirmado direito. A decisão é, portanto, de mérito. Direito líquido e certo, assim, não é condição da ação mandamental<sup>82</sup>. Se a pretensão dessa ação é resguardar ou proteger referido direito, este é intrínseco à própria pretensão, é o próprio mérito da ação de mandado de segurança.

Nessa cognição exauriente, se o juiz entende cabível a proteção ao direito, confirma a segurança dada em liminar (ou a concede pela primeira vez), para que a autoridade coatora abstenha-se de praticar determinado ato (mandado de segurança preventivo), para que desfaça um ato que já

praticou ou para que sejam suspensos os efeitos do ato, enfim, para que seja cessada a ilegalidade ou o abuso de poder.

### 6.10 Recursos

#### a) ação cautelar

Em ação cautelar, da decisão sobre o pedido de liminar cabe agravo de instrumento no processo civil. No processo do trabalho não cabe nenhum recurso porque é decisão interlocutória (art. 893, § 1º, da CLT). Se a decisão ferir direito líquido e certo cabe mandado de segurança. Se houver tumulto processual, cabe correição parcial. Lembremos que mandado de segurança e correição parcial não são recursos. Tratando-se de ação cautelar de competência originária do TRT cabe agravo regimental.

Da sentença de mérito da ação cautelar cabe apelação no processo civil. No processo do trabalho recurso ordinário.

#### b) tutela antecipada

Contra a decisão que concede ou não tutela antecipada, no processo civil, cabe agravo de instrumento. No processo do trabalho nenhum recurso porque é decisão interlocutória. Mais uma vez, se a decisão ferir direito líquido e certo cabe mandado de segurança.

Se a tutela for concedida na sentença, Teori Albino entende que é cabível a interposição de agravo de instrumento contra a decisão interlocutória proferida incidentalmente no ato formal da sentença<sup>83</sup>, ainda que o recurso adequado no caso seja a apelação, que também deve ser interposta. No processo do trabalho, veja-se a OJ nº 51 da SDI-II do TST.

<sup>81</sup>Em sentido contrário Cândido R. Dinamarco, para quem a cognição no mandado de segurança e nos processos cautelares é superficial, sumária e não exauriente. *Instituições...*, III, p. 39.

<sup>82</sup>Cassio Scarpinella Bueno observa com propriedade que é necessário analisar a fundamentação da sentença da ação mandamental para se verificar se houve ou não decisão de mérito, porque se a sentença acabou por entender inócua o próprio direito reclamado pelo impetrante, o "fundo" de seu direito, é porque, tecnicamente, julgou o "mérito" do mandado de segurança. E nesse caso, em que a sentença não identificou qualquer ilegalidade ou abusividade de poder, não se pode falar que o "direito líquido e certo" se constitui em condição da ação, como afirma a doutrina e a jurisprudências majoritárias. *Op. cit.*, p. 139.

<sup>83</sup>*Op. cit.*, p. 112-113.

### c) mandado de segurança

No mandado de segurança, da decisão sobre o pedido de liminar, no processo civil cabe agravo de instrumento, como afirma Teori Albino<sup>84</sup>. No processo do trabalho não cabe recurso em primeira instância. Da decisão de fundo do mandado de segurança cabe apelação no processo civil e no processo do trabalho recurso ordinário. A diferença que existe em relação à ação cautelar é que na ação de segurança, da sentença que conceder o mandado deve haver remessa necessária – art. 12, parágrafo único, da Lei nº 1.533/51.

Uma nota importante é que, se o mandado de segurança for impetrado no tribunal, no processo do trabalho a decisão que conceder ou não a liminar é recorrível, sendo cabível agravo regimental<sup>85</sup>, embora haja entendimento no sentido de que esse agravo não se trata de hipótese de recurso.

## 6.11 Coisa julgada

### a) ação cautelar

Há coisa julgada na ação cautelar? Para os que entendem que há mérito cautelar, há coisa julgada material. A se entender o contrário, só há falar em coisa julgada formal na ação cautelar<sup>86</sup>.

A doutrina identifica uma hipótese de coisa julgada material. O art. 810 do CPC disciplina que se o juiz pronuncia a decadência ou a prescrição já na ação cautelar, preparatória, portanto, não poderá o autor nem ajuizar a ação principal, porque aquela decisão adquire a qualidade de coisa julgada material.

Fora desse caso, a doutrina majoritária entende que só há coisa julgada formal na sentença cautelar. Mas Calmon de Passos afirma que também há coisa julgada material em outras situações da ação cautelar, como corrobora o quanto disposto no art. 808 e parágrafo único do CPC, segundo o qual cessa a eficácia da medida cautelar: 1º) se a parte não ajuizar a ação principal no prazo de 30 dias, contados da data da efetivação da medida (art. 806); 2º) se não for executada a medida no prazo de 30 dias; 3º) se o juiz declarar extinto o processo principal, com ou sem julgamento de mérito. Parágrafo único: se por qualquer motivo cessar a medida (esses três descritos ou qualquer outro), é defeso à parte repetir o pedido, salvo por novo fundamento. Calmon de Passos verifica aqui, pois, situação de coisa julgada material<sup>87</sup>. Então, em regra, a coisa julgada é formal em sede de ação cautelar, salvo nas hipóteses do art. 810 e do art. 808 e parágrafo único, ambos do CPC.

<sup>84</sup>Idem, p. 215.

<sup>85</sup>Daf ser precipitado falar que o processo laboral não admite, de forma alguma, recurso de decisão interlocutória. Esse é um exemplo de recorribilidade de interlocutórias na Justiça do Trabalho. Agravo regimental é, assim, recurso que se interpõe contra decisão interlocutória tomada em processos de competência originária dos tribunais, de natureza cautelar, mandamental ou de qualquer outra natureza. Não bastassem os inúmeros recursos previstos em lei, os tribunais também os cria através dos seus regimentos internos. Ver a esse respeito o teor da OJ nº 69 da SDI-II do TST.

<sup>86</sup>Embora entenda que a ação cautelar tem mérito próprio, Ovídio Baptista da Silva não admite a existência de coisa julgada material nessa ação, em razão do caráter mandamental da tutela cautelar, alargando-se a fronteira jurisdicional, para se admitir a existência de jurisdição sem coisa julgada material. *Op. cit.*, p. 235-236. Teori Albino observa que é pensamento firmemente assentado na doutrina o de que a sentença proferida em ação cautelar não produz coisa julgada, dado que as medidas cautelares podem ser modificadas ou revogadas a qualquer tempo. *Op. cit.*, p. 36.

<sup>87</sup>*Apud* Teori Albino Zavaski. *Op. cit.*, p. 36-38. Se o juiz apreciou o mérito da situação de perigo e se convenceu, por exemplo, de que a testemunha não é portadora de grave doença e por isso não é o caso de se produzir antecipadamente a prova, essa decisão, transitada em julgado, adquire a qualidade de coisa julgada material para aquela situação de fato. Não pode o autor ajuizar outra ação cautelar com o mesmo fundamento. Se trouxer fato novo não haverá a tríplice identidade de elementos da ação (partes, causa de pedir e pedido), não se podendo falar em coisa julgada material.

## b) tutela antecipada

Nunca haverá coisa julgada em sede de tutela antecipada porque é decisão interlocutória e pode ser revogada a qualquer tempo (art. 273, § 4º, do CPC). A revogação tem eficácia *ex tunc* e o recurso interposto contra esta decisão não suspende os seus efeitos revocatórios (Súmula 405 do STF, por analogia).

## c) mandado de segurança

Há coisa julgada material em mandado de segurança? Essa é uma das questões mais complexas e mais polêmicas de tudo quanto já escrevemos até agora.

Expressiva corrente doutrinária entende que direito líquido e certo é condição da ação e não mérito. Portanto, se o juiz decidir que não há direito líquido e certo ou que a liquidez e a certeza do direito não restaram comprovadas, não há decisão de mérito e essa decisão da ação mandamental não impede outra ação, nem mesmo outro mandado de segurança.

Pensamos que temos de fazer uma interpretação lógica e sistemática dos arts. 15 e 16 da lei do mandado de segurança para chegarmos a uma boa conclusão. O art. 15 disciplina: "a decisão do mandado de segurança não impedirá que o requerente, por ação própria, pleiteie os seus direitos e os respectivos efeitos patrimoniais". Há até uma súmula do STF, de nº 304, no sentido de que decisão denegatória de mandado de segurança, que não faça coisa julgada contra o impetrante, não impede o uso da ação própria. Se o juiz, ao denegar a segurança na ação mandamental, não apreciou o mérito, sua decisão não impede a impetração de

outro mandado de segurança nem mesmo a busca dos direitos do autor por meio de ação própria. O art. 16 nos parece mais elucidativo: "o pedido do mandado de segurança poderá ser renovado se a decisão denegatória não lhe houver apreciado o mérito".

Da interpretação sistemática desses dispositivos, então, podemos concluir que só cabe outro mandado de segurança, ou até uma ação própria se o juiz não tiver decidido o mérito da ação mandamental. Se o juiz decidiu esse mérito, pelo menos em tese, não caberia nenhuma outra ação com a mesma finalidade.

A pergunta principal que não quer calar é a seguinte: quando é que o juiz decide o mérito da ação mandamental? Quando ele aprecia o direito líquido e certo e profere uma decisão de certeza sobre esse direito, afirmando que ele existe porque está comprovado de plano, ou que ele não existe<sup>88</sup>. Agora, se não há pronunciamento de mérito não há coisa julgada material, apenas coisa julgada formal, como ocorre quando o juiz decide que não há prova inequívoca do direito líquido e certo, ou seja, que não há prova material (documental), pré-constituída, do direito. Essa decisão não é de mérito, não adquirindo qualidade de coisa julgada material<sup>89</sup>. O autor pode impetrar até outro mandado de segurança com a mesma finalidade, desta feita com uma prova pré-constituída do seu afirmado direito. Ou pode ajuizar uma ação própria, porque não há decisão de mérito sobre aquela questão.

Com o devido respeito e acatamento, pensamos que a tese de que direito líquido e

<sup>88</sup>Exemplos: o dirigente sindical comprova que tem mandato ainda por dois anos e que foi dispensado arbitrariamente, demonstrando o seu direito líquido e certo à reintegração — a decisão que isso pronunciar faz coisa julgada material porque houve o julgamento do mérito da própria existência do direito; ou a situação contrária, em que o juiz chega à conclusão que não há direito líquido e certo porque o autor nem é dirigente sindical ou porque já expirou o seu período de estabilidade. Nesse último caso não cabe nenhuma outra ação visando a reintegração, nem mandado de segurança nem ação própria, porque na ação mandamental, após uma cognição exauriente, o juiz identificou que não há o direito líquido e certo afirmado, que o direito inexistente.

<sup>89</sup>Para Cassio Scarpinella Bueno haverá apreciação do mérito do mandado de segurança sempre que se reconhecer ou não a existência do direito afirmado, violado ou ameaçado, pelo impetrante (a existência ou não da ilegalidade ou da abusividade do ato coator), fazendo essa decisão coisa julgada material. Por outro lado, se não houver prova da liquidez e certeza do direito, essa decisão não é de mérito. *Op. cit.*, p. 136-139.

certo é condição da ação corresponde a retirar o mérito da ação mandamental<sup>90</sup>. Se a pretensão é de proteção ao direito líquido e certo é porque o tal direito se constitui no próprio mérito do mandado de segurança.

Demais, se o juiz extinguir o processo por carência da ação, sem julgamento de mérito, só há coisa julgada formal e, portanto, o autor pode impetrar outro mandado de segurança ou ajuizar ação própria.

## 6.12 Execução ou cumprimento

### a) ação cautelar

A execução da cautelar se dá nos mesmos autos em que é deferida a medida porque a cautelar é uma ação executiva *lato sensu*, como já visto, havendo cognição e execução nos mesmos autos, como se dá nas ações cautelares específicas de arresto, busca e apreensão e outras.

### b) tutela antecipada

A execução da tutela antecipada deve se dar também nos mesmos autos em que é concedida, salvo quando isso causar tumulto ao andamento do processo, caso em que o juiz deve determinar a formação de autos suplementares. Mas a execução da tutela antecipada deve ser *completa*, porque do contrário a medida não será satisfativa e, como já vimos, tutela antecipada é medida que só tem razão de ser se implementar efetiva satisfação do direito ameaçado de lesão.

Agora, vimos que a tutela de urgência é uma tutela precária, dada em cognição sumária, razão pela qual a antecipação da tutela pode ser modificada ou revogada a

qualquer tempo. Por isso mesmo a decisão que a concede tem a natureza jurídica de um *título executivo precário*. A revogação da tutela tem eficácia imediata e retroativa. Aquele que recebeu valores indevidos tem de devolvê-los, salvo impossibilidade absoluta de fazê-lo, havendo ainda casos em que não se exige a repetição, como ocorre na ação de alimentos<sup>91</sup>, salvo má-fé do autor para a obtenção de decisão favorável<sup>92</sup>.

Havendo antecipação da tutela para o pagamento de salários ou de verbas rescisórias, verbas de natureza nitidamente alimentar, e tratando-se de um título executivo precário essa decisão, temos a seguinte situação: se já foram pagos antes da revogação, não haverá devolução dos valores, salvo hipótese de má-fé; se não foram pagos, não poderá o autor exigir o pagamento se revogada a medida, diante da precariedade do título e porque a revogação tem efeito "*ex tunc*".

### c) mandado de segurança

A execução do mandado de segurança também se dá nos mesmos autos, mas de uma forma diferente. Há a expedição de um ofício à autoridade coatora, em que se transmite a ordem judicial que deve ser cumprida imediatamente, sob pena de crime de desobediência. E por isso se diz que a execução no mandado de segurança é imediata, específica ou *in natura*<sup>93</sup>.

Por último, a execução do mandado de segurança pode ser provisória, diante da remessa necessária, havendo ou não interposição de recurso, a teor do art. 12, parágrafo único, da Lei nº 1.533/51. Mas não

<sup>90</sup>Hely Lopes Meirelles assevera que há decisão de mérito em mandado de segurança e, portanto, coisa julgada material, que ocorre quando o juiz afirma a existência ou a inexistência do direito a ser amparado, não fazendo coisa julgada a decisão que denega a segurança por falta de certeza ou de liquidez do direito, bem como a que extingue o processo por carência ou a que indefere desde logo a inicial por não ser caso de mandado de segurança ou por falta de requisitos próprios à impetração. E acrescenta que o impetrante poderá renovar a ação com o mesmo objeto, mas por fundamentos diversos, ou seja, com nova causa de pedir. *Op. cit.*, p. 75-76.

<sup>91</sup>No processo do trabalho já temos uma hipótese semelhante: se no dissídio coletivo a sentença normativa defere reajuste salarial e esse reajuste é pago, ainda que o TST dê provimento ao recurso ordinário interposto não haverá devolução das diferenças salariais pagas.

<sup>92</sup>Teori Albino Zavascki. *Op. cit.*, p. 53.

<sup>93</sup>Hely Lopes Meirelles. *Op. cit.*, p. 68-69.

há necessidade de carta de sentença para esse fim.

## 7 CONCLUSÃO

A título de conclusão podemos reiterar que a *efetividade do processo* agora tem sede constitucional expressa, razão pela qual temos todos nós de promover a concretude dos meios que já existem a nossa disposição, a fim de que o resultado útil do processo seja de fato alcançado.

Nesse tema assume especial relevância o estudo e aplicação correta das tutelas de urgência: ação cautelar, tutela antecipada e mandado de segurança. Por isso procuramos elaborar um quadro comparativo dessas medidas, a fim de facilitar sua compreensão. E o fizemos com a convicção de que, se bem empregadas, essas tutelas promoverão a inclusão social de pessoas que precisam se prevenir de ataques aos seus direitos, mormente quando esses direitos tutelados têm uma função alimentar, como se dá com os salários e verbas rescisórias dos trabalhadores. Outrossim, a correta utilização das tutelas de urgência é uma forma de garantir a própria função jurisdicional do Estado, haja vista que a sociedade

somente confiará na atuação do Poder Judiciário quando este der a devida proteção aos direitos, sobretudo os de foro constitucional, no tempo razoável. Não encontrada essa equação necessária, outras reformas virão, com o risco de poderem colocar em cheque o próprio Estado Democrático de Direito (art. 1º da Magna Carta).

Temos de registrar que as noções básicas desse quadro comparativo foram apresentadas em seminário no Curso de Mestrado em Direito das Obrigações, na UNESP – Universidade Estadual Paulista, no Campus de Franca, na matéria de que é

Docente a Dra. Yvete Flávio da Costa, Mestre e Doutora em Direito Processual Civil pela PUC/SP. E devemos ressaltar ainda que foi a Prof. Yvete quem mais nos estimulou à escrita deste ensaio.

Como a matéria é bastante extensa, segue um quadro comparativo resumido das tutelas de urgência, em mais uma tentativa de facilitar o estudo conjunto dessas tutelas. Se houver maior atenção às tutelas de urgência por parte de todos os atores jurídicos (juízes, promotores, procuradores e

*"A título de conclusão podemos reiterar que a efetividade do processo agora tem sede constitucional expressa, razão pela qual temos todos nós de promover a concretude dos meios que já existem a nossa disposição, a fim de que o resultado útil do processo seja de fato alcançado."*

advogados), já terá valido nosso esforço.

	Ação cautelar	Tutela antecipada	Mandado de segurança
<b>Natureza jurídica</b>	ação – tutela cautelar ação executiva <i>lato sensu</i>	decisão interlocutória na ação em curso * purificação do processo cautelar	ação de natureza constitucional, civil (Hely), mandamental nat. cautelar contra decisão judicial * efetividade
<b>Cabimento</b>	3 espécies (G. Lacerda) * em ação rescisória (art. 489 do CPC)  * para efeito suspensivo nos recursos	hipóteses de antecipação: assecuratória ou punitiva (Teori) – art. 273, I e II, do CPC; e na incontroversia (§ 6º do art. 273)	art. 5º, Lei nº 1.533/51 – ato de autoridade proteção de direito líquido e certo * direito ao devido proc. legal na fase recursal

	Ação cautelar	Tutela antecipada	Mandado de segurança
<b>Competência</b>	art. 800, CPC <i>caput</i> – juízo da causa par. ún. – tribunal art. 68, LC 35/79	a) juiz – inexistindo recur- so b) tribunal (relator) – in- terposto o recurso	art. 678, I, “b”, “3”, CLT – competência funcional juízo de 1º grau – ato não-judicial
<b>Requisitos ou pressupostos</b>	plausibilidade do direito e perigo de dano ao direito – à prova ou à execução probabilidade dos fatos	verossimilhança e prova inequívoca – juízo de maior certeza acerca dos fatos	direito líquido e certo (Hely) objeto restrito (Teori) * e interposição do recur- so – S. 268, STF (Teori)
<b>Prova</b>	do fato que causa perigo de dano ao direito à cautela * just. prévia – art. 804, CPC	prova inequívoca, robusta do fato que causa perigo de dano irrepá- rável ao direito	pré-constituída – docu- mental – do fato constitutivo do direito (Hely) e de sua violação
<b>Procedimento</b>	cautelar, em ação autôno- ma * art. 273, § 7º, CPC	próprio, no proc. de conhe- cimento – art. 273, CPC; pedido, defesa, decisão	sumário e especial – Lei nº 1.533/51: 10 dias p/ in- formações, 5 dias p/ o M. P.; 5 dias p/ sentença
<b>Liminar (ante- cipação provisó- ria do prov. defi- nitivo)</b>	cautelar – cognição su- mária; caráter temporário	satisfativa – cognição sumária; caráter provisó- rio (dirigente sindical, transferência)	antecipação de tutela – cassação ou suspensão do ato (art. 7º, II, Lei nº 1.533/51)
<b>Momento processual</b>	até o fim do proc. principal; p/ se obter efeito suspen- sivo em RE, RESP, RR, RO e apelação (cautelar ino- minada)	I – desde o ajuizamento; II e § 6º – desde a resposta * na sentença, na fase recursal, na execução	art. 18, Lei nº 1.533/51 – 120 dias; O. J. 127 da SDI-II do TST
<b>Decisão de mérito</b>	cognição aprofundada sobre a situação de peri- go e a necessidade de se assegurar o resultado do proc. principal	cognição sumária – para antecipação da efi- cácia social, no plano dos fatos (Teori)	cognição exauriente decisão de nat. manda- mental – ordem p/ que a autoridade coatora ces- se a ilegalidade
<b>Recursos</b>	da sentença – apelação ou RO; da liminar – AI ou mandado de segurança (que não é recurso); no TRT – agravo regimental	agravo de instrumento; no proc. do trab. – man- dado de segurança * apelações só c/ efeito devol. (art. 520, VII, CPC) – AI	apelação – art. 12, Lei nº 1.533/51; proc. trab. – RO; da liminar AI – art. 524, CPC (no proc. civil); no TRT – agravo regimental
<b>Coisa julgada</b>	formal (salvo nos casos do art. 808, par. único, e do art. 810 do CPC)	não – revogação a qual- quer tempo – art. 273, § 4º, CPC * eficácia imediata e <i>extunc</i> * S. 405 do STF	material – se decidido o mérito (existência ou não do d.); S. 304, STF; for- mal – carência, extinção do proc. <i>si</i> julg. mérito, não haver prova do d.
<b>Execução ou cumprimento</b>	conhecimento e execução nos mesmos autos, sem necessidade de outra ação, ex.: arresto, busca e apreensão	antecipação dos efeitos executivos: nos próprios autos (fazer, não fazer, perigo de dano, entrega de coisa); exceção: em autos suplementares (obrigação de pagar e tu- multo processual)	imediata, específica ou <i>in natura</i> – cumprimen- to da ordem (Hely); execução provisória, sem carta de sentença * na remessa de ofício

## BIBLIOGRAFIA

- BUENO, Cassio Scarpinella. *Mandado de segurança: comentários às Leis n. 1.533/51, 4.348/64 e 5.021/66 e outros estudos sobre mandado de segurança*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- DINAMARCO, Cândido Rangel *et al.* *Teoria geral do processo*. 10ª ed. rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 1994.
- \_\_\_\_\_. *Instituições de direito processual civil*. vol. I e III, 4ª ed. rev., atual. e com remissões ao Código Civil de 2002, São Paulo: Malheiros, 2004.
- \_\_\_\_\_. *A reforma da reforma*. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002.
- LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Mandado de segurança no processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 1999.
- LOBO, Luiz Felipe Bruno. *A antecipação dos efeitos da tutela de conhecimento no direito processual civil e do trabalho*. São Paulo: LTr, 2000.
- LOJO, Mário Vitor Suarez. *Plenitude da Justiça do Trabalho*. Revista LTr, São Paulo, ano 69, nº 01, jan. 2005, p. 93-105.
- MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Direito processual do trabalho: efetividade, acesso à justiça e procedimento oral*. São Paulo: LTr, 1998.
- MARTINS, Sergio Pinto. *Direito processual do trabalho: doutrina e prática forense; modelos de petições, recursos, sentenças e outros*. 17ª ed., São Paulo: Atlas, 2002.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, "habeas data"*. 15ª ed. atual. por Arnaldo Wald, São Paulo: Malheiros, 1994.
- OLIVA, José Roberto Dantas. *Tutela de urgência no processo do trabalho*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.
- PAULA, Paulo Afonso Garrido de. *Código de processo civil interpretado*. Antonio Carlos Marcato, coordenador. São Paulo: Atlas, 2004.
- RUSSOMANO, Mozart Victor. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. Vol. IV, 4ª ed., Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1957.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. *A ação cautelar inominada no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1992.
- TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *As ações cautelares no processo do trabalho*. 3ª ed., São Paulo: LTr, 1993.
- WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2ª ed., Campinas: Bookseller, 2000.
- ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 3ª ed. rev. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2000.

# A ESTABILIDADE DA EMPREGADA GESTANTE E O ABUSO DO DIREITO\*

KÁTIA LIRIAM PASQUINI BRAIANI\*\*

**Resumo:** Este trabalho enfoca a questão referente à existência ou não do abuso do direito da empregada detentora de estabilidade gestacional que, dispensada de forma arbitrária ou sem justa causa, ajuíza reclamação trabalhista após o nascimento da criança, mas dentro do prazo prescricional, postulando indenização correspondente ao período de estabilidade. Analisa as duas correntes doutrinárias e jurisprudenciais existentes - a que nega o direito à indenização, entendendo que a empregada age com abuso do direito; e aquela que, ao contrário, confere o direito -, concluindo que a mais acertada é esta última, especialmente em razão da situação peculiar que atravessa a gestante no período da gravidez.

**Sumário:** 1 Introdução; 2 Da estabilidade; 2.1 A estabilidade da empregada gestante; 2.2 A finalidade da garantia; 2.3 O período de estabilidade e o significado do vocábulo "confirmação"; 2.4 As teorias - subjetiva e objetiva - acerca do direito à estabilidade; 2.5 A garantia assegurada à empregada estável dispensada de forma arbitrária ou sem justa causa; 2.6 O prazo para a empregada dispensada ajuizar reclamação trabalhista; 3 Do abuso do direito; 3.1 Breves noções acerca da teoria do abuso do direito; 3.2 Finalidade do instituto; 3.3 Legislação brasileira sobre da matéria; 3.4 Diferenciação entre ato ilícito e ato abusivo; 3.5 Compatibilidade do instituto do abuso do direito com o Direito do Trabalho; 4 Inaplicabilidade da teoria do abuso do direito à empregada detentora de estabilidade gestacional que, dispensada de forma arbitrária ou sem justa causa, ingressa com a reclamação trabalhista após o término do período de estabilidade; 5 Considerações finais

**Palavras-chave:** Estabilidade. Gestante. Abuso do Direito.

\* Trabalho realizado no Curso de Pós-Graduação "Lato Sensu" em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho.

\*\* Juíza do Trabalho Substituta do TRT da 15ª Região.

# 1 INTRODUÇÃO

Como a questão estudada vem sendo analisada sob a ótica da teoria do abuso do direito, primeiramente tecemos algumas considerações acerca da estabilidade; em seguida enfocamos a teoria do abuso do direito e, ao final, estabelecemos uma conexão entre os dois institutos.

A escolha do tema deu-se porque, muitas vezes nos deparamos com casos em que, a nosso ver, faz-se verdadeira injustiça ao não se conceder o direito à indenização do período de estabilidade à empregada gestante em razão de ter ela ingressado com a reclamação trabalhista após o término do prazo da estabilidade, sem levar em consideração a situação pessoal da mesma, mormente o período difícil que atravessa.

## 2 DA ESTABILIDADE

A par da distinção doutrinária acerca da estabilidade e da garantia no emprego (ou "ao" emprego), para o fim a que se destina este trabalho, o importante é sabermos que o instituto é uma limitação ao poder potestativo do empregador de dispensar a empregada de forma arbitrária ou sem justa causa.

Detentora de estabilidade, a empregada tem o direito à manutenção do emprego, exceto se praticar atos que importem no reconhecimento de justa causa ou quando ocorrer o encerramento das atividades do empregador. Neste último caso, pela impossibilidade material.

### 2.1 A Estabilidade da empregada gestante

A estabilidade à empregada gestante foi conferida legalmente, pela primeira vez,

na Constituição Federal de 1988, através do artigo 10, inciso II, alínea "b", do Ato das Disposições Transitórias. Até então, tal direito vinha sendo garantido por meio de normas coletivas.

O dispositivo legal citado estabelece que até que seja promulgada lei complementar a que se refere o artigo 7º, inciso I, da Constituição Federal, fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

### 2.2 A finalidade da garantia

A gravidez é uma fase que provoca profundas modificações na mulher. Modificações de ordem física e psicológica. No período gestacional a mulher fica mais sensível, mais vulnerável, sujeita a variações constantes de humor. Podem surgir nela dúvidas, medos, fantasias. Afinal, ela é diretamente responsável por uma nova vida. A situação é às vezes tão difícil que a mulher pode sofrer de depressão pós-parto, chegando mesmo a rejeitar o recém-nascido.

*"A gravidez é uma fase que provoca profundas modificações na mulher. Modificações de ordem física e psicológica. No período gestacional a mulher fica mais sensível, mais vulnerável, sujeita a variações constantes de humor. Podem surgir nela dúvidas, medos, fantasias. Afinal, ela é diretamente responsável por uma nova vida. A situação é às vezes tão difícil que a mulher pode sofrer de depressão pós-parto, chegando mesmo a rejeitar o recém-nascido."*

Por outro lado, está comprovado que as situações vivenciadas pela gestante provocam interferências no nascituro, motivo pelo qual, quanto mais tranquila a gestação, melhor para a criança. A saúde (física e mental) do futuro bebê está diretamente ligada à situação vivenciada pela mãe durante toda a gravidez.

Assim, a estabilidade conferida à empregada gestante tem por objetivo proteger a maternidade, assegurando o bem-estar da futura mãe e, por consequência, do nascituro e do infante.

Nas palavras de Nei Frederico Cano Martins (1995, p. 84):

A estabilidade da gestante tem em mira, principalmente facultar à mãe manter-se junto à criança nos primeiros dias de sua existência. Com isto, objetiva-se preservar a instituição da maternidade e, por via de consequência, assegurar a própria estabilidade da família, núcleo da sociedade.

Francisco Antonio de Oliveira (1997, p. 614) salienta que:

O intuito protecionista da gestante resta inviduoso, inclusive, no caput do art. 6º da Constituição Federal, onde se pontifica que a proteção à infância "são direitos sociais".

Não se relegue ao obívio que a proteção é direcionada à maternidade e à infância. Vale dizer: o intuito protecionista é direcionado para a mãe e para a criança que vai nascer. O nascimento de uma criança é fato por demais importante para ficar na dependência do poder potestativo do empregador.

### 2.3 O período de estabilidade e o significado do vocábulo "confirmação"

A gravidez tem início com a concepção. A norma constitucional, contudo, confere estabilidade à empregada gestante apenas com a "confirmação" da gravidez.

A palavra "confirmação" significa "ato ou efeito de confirmar; segurança expressa e nova que torna uma coisa certa; ratificação" (HOUAISS, 1980, p. 217).

Dessa forma, diversamente do professor Nei Frederico Cano Martins (1999), entendemos que a estabilidade da gestante não coincide com a concepção, não sendo nula a dispensa caso a gravidez ainda não tenha sido confirmada pela empregada, já que, nesse caso, o ato do empregador não pode ser visto como obstativo à aquisição da estabilidade pela empregada.

O término da estabilidade, por sua vez, ocorre cinco meses após o parto. Assim, o

período de estabilidade vai da data da confirmação da gravidez pela empregada até cinco meses após o nascimento da criança.

### 2.4 As teorias – subjetiva e objetiva – acerca do direito à estabilidade

Questão que foi muito discutida diz respeito à necessidade ou não da ciência do empregador, acerca da gravidez da empregada, para aquisição do direito. Para solucioná-la surgiram duas teorias: a objetiva e a subjetiva.

Os adeptos da teoria subjetiva entendem ser necessária a ciência do empregador acerca da gravidez da obreira para que ela adquira a estabilidade.

Aqueles que adotam a teoria objetiva, por sua vez, dizem ser desnecessária a ciência do empregador acerca do estado gravídico da empregada, bastando que esta o confirme, ao menos para si.

Atualmente já se encontra praticamente pacificada a teoria objetiva, sendo esta adotada pelo Egrégio Tribunal Superior do Trabalho, conforme se depreende do item I, da Súmula nº 244, *in verbis*: "O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade. (art. 10, II, "b" do ADCT)."

Adota, também, a tese objetiva, o Colendo Supremo Tribunal Federal, conforme se pode verificar em acórdão da lavra do Ministro Celso de Mello (BRASIL, 2004, *on line*), cuja ementa transcreve-se a seguir:

EMPREGADA GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA (ADCT, ART. 10, II, "b"). PROTEÇÃO À MATERNIDADE E AO NASCITURO. DESNECESSIDADE DE PRÉVIA COMUNICAÇÃO DO ESTADO DE GRAVIDEZ AO EMPREGADOR. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. - A empregada gestante tem direito subjetivo à estabilidade provisória prevista no art. 10, II, "b", do ADCT/88, bastando, para efeito de acesso a essa

interrogável garantia social de índole constitucional, a confirmação objetiva do estado fisiológico de gravidez, independentemente, quanto a este, de sua prévia comunicação ao empregador, revelando-se frita, de outro lado e sob tal aspecto, a exigência de notificação à empresa, mesmo quando pactuada em sede de negociação coletiva (STF-AI 448572/SP – DJ 22/03/2004, p. 00053).

Assim, ainda que o empregador não saiba que a empregada está grávida quando a dispensa, tal fato não afasta a aquisição do direito por aquela, que, entretanto, deverá comprovar, por qualquer meio legítimo, que à época da dispensa já havia “confirmado” seu estado gestacional.

### 2.5 A garantia assegurada à empregada estável dispensada de forma arbitrária ou sem justa causa

Não há dúvida que o constituinte assegurou à empregada gestante o direito ao emprego, já que vedou sua dispensa. Assim, em caso de dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada no curso do período de estabilidade, a consequência é a declaração de nulidade do rompimento do contrato pelo Poder Judiciário e, via de regra, a determinação de sua reintegração no emprego até o término do período de estabilidade.

Contudo, conforme estabelecido inclusive no artigo 496, da Consolidação das Leis do Trabalho, dependendo da situação peculiar do caso concreto, o Juiz poderá, se entender desaconselhável a reintegração da empregada, convertê-la em obrigação de indenizar.

Sobre a matéria, dando nova redação ao antigo Enunciado nº 244, no item II da agora Súmula de mesmo número, a mais alta Corte Trabalhista pronunciou-se no

seguinte sentido: “A garantia de emprego à gestante só autoriza a reintegração se esta se der durante o período de estabilidade. Do contrário, a garantia restringe-se aos salários e demais direitos correspondentes ao período de estabilidade.”

### 2.6 O prazo para a empregada dispensada ajuizar reclamação trabalhista

No artigo 7º, inciso XXIX, da Constituição Federal, está estabelecido que é um direito dos trabalhadores urbanos e rurais ajuizar a reclamação trabalhista no prazo de até de dois anos após a extinção do contrato de trabalho.

## 3 DO ABUSO DO DIREITO

A matéria é delicada e já gerou muita polêmica no mundo jurídico. Atualmente a questão encontra-se razoavelmente pacificada, subsistindo algumas divergências apenas com relação ao critério de sua aplicabilidade, como veremos a seguir.

Até mesmo sobre a terminologia existem controvérsias. A maioria dos doutrinadores, sem maiores discussões, adota o termo “abuso do direito” (v.g. Silvío Rodrigues, 1989; Alvíno Lima, 1999; Carlos Roberto Gonçalves, 2005). Outros utilizam a expressão “abuso de direito” (v.g. Maria Helena Diniz, 1994).

Encontramos, porém, Lúcio Flávio de Vasconcellos Naves (1999), que em seu estudo acerca da matéria, defendeu ser mais adequado o termo “abuso no exercício do direito”, sob o argumento de que o direito é um só, sendo que o que o transforma em abusivo é o exercício (o uso) irregular pelo seu titular. Referido autor afirmou que “para a maior parte dos doutrinadores, o direito subjetivo é ‘um poder de ação que está à disposição de seu titular’ e que, na verdade,

*“No artigo 7º, inciso XXIX, da Constituição Federal, está estabelecido que é um direito dos trabalhadores urbanos e rurais ajuizar a reclamação trabalhista no prazo de até de dois anos após a extinção do contrato de trabalho.”*

'não depende do exercício' " (ob. cit., p. 98), *concluindo, em seguida, que: "E, por isso mesmo, não podemos compreender a razão pela qual o simples 'exercício' abusivo deva necessariamente ferir a 'essência' do direito reconhecido, 'desnaturando-o'"* (ob. cit., p. 99). Mais à frente destacou que o uso exorbitante de um direito transforma-o (esse mesmo direito) em abusivo.

Neste trabalho utilizaremos a expressão "abuso do direito", que é a usualmente utilizada por nossos doutrinadores.

### 3.1 Breves noções acerca da teoria do abuso do direito

Inicialmente, convém destacar que, no passado, houve quem não admitisse a idéia da existência da teoria do abuso do direito, sob o fundamento de que existe uma antítese lógica, já que um ato não pode, ao mesmo tempo, ser conforme e contrário ao direito.

O maior opositor da teoria do abuso do direito, segundo a doutrina consultada, foi Planiol, para quem, conforme SAVATIER *apud* Sílvia Rodrigues (1989, p. 51-52), "a expressão abuso de direito é imprópria, pois o direito cessa onde o abuso começa. Se alguém usa seu direito, seu ato é lícito; será ilícito se o direito é ultrapassado, pois, então a pessoa está agindo sem direito".

Atualmente, já não encontramos mais tal oposição, subsistindo, entretanto, divergência doutrinária quanto ao caráter autônomo da teoria do abuso do direito, já que alguns negam sua autonomia, enquadrando-a como uma espécie de ato ilícito, situada, pois, no campo da responsabilidade civil, enquanto outros atribuem a ela caráter autônomo, desvinculando-a da seara da responsabilidade civil.

Para os adeptos da primeira corrente, a questão referente ao abuso do direito deve ser resolvida exclusivamente com aplicação da teoria da culpa (presença do elemento intencional do agente). Segundo o professor Sílvia Rodrigues (1989, p. 52) "o ato só seria abusivo quando inspirasse a mera intenção de prejudicar a terceiro ou fosse exercido sem qualquer interesse por seu autor". Dentre os adeptos desta corrente,

encontramos, dentre outros, Rui Stocco (2002, p. 71) que assim se posicionou, ainda no período de *vacatio legis* do atual Código Civil: "Ora, se grande parte dos autores pátrios afirma que o abuso do direito encontra sustentação, ainda que *a contrario sensu*, no artigo 160, I, do Código Civil de 1916, em vigor, não há como afastar a concepção subjetiva por ele abraçada, sob pena de incoerência lógica".

Para os que perfilham a segunda corrente, a teoria do abuso do direito possui autonomia, constituindo uma responsabilidade especial. Os partidários desse critério objetivo – ou finalista – preconizam que ocorrerá o abuso do direito quando o mesmo for exercido de forma contrária aos seus fins sociais e econômicos. O precursor desta corrente, e também seu incansável defensor, foi o francês Louis Josseland, que a embasou na regra da relatividade dos direitos, sustentando que os direitos individuais não são absolutos, encontrando limites éticos. Sílvia Rodrigues (1989, p. 54) retrata o pensamento do referido autor:

Haverá abuso de direito, segundo esse autor, quando o seu titular o utiliza em desacordo com a finalidade social para a qual os direitos subjetivos foram concedidos. Pois, a seu ver, os direitos foram conferidos ao homem para serem usados de forma que se acomode ao interesse coletivo, obedecendo à sua finalidade, segundo o espírito da instituição.

Prevalece na doutrina atual o critério objetivo, destacando, com propriedade, Alvinio Lima (1999, p. 257):

O maior prejuízo social constitui, pois, o critério fixador do ato abusivo de um direito. Daí se poder concluir que a culpa não reside, no caso do abuso do direito causando dano a terceiro, num erro de conduta imputável moralmente ao agente, mas no exercício de um direito causador de um dano socialmente mais apreciável. A responsabilidade surge justamente porque a proteção do exercício deste direito é menos útil socialmente do que a reparação do dano causado pelo titular deste mesmo direito.

### 3.2 Finalidade do instituto

De acordo também com Alvino Lima (1999, p. 205-206), citando H. de Page:

A teoria do abuso de direito veio, pois, alargar o âmbito das nossas responsabilidades, cerceando o exercício dos nossos direitos subjetivos, no desejo de satisfazer melhor o equilíbrio social e delimitar, tanto quanto possível, a ação nefasta e deletéria do egoísmo humano. Como corretivo indispensável ao exercício do direito, ela veio limitar o poder dos indivíduos, mesmo investidos de direitos reconhecidos pela lei, conciliando estes direitos com os da coletividade.

Louis Josserand (1999, p. 26-27), o precursor da teoria, assim se pronunciou:

Toda esta teoría del abuso de los derechos es el triunfo de la moral, que merced a aquella, penetra el derecho en toda su extensión. Gracias a esa teoría, el derecho se realiza moralmente; cumple su misión, que es asegurar el reinado de la justicia, no el de la injusticia y la inmoralidad [...].

### 3.3 Legislação brasileira sobre a matéria

Na vigência do Código Civil de 1916 não havia norma específica acerca da matéria atinente ao abuso do direito. O artigo 160, inciso I, inserido no Título que tratava "Dos Atos Ilícitos", estabelecia que: "não constituem atos ilícitos: I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido". A *contrario sensu*, a doutrina dizia que os atos praticados no exercício irregular de um direito constituíam atos abusivos.

Idêntica redação foi mantida no artigo 188, inciso I, do atual Código Civil, que, após estabelecer, também no Título "Dos Atos Ilícitos", em seu artigo 186, que "aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito", acrescentou, tratando expressamente do abuso do direito, em seu artigo 187, que "também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao

exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes".

Dessa forma, embora inserido no Título "Dos Atos Ilícitos", parece-nos que o Código Civil adotou a corrente da teoria autônoma do abuso do direito, já que no artigo 186 tratou da responsabilidade pela prática do ato ilícito utilizando o critério da culpa, para em seguida estabelecer que "também" comete ato ilícito, ou seja, mesmo sem o elemento intencional; deixando assente que o ato praticado dentro dos contornos da lei, mas contrário ao seu fim econômico, social, à boa-fé e aos bons costumes, deve ser reprimido, constituindo, portanto, ato abusivo. Bom lembrarmos, ainda, que o novo Código Civil privilegiou o princípio da boa-fé objetiva (vide artigos 113, 187 e 422, especificamente).

Aliás, o artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil (Lei nº 4.657, de 04.09.1942) preceitua que "na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum", o que, segundo Sílvio Rodrigues (1999), indica que o legislador brasileiro distanciou-se da teoria subjetiva, adotando o critério objetivo do abuso do direito.

### 3.4 Diferenciação entre ato ilícito e ato abusivo

Do que foi escrito até o momento e partindo do conteúdo do inciso I, parte final, do artigo 188 do Código Civil, interpretado a *contrario sensu*, pode-se dizer que o ato abusivo é aquele exercido de forma irregular. Mas o que pode ser entendido como "irregular"? Ou, até onde vai o contorno da "regularidade"?

O ato abusivo, sem dúvida, diferencia-se do ato ilícito propriamente dito. Este viola os limites objetivos traçados pela lei, enquanto aquele, embora praticado dentro dos contornos definidos como legais, distanca-se da finalidade da lei.

O jurista Alvino Lima (1999, p. 205), acerca da distinção mencionada, afirmou que:

Distinguem-se, pois, as esferas do ato ilícito e do abusivo, ambos geradores de responsabilidade; naquele transgridem-se os limites objetivos tra-

cados pela própria lei, negando-se ou excedendo-se ao direito; no ato abusivo há obediência apenas dos limites objetivos do preceito legal, mas fere-se ostensivamente a destinação do direito e o espírito da instituição.

Enfim, o ato praticado dentro dos contornos da regularidade (ou não abusivo) é aquele que atende aos fins econômicos e sociais da própria lei, sendo exercido com observância dos princípios da boa-fé e dos bons costumes.

O ato abusivo, ao contrário, é aquele exercido de maneira contrária aos fins econômicos e sociais a que se destina a lei, violando o princípio da boa-fé e dos bons costumes.

### **3.5 Compatibilidade do instituto do abuso do direito com o Direito do Trabalho**

Estabelece o parágrafo único do artigo 8º, da Consolidação das Leis do Trabalho, que "o direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste".

Por outro lado, o princípio basilar do Direito do Trabalho é o Princípio da Proteção, que tem a finalidade de compensar a desigualdade jurídica que impera entre os contratantes (empregador e empregado), protegendo a parte economicamente mais fraca – o empregado –, com o objetivo de assegurar uma igualdade real entre ambos.

Tal princípio não impede a aplicação da teoria do abuso do direito no Direito do Trabalho, não sendo, pois, com ele incompatíveis os dispositivos legais civis citados anteriormente (artigos 187 e 188 do C.C.).

### **4 INAPLICABILIDADE DA TEORIA DO ABUSO DO DIREITO À EMPREGADA DETENTORA DE ESTABILIDADE GESTACIONAL QUE, DISPENSADA DE FORMA ARBITRÁRIA OU SEM JUSTA CAUSA, INGRESSA COM A RECLAMAÇÃO TRABALHISTA APÓS O TÉRMINO DO PERÍODO DE ESTABILIDADE**

Inicialmente, convém lembrarmos que, consoante já dito anteriormente, o Colendo Tribunal Superior do Trabalho já

pacificou o entendimento, através da Súmula nº 244, item II, de que a garantia de emprego à empregada gestante só autoriza sua reintegração se esta se der durante o período de estabilidade, sendo que, se já transcorrido este, a garantia restringe-se aos salários e demais direitos correspondentes ao período. Dessa forma, se ajuizada a ação ou proferida a sentença após o término do período de estabilidade, não será a empregada reintegrada no emprego.

A doutrina e jurisprudência encontram-se divididas acerca do tema sob análise. Alguns sustentam que, ingressando com a ação após o término do período de estabilidade, a empregada impossibilita o empregador de reintegrá-la e, portanto, comete ato abusivo, motivo pelo qual não faz jus à indenização do período de estabilidade.

Adota tal posição Sérgio Pinto Martins (2001, p. 368/369), que assim se manifesta:

Entretanto, passados alguns meses após a dispensa e pedindo a empregada reintegração, entendo que deve ser desconsiderado o período que vai da dispensa até a data do ajuizamento da ação, em razão da inércia da empregada na sua proposição e de ter direito ao emprego e não a receber sem trabalhar. No caso de a empregada deixar terminar o período de garantia de emprego e só depois ajuizar a ação, penso que não faz jus nem a reintegração, muito menos a indenização, pois o seu ato impediu o empregador de reintegrá-la no emprego, mostrando seu desinteresse em voltar a trabalhar na empresa. O direito previsto na Constituição é ao emprego e não à indenização.

Nesse mesmo sentido, também são vários os julgados do Colendo Tribunal Superior do Trabalho, citando, para não nos alongarmos, apenas um, da lavra do Juiz Convocado Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira:

**GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. INDENIZAÇÃO. DEMORA NO AJUIZAMENTO DA AÇÃO. ABUSO DE**

**DIREITO. EFEITOS.** Quanto aos direitos decorrentes da gestação, as obrigações do empregador, firmadas sob responsabilidade objetiva, têm gênese com a concepção, ao tempo em que perdurava a relação de emprego, independentemente de seu conhecimento e, até mesmo, de ciência da obreira. As normas constitucionais (art. 7º, XVIII; ADCT, art. 10, II, b) buscam resguardar os direitos do nascituro. Esta é a inteligência da O.J. 88/SDI desta Corte. No entanto, a demora injustificada na propositura da ação traduz abuso de direito, fazendo jus a ex-empregada somente aos salários do período restante da estabilidade, contados a partir da data da citação do empregador. Precedente. Recurso de revista desprovido (TST-RR-463.953/98.0, 2ª Turma, Rel. Juiz Convocado Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, DJ – 10/08/2001).

Há, contudo, entendimento contrário, ou seja, de que a empregada faz jus à indenização correspondente ao período de estabilidade mesmo que ajuíze a ação após o nascimento da criança ou término do período de estabilidade. Nesse sentido, confira-se a ementa do acórdão da lavra da Juíza Convocada Maria de Lourdes Sallaberry, in verbis:

**RECURSO DE REVISTA. GARANTIA DE EMPREGO. GESTANTE. CONFIRMAÇÃO DA GRAVIDEZ. ABUSO DE DIREITO INEXISTENTE.** A vedação de dispensa arbitrária ou sem justa causa de empregada gestante prevista no artigo 10, II, b, do ADCT da Constituição Federal impõe ao empregador uma obrigação de não fazer. Praticado o ato, pode a empregada dele exigir que o desfaza, sob pena de se desfazer à sua custa, ressarcindo o culpado perdas e danos (art. 883 c/c art. 1056, ambos do Código Civil). Ainda que tenha a autora ingressado com a presente reclamação, denunciando o

estado gravídico, dois meses após o parto e nove meses após a dispensa, encontrava-se ela já com dois meses de gravidez, quando da rescisão contratual o que, aliado ao fato de que efetivada a rescisão sem qualquer assistência do sindicato, descaracteriza qualquer abuso de direito e autoriza a aplicação do entendimento jurisprudencial cristalizado nas Orientações Jurisprudenciais nºs 88 e 116 da SBDI-1/TST. Recurso de Revista conhecido e provido. (TST-RR-439.208/98.3, 1ª Turma, Rel. Juíza Convocada Maria de Lourdes Sallaberry, DJ – 21/02/2003).

A nossa opinião é de que o fato da empregada ajuizar a ação após o término do período de estabilidade não lhe retira o direito à indenização.

Para extrairmos tal conclusão, primeiramente lembremos que, dispensada de forma arbitrária ou sem justa causa e sendo detentora de estabilidade, o ato da dispensa praticado pelo empregador é ilegal, fere, pois, os limites objetivos da lei (artigo 10, inciso II, "b", do ADCT).

Tal situação confere à empregada o direito de ajuizar ação postulando a declaração de nulidade do ato praticado. Para o exercício do direito da ação, conforme já dito, a empregada tem o prazo de até dois anos após o término do contrato de trabalho (artigo 7º, inciso XXIX, da CF). Dessa forma, se a empregada ajuizar a ação trabalhista postulando a nulidade da dispensa e a sua reintegração no emprego ou a indenização correspondente ao período de estabilidade já escoado, sua atitude estará acobertada pela legalidade objetiva.

É certo que, conforme dito anteriormente, o ato praticado com abuso do direito é um ato que, embora praticado dentro dos contornos legais da norma objetiva, viola sua finalidade econômica ou social, o princípio da boa-fé ou os bons costumes. Assim, há que se perquirir, então, se o ajuizamento da ação pela empregada, quando já decorrido

o prazo de estabilidade, é contrário à finalidade econômica ou social da norma que a instituiu ou afronta o princípio da boa-fé ou os bons costumes.

Para a resposta, não obstante a consequência lógica da nulidade da dispensa seja a reintegração no emprego e, nesse caso, tal não será possível, convém lembrarmos, também, que a finalidade da norma que assegura a estabilidade da gestante é a proteção à maternidade e ao nascituro, sendo que a referida proteção não se exaure simplesmente com o nascimento da criança, mas ao contrário, perdura ainda durante algum tempo, de modo que a empregada não estará agindo de forma contrária aos fins econômicos e sociais da norma se ajuizar ação após o término do período de estabilidade.

Importante lembrarmos, ainda, que, nesta fase, a gestante – ou mãe, após o parto – passa por uma situação peculiar de instabilidade emocional, devendo tal fato ser levado em consideração para a análise da prática de seus atos, de modo que não se pode considerar que, ajuizando a ação após o término do período de estabilidade, a empregada agiu de má-fé, já que a boa-fé é presumível.

Assim, concluímos que, como regra, o ingresso da ação pela empregada portadora de estabilidade gestacional após o nascimento da criança não constitui exercício abusivo de seu direito subjetivo e, portanto, embora não lhe garanta o direito à reintegração no emprego, não lhe retira o direito à indenização correspondente ao período de estabilidade.

Pensarmos de forma diferente, e conforme o entendimento citado, do professor Sérgio Pinto Martins (2001), que diz que deve ser desconsiderado o período que vai da dispensa até a data do ajuizamento da

ação, com o devido respeito, é impor à gestante um ônus extremamente elevado e injusto, já que para ter assegurado o direito à integral indenização a mesma deverá ajuizar a ação no dia seguinte ao da sua dispensa. Tal critério foge aos limites da razoabilidade.

Aliás, se através de acórdão relatado pelo Ministro Ives Gandra Martins Filho, cuja ementa transcreve-se a seguir, foi reconhecida pela 4ª Turma do C. TST, a inexistência de abuso do direito por parte de ex-empregado detentor de estabilidade prevista na alínea "a", do inciso II, do artigo 10, do ADCT

(membro da CIPA), que ajuizou ação após o término do período de estabilidade, com muito mais razão deve ser reconhecida a ausência de abuso do direito por parte da empregada gestante. Confira-se:

*"...que a finalidade da norma que assegura a estabilidade da gestante é a proteção à maternidade e ao nascituro, sendo que a referida proteção não se exaure simplesmente com o nascimento da criança, mas ao contrário, perdura ainda durante algum tempo, de modo que a empregada não estará agindo de forma contrária aos fins econômicos e sociais da norma se ajuizar ação após o término do período de estabilidade."*

**RECURSO DE RE-VISTA – AÇÃO AJUIZADA APÓS O PERÍODO ESTABILITÁRIO E ANTES DO TRANSCURSO DO PRAZO DE DOIS ANOS DA RUPTURA CONTRATUAL ASSEGURADOS OS DIREITOS ÀS PARCELAS**

**CORRESPONDENTES AO PERÍODO ESTABILITÁRIO.**

1. O art. 10, II, "a", do ADCT garante a estabilidade provisória ao empregado eleito para cargo de direção das comissões internas de prevenção de acidentes, contra despedida arbitrária ou sem justa causa, desde o registro da candidatura até um ano após o final de seu mandato.

2. Já o art. 7º, XXIX, da Constituição Federal prevê que o empregado deve ajuizar a ação até dois anos após a ruptura contratual, sob pena de ocorrer o instituto da prescrição.

3. Assim, se o Reclamante foi ilegalmente demitido e ajuizou a ação antes de fluído o prazo de dois anos da ruptura contratual, não há como lhe negar o direito à reintegração, se a dispensa ocorrer antes do término do período estável, ou a uma indenização correspondente, se o provimento jurisdicional se der após o período estável.

4. Não tem prevalecido nesta Corte o entendimento de que, se o Reclamante demora em ajuizar a ação, age com abuso de direito ou com má-fé e que, portanto, perde o direito decorrente da estabilidade, na medida em que se estaria criando novo prazo prescricional, em afronta ao disposto no art. 7º, XXIX, da Constituição Federal.

Recurso de revista do Reclamante parcialmente conhecido é provido. (TST-RR-755.775/2001.7, 4ª Turma, Rel. Ministro Ives Gandra Martins Filho, DJ - 28/05/2004). (grifos nossos).

Achamos conveniente deixar consignado que, em um primeiro momento e sem muito nos aprofundarmos no estudo da matéria, chegamos a pensar que, se o empregador não tivesse ciência do estado gravídico da empregada quando a dispensou, embora ilegal a dispensa sob a ótica da teoria subjetiva, o ajuizamento da ação pela empregada após o término do período de estabilidade deveria ser considerado abusivo.

Contudo, melhor refletindo, chegamos à conclusão de que o fato de o empregador ter ciência ou não da gravidez da empregada quando a dispensa é indiferente para considerarmos o ato por ela praticado como abusivo ou não, uma vez, que o abuso do direito deve ser analisado em relação ao ato praticado pela empregada, e não pelo empregador.

Adotando-se a teoria subjetiva, ciente ou não da gravidez da empregada, ao dispensá-la sem justa causa o empregador

comete ato ilícito, passível de reparação (reintegração ou indenização). Por outro lado, quem age ou não com abuso do direito é a empregada, sendo, portanto, indiferente o fato de o empregador saber ou não que a mesma estava grávida quando a dispensou.

O direito é um só para a empregada cujo empregador conhecia a gravidez ou não, e sua finalidade também é única (proteção à maternidade e ao nascituro).

Apenas para deixar consignado, porque a situação é bastante diferente, se a empregada, intencionalmente, omite seu estado gravídico do empregador, com o objetivo de, futuramente, obter vantagem pecuniária sem a contraprestação do trabalho, esse ato praticado pela empregada é ilícito, enquadrando-se nas disposições do artigo 187 do Código Civil, e deve, por óbvio, ser reprimido ao ponto de, não apenas retirar-lhe o direito à reintegração e/ou indenização, mas também de impor-lhe a condenação pela má-fé utilizada para conseguir vantagem ilícita.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho não tem qualquer intenção de encerrar a discussão acerca do tema, mas apenas levantar o debate nos operadores do direito, evitando-se que a teoria que surgiu para evitar injustiças seja utilizada justamente para o cometimento delas.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em:

<<http://gemini.stf.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=DESP&n=>>. Acesso em: 20 set. 2005.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em: <<http://www.tst.gov.br/basesjuridicas/>>. Acesso em: 22 set. 2005.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994, v. 7.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

HOUAISS, Antonio. *Pequeno Dicionário enciclopédico* Koogam Larousse. Rio de Janeiro: Larousse do Brasil, 1980.

JOSSERAND, Louis. *Del Abuso de Los Derechos Y Otros Ensayos. Monografias Jurídicas* 24. Santa Fe de Bogotá – Colômbia: EDITORIAL TEMIS S.A., 1999.

LIMA, Alvino. *Culpa e Risco*. RT Clássicos, 2ª ed., rev. e atual. pelo Prof. Ovídio Rocha Barros Sandoval, 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARTINS, Nei Frederico Cano. *Estabilidade Provisória no Emprego*. São Paulo: LTr, 1995.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do*

*Trabalho*. 14ª ed., rev. e ampl., São Paulo: Atlas S.A., 2001.

NAVES, Lúcio Flávio de Vasconcelos. *Abuso no Exercício do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

NERI JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Novo Código Civil e Legislação Extravagante*. Anotados. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

OLIVEIRA, Francisco Antonio de. *Comentários aos Enunciados do TST*. 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil. Responsabilidade Civil*. 12ª ed., atual., São Paulo: Saraiva, 1989, v. 4.

STOCO, Rui. *Abuso do Direito e Má-Fé Processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.



# ASPECTOS DO ART. 129, DA LEI Nº 11.196. DA TERCEIRIZAÇÃO E DO DIREITO DO TRABALHO

JOUBERTO DE QUADROS PESSOA CAVALCANTE\*  
FRANCISCO FERREIRA JORGE NETO\*\*

**Resumo:** A Medida Provisória nº 252, 15.6.2005, denominada de "MP do Bem", tinha uma preocupação primeira com questões de natureza tributária. Mesmo após a prorrogação do seu prazo de vigência, a MP nº 252 não foi objeto de apreciação do Congresso Nacional.

A solução adotada foi a inserção dos seus dispositivos ao conteúdo da MP nº 255/05, a qual, posteriormente, transformou-se na Lei nº 11.196, 21.11.2005.

O art. 129 da Lei nº 11.196/2005 representa uma permissão legal para o prestador de serviços de natureza intelectual, científica, artística ou cultural pagar os tributos federais e a contribuição previdenciária como pessoa jurídica, e gera várias preocupações que deságum em se perquirir a respeito do aumento ou não da informalidade nas relações de trabalho, com a possibilidade de trabalhadores serem contratados como pessoas jurídicas, elidindo a aplicação das normas jurídico-trabalhistas.

Outra preocupação é a visualização do art. 129 e a terceirização nas diversas formas de execução de serviços pela empresa prestadora.

**Sumário:** 1 Introdução; 2 O art. 129, da Lei nº 11.196/05; 3 Destinatários do art. 129 da Lei nº 11.196/05; 4 O Direito do Trabalho, a terceirização e o art. 129 da Lei nº 11.196/05; 4.1 A Terceirização e o Direito do Trabalho; 4.1.1 O Fenômeno da Terceirização; 4.1.2 Responsabilidade Trabalhista e a Súmula nº 331<sup>8</sup> do TST; 4.1.2.1 Empresa-Prestadora e Empresa-Tomadora; 4.1.2.2 Empresa Interposta e a Contratação Irregular; 4.1.2.3 A Vedação Jurisprudencial na Atividade-Fim da Empresa Tomadora; 4.1.2.4 A Contratação Irregular na Administração Pública; 4.1.2.4.1 Acessibilidade ao Serviço Público 4.1.2.4.2 Concurso Público; 4.1.2.4.3 A Nulidade e o Direito do Trabalho; 4.1.2.4.4 As Correntes Doutrinárias Quanto à Nulidade e à Contratação na Administração sem a Realização do Concurso Público; 4.1.3 Responsabilidade Subsidiária; 4.2 O art. 129 da Lei nº 11.196/05 e a Terceirização; 4.2.1 A Prestação dos Serviços de Empregados da Empresa Prestadora junto à Empresa Tomadora; 4.2.2 A Adoção de Trabalhadores Autônomos ou Eventuais pela Empresa Prestadora junto à Empresa Tomadora; 4.3 O art. 129 da Lei nº 11.196/05 e o Trabalho Executado por Sócio ou Sócios da Empresa Prestadora de Serviços Intelectuais; 4.3.1 Trabalho Humano e o Direito do Trabalho; 4.3.2 Relação de Trabalho; 4.3.3 Relação de Trabalho e o art. 129 da Lei nº 11.196/05;

**Palavras-chaves:** MP do Bem. Medida Provisória nº 255/05. Art. 129, da Lei nº 11.196/2005. Tributação da Prestação de Serviços. Informalidade. Terceirização.

\*Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante. Advogado. Professor da Faculdade de Direito Mackenzie. Coordenador do Curso de Direito da Faculdade Integração Zona Oeste - FIZO. Ex-procurador chefe do Município de Mauá. Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Mestre em Integração da América Latina pela Universidade de São Paulo - USP.

\*\*Francisco Ferreira Jorge Neto. Juiz Itular da 1ª Vara do Trabalho de São Caetano do Sul. Mestre em Direito das Relações Sociais - Direito do Trabalho pela PUC-SP. Ex professor concursando do Instituto Municipal de Ensino Superior de São Caetano do Sul - IMES. Professor convidado no curso de pós-graduação *Iato sensu* da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Professor contratado do UNI-A - Centro Universitário de Santo André na matéria de Direito do Trabalho.

O presente artigo faz parte do livro Alterações Tributárias da MP do Bem - Lei nº 11.196/05 - MP 255. Coordenado por Edson Carlos Fernandes. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

## 1 INTRODUÇÃO

A Medida Provisória nº 252, de 15 de junho de 2005, denominada de “Medida Provisória do Bem”, instituiu: o Regime Jurídico Especial de Tributação para a Plataforma de Exportação de Serviços de Tecnologia para a Informação – REPES, o Regime Especial de Aquisição de Bens de Capital para Empresas Exportadoras – RECAP e o Programa de Inclusão Digital. Dispôs ainda sobre incentivos fiscais para a inovação tecnológica, além da isenção de imposto de renda sobre o ganho auferido por pessoa física residente no Brasil na venda de imóveis residenciais.

Como não houve o encerramento da sua votação nas duas Casas do Congresso Nacional no prazo de sessenta dias, contado da sua publicação, a MP nº 252 foi prorrogada por idêntico prazo, a partir de 15 de agosto de 2005 (art. 62, § 7º, CF).

Mesmo após sua prorrogação, a MP nº 252 não foi objeto de apreciação do Congresso Nacional.

Diante da proibição de reedição da MP na mesma sessão legislativa (art. 62, § 10, CF), a solução adotada foi a inserção dos seus dispositivos ao conteúdo da MP nº 255/05, a qual, inicialmente, somente disciplinava a prorrogação do prazo de opção pelo regime de Imposto de Renda Retido na Fonte de Pessoa Física dos participantes de planos de benefícios de caráter previdenciário.

Com isso, a MP nº 255, que continha três artigos, após o processo legislativo, transformou-se na Lei nº 11.196, de 21 de novembro de 2005, com o conteúdo normativo estampado em cento e trinta e três artigos.

O estudo proposto tem por objeto o art. 129 da Lei nº 11.196/2005, que representa uma permissão legal para o prestador de serviços de natureza intelectual, científica, artística ou cultural pagar os tributos federais e a contribuição previdenciária como pessoa jurídica.

Pela inovação legal, pretende-se analisar as conseqüências da contratação de prestadores de serviços, como pessoa jurídica, no Direito do Trabalho.

Várias são as preocupações que surgem, as quais deságuam em se perquirir a respeito do aumento ou não da informalidade nas relações de trabalho, onde um maior número de trabalhadores poderão ser contratados como pessoas jurídicas, elidindo, assim, a aplicação das normas jurídico-trabalhistas, gerando, um acréscimo de trabalhadores sem as garantias mínimas de proteção.

Vale dizer, será que a inovação legal representará uma operacionalização de fraudes na contratação de trabalhadores, mediante a exigência de constituição de pessoas jurídicas, como mecanismo de se furta ao cumprimento das obrigações trabalhistas previstas na Constituição Federal e extensa legislação infraconstitucional?

Outra preocupação é a visualização do art. 129 e a terceirização nas diversas formas de execução (empregados; outros tipos de trabalhadores; esforço pessoal do sócio ou dos sócios) de serviços pela empresa prestadora.

## 2 O ART. 129, DA LEI Nº 11.196/05

O artigo 129, da Lei nº 11.196/05, dispõe que: *“Para fins fiscais e previdenciários, a prestação de serviços intelectuais, inclusive os de natureza científica, artística ou cultural, em caráter personalíssimo ou não, com ou sem a designação de quaisquer obrigações a sócios ou empregados da sociedade prestadora de serviços, quando por esta realizada, se sujeita tão-somente à legislação aplicável às pessoas jurídicas, sem prejuízo da observância do disposto no art. 50 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil.”*

Na redação originária da MP nº 255/05 aprovada pelo Congresso Nacional, o artigo 129 tinha o parágrafo único, assim redigido: *“Parágrafo único - O disposto neste artigo não se aplica quando configurada relação de emprego entre o prestador de serviço e a pessoa jurídica contratante, em virtude de sentença judicial definitiva decorrente de reclamação trabalhista”.*

O parágrafo único foi vetado pelo Presidente da República<sup>1</sup>, sob o funda-

<sup>1</sup>Os fundamentos do veto presidencial encontram-se na Mensagem nº 783, de 21 de novembro de 2005, remetida pela Presidência da República ao Senado Federal.

mento de que: "O parágrafo único do dispositivo em comento ressalva da regra estabelecida no caput à hipótese de ficar configurada relação de emprego entre o prestador de serviço e a pessoa jurídica contratante, em virtude de sentença judicial definitiva decorrente de reclamação trabalhista. Entretanto, a legislação tributária e previdenciária, para incidirem sobre o fato gerador cominado em lei, independem da existência de relação trabalhista entre o tomador do serviço e o prestador do serviço. Ademais, a condicionante da ocorrência do fato gerador à existência de sentença judicial trabalhista definitiva não atende ao princípio da razoabilidade."

Antes de proceder à análise do art. 129, da Lei nº 11.196/05, Kiyoshi Harada<sup>2</sup> aponta como aspectos positivos desse Diploma Legal: a) reajustamento de valores para enquadramento das microempresas e empresas de pequeno porte, as quais, por determinação constitucional (art. 179), deverão ter tratamento jurídico diferenciado; b) incentivo regional visando o desenvolvimento das microrregiões, situadas nas áreas do Nordeste e do Amazonas, com a finalidade de promover a redução das desigualdades sócio-econômicas (art. 151, I, CF).

Um terceiro aspecto altamente positivo, segundo Kiyoshi Harada, é o "representado pela norma do art. 129 da lei que afasta, de vez, a insegurança jurídica dos prestadores de serviços organizados em forma de pessoa jurídica, freando as tentativas do fisco de exigir-lhes obrigações tributárias próprias de pessoas físicas. (...) Como se vê, os prestadores de serviços, que executam serviços intelectuais em caráter personalíssimo ou não, quando organizados em forma de sociedade, ficam a salvo de imposições pertinentes às pessoas físicas, sempre mais onerosas,

ressalvando ao fisco a faculdade de requerer ao juiz a despersonalização da pessoa jurídica, em caso de abuso, na forma do art. 50 do Código Civil.

Nada mais do que justo. Não poderia a maioria dos prestadores de serviços, organizados, legitimamente, em forma de sociedade, para trilhar o caminho tributário menos oneroso, continuar debaixo da espada de Dâmocles, por ação de uma minoria que comete abusos. Espera-se que, por conta desses incentivos diversos, o setor de prestação de serviços, ultimamente, sempre eleito para pagar a conta pública, não venha sofrer mais imposições, quando o governo tiver que implementar o programa de compensação das perdas de receitas como exige o artigo 14 da Lei de Responsabilidade Fiscal. Espera-se que o governo já tenha levado em conta essas perdas na estimativa de receita da lei orçamentária anual, de sorte a não comprometer as metas de resultados fiscais."

"...o legislador ordinário procurou proteger o prestador de serviços, que cria uma pessoa jurídica para a sua prestação dos serviços, de ser tributada como pessoa física."

Como aponta Roberto Pasqualin,<sup>3</sup> "ao emitir nota fiscal pelos serviços que presta, o profissional contratado sob o regime de PF evita, para quem emprega, altos encargos trabalhistas, tributários e previdenciários da CLT. Ao mesmo tempo, reduz sua própria carga tributária agregada como o lucro presumido, Pis/Confins cumulativo e isenção de IR na distribuição de lucros. A carga de 27,5% mais a contribuição previdenciária do assalariado com carteira assinada cai para 12% a 15% para o profissional PJ que 'dá nota'."

Ao editar o art. 129, da Lei nº 11.196/05, o legislador ordinário procurou proteger o prestador de serviços, que cria uma pessoa jurídica para a sua prestação dos serviços, de ser tributada como pessoa física.

<sup>2</sup>HARADA, Kiyoshi. MP do Bem. Breves comentários da Lei nº 11.196/2005. Jus Navigandi, Teresina, n. 10, p. 885, 5 dez. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7653>>. Acesso em: 11 dez. 2005.

<sup>3</sup>PASQUALIN, Roberto. Pessoa Física que é Jurídica. In: Gazeta Mercantil, 29.12.2005, p. 1.

Contudo, não se trata de uma garantia absoluta dada ao prestador de serviços, pois o próprio texto legal não restringe a aplicação do disposto no art. 50 do Código Civil.

A Lei Civil, em seu art. 50, enuncia que em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

Em outras palavras, o art. 50, do Código Civil, adota a desconsideração da pessoa jurídica (*disregard of legal entity*), que representa a possibilidade de se ignorar a personalidade jurídica da entidade moral desde que se tenha a sua utilização para fins fraudulentos ou distintos do seu objetivo social. Ao deixar de lado o véu da personalidade jurídica, para a satisfação dos seus direitos, o credor poderá imputar o patrimônio particular dos sócios ou administradores da pessoa jurídica.

Aliás, diante da constatação da fraude, o ente público não necessita aguardar o pronunciamento da Justiça do Trabalho, se os fatos analisados pela Administração Pública indicam a ocorrência do fato gerador dos recolhimentos tributários como pessoa física quanto ao prestador dos serviços, que os recolhia como pessoa jurídica.

### 3 DESTINATÁRIOS DO ART. 129 DA LEI Nº 11.196/05

Na interpretação do art. 129, da Lei nº 11.196/05, o primeiro ponto a ser destacado é sua aplicação ao contrato de locação, regulado pela legislação civil.

O contrato de locação é aquele no qual uma das partes, mediante remuneração paga

pela outra, se compromete: a) por um determinado lapso temporal ao fornecimento ou ao uso e gozo de uma coisa infungível (locação de coisas); b) a prestação de serviços (locação de serviços); c) a execução de um trabalho determinado (emprego).

O objeto (da locação ou) da prestação de serviços pressupõe uma obrigação de fazer, em que se tem a existência de uma atividade lícita, não proibida por lei e pelos bons costumes, consequência do trabalho humano executada por uma pessoa a outra, compreendendo qualquer espécie de serviço (braçal, intelectual, doméstico etc.).

O art. 129 da Lei nº 11.196/05 pressupõe a ocorrência da prestação de serviços de natureza civil, contudo, a permissão legal do recolhimento dos tributos e das contribuições previdenciárias não se aplica a qualquer contrato de prestação de serviços.

Pelo texto legal, a permissão de se recolher os tributos, como pessoa jurídica, ocorre somente quando o prestador de serviços atua em atividades intelectuais, científicas, artísticas ou culturais, em caráter personalíssimo ou não, com ou sem a designação de quaisquer obrigações a sócios ou empregados da empresa prestadora dos serviços.

Para Maria Helena Diniz,<sup>4</sup> serviços intelectuais são aqueles que exigem "*preparo intelectual do locador de serviço ou do empregado*", caracterizando, ainda, essa expressão como sinônima de serviço imaterial.

Nas palavras De Plácido e Silva<sup>5</sup>, "*em oposição ao serviço físico, ou material, serviço intelectual é o que depende da inteligência ou do preparo acadêmico do trabalhador*."

*Todos os serviços concernentes às profissões liberais, médicos, engenheiros,*

<sup>4</sup>DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico* - v. 4. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 319.

<sup>5</sup>SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*, Rio de Janeiro: Forense, 20ª ed., 2002, p. 752.

*advogados, dentistas, contadores, economistas, etc., bem assim os que referem à imprensa, às letras, ou às artes, entendem-se de natureza intelectual."*

Portanto, a aplicação do art. 129, da Lei nº 11.196/05, pressupõe: a) a existência de um contrato de prestação de serviços regulado pelo Código Civil; b) o objeto do contrato de prestação dos serviços deverá estar relacionado à ocorrência de atividades intelectuais, nas quais se incluem tarefas científicas, artísticas ou culturais; c) a constituição de uma pessoa jurídica; d) a prestação dos serviços intelectuais pode ser efetuada pessoalmente pelo trabalhador ou por terceiros por ele designados, inclusive, na qualidade de empregados da pessoa jurídica.

## **4 O DIREITO DO TRABALHO, A TERCEIRIZAÇÃO E O ART. 129 DA LEI Nº 11.196/05**

### **4.1 A Terceirização e o Direito do Trabalho**

#### **4.1.1 O Fenômeno da Terceirização**

O termo *terceirização* possui vários significados, v.g., o processo de descentralização das atividades da empresa

e valorização do setor terciário da economia.

Em linhas gerais, o fenômeno da *terceirização*<sup>6</sup> possui argumentos favoráveis e contrários. Os favoráveis são: a modernização da administração empresarial com a redução de custos, aumento da produtividade com a criação de novos métodos de gerenciamento da atividade produtiva. Os contrários são: a redução dos direitos globais dos trabalhadores, tais como a promoção, salários, fixação na empresa e vantagens decorrentes de convenções e acordos coletivos.

Pelo avanço tecnológico, a partir dos anos 70, as relações individuais de trabalho têm passado por várias alterações.

O avanço fez com que surgissem modificações radicais na organização da produção, novos métodos de gestão de mão-de-obra etc. Tais mudanças levaram à discussão quanto à estrutura indeterminada da relação de trabalho.

O empresário precisa efetuar a adequação à nova realidade, logo, a sua atividade não poderia estar vinculada a uma estrutura arcaica de mão-de-obra.

Os neoliberais apregoam que a globalização das economias e dos mercados

<sup>6</sup>No âmbito do Direito do Trabalho, *terceirização* é o "fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação trabalhista que lhe seria correspondente. Por tal fenômeno insere-se o trabalhador no processo produtivo do tomador de serviços sem que se estendam a este os laços trabalhistas, que se preservam fixados com uma entidade interveniente. A *terceirização* provoca uma relação trilateral em face da contratação de força de trabalho no mercado capitalista: o obreiro, prestador de serviços, que realiza suas atividades materiais e intelectuais junto à empresa tomadora de serviços; a empresa *terceirizante*, que contrata este obreiro, firmando com ele os vínculos jurídicos trabalhistas pertinentes; a empresa tomadora dos serviços, que recebe a prestação de labor, mas não assume a posição clássica de empregadora desse trabalhador envolvido. O modelo trilateral de relação socioeconômica e jurídica que surge com o processo *terceirizante* é francamente distinto do clássico modelo empregatício, que se funda em relação de caráter essencialmente bilateral. Essa dissociação entre relação econômica de trabalho (firmada com a empresa tomadora) e relação jurídica empregatícia (firmada com a empresa *terceirizante*) traz graves desajustes em contraponto aos clássicos objetivos tutelares e redistributivos que sempre caracterizaram o Direito do Trabalho ao longo da sua história. Por se chocar com a estrutura teórica e normativa original do Direito do Trabalho esse novo modelo sofre restrições da doutrina e jurisprudência trabalhistas, que nele tendem a enxergar uma modalidade excetiva de contratação de força de trabalho" (DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2ª ed., 2003, p. 424).

financeiros e a terceirização, como seu reflexo, são processos irreversíveis, devendo o Direito do Trabalho pautar-se pelos novos tempos.

No emprego deve haver a flexibilização, com a substituição da relação de emprego típica (contrato por prazo indeterminado e a proteção contra a dispensa imotivada).

Pela dinâmica quanto ao novo processo econômico, a fixação do trabalhador não deve ser permanente na empresa e sim temporária. Existe uma forte tendência de se substituir a mão-de-obra permanente pela intermediação.

Com a terceirização, a empresa passa a atribuir parte de suas atividades para outras empresas. Transferem-se a realização das atividades iniciais e secundárias (atividade-meio), sendo mantidas as atividades principais. Como atividade principal ou fim entenda-se aquela cujo objetivo é essencial à consecução do objetivo social da própria empresa.

O objetivo da terceirização é a diminuição dos custos, além da melhora quanto à qualidade do produto ou do serviço. Na busca de melhores resultados empresariais, os trabalhadores estão perdendo a vinculação jurídica com as empresas...

Denota-se o elevado número de contratos por prazo determinado, o que, em essência, colide com a gênese do Direito do Trabalho. Pelo princípio da continuidade das relações jurídicas laborais, torna-se importante à fixação indeterminada dos contratos de trabalho, respeitando-se os direitos mínimos previstos em lei e os mais benéficos

decorrentes do contrato de trabalho ou de instrumentos normativos.

Neste particular, a terceirização é incongruente com o Direito do Trabalho. A integração do trabalhador à empresa é uma forma de conservação da sua fonte de trabalho, dando-lhe garantias quanto ao emprego e à percepção de salários. É fator de segurança econômica.

As empresas modernas, em sua quase maioria, possuem em seu interior diversos tipos de trabalhadores que não seus empregados e sim das empresas prestadoras (locadoras de mão-de-obra ou de serviços temporários). O trabalhador perde o seu referencial dentro da empresa.

O legislador brasileiro no Texto da CLT traça restrições aos contratos de forma determinada (art. 443, CLT).

Uma das válvulas legais para intermediação da mão-de-obra é a Lei nº 6.019/74, que possibilitou, em caso de necessidade transitória de substituição de mão-de-obra permanente e de acréscimo extraordinário de serviço, a contratação de trabalhadores sob a égide de um contrato determinado, porém, com regras específicas, surgindo uma nova figura – contrato de trabalho temporário. A lei visava evitar a fraude na contratação indeterminada e sem critérios de trabalhadores, por meio da interposição das empresas prestadoras. A contratação é possível, desde que seja feita para substituição temporária de mão-de-obra permanente ou em caso de acréscimo extraordinário de serviços.

Mesmo assim, a intermediação prosseguiu, sendo que o Tribunal Superior do Trabalho emitiu a Súmula nº 256, em

setembro de 1986, fixando o entendimento de que é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços, exceto nas hipóteses de trabalho temporário e de serviço de vigilância. Esse entendimento não se permitia a contratação mesmo para a atividade-meio. A Súmula nº 256<sup>7</sup> foi cancelada pela de nº 331.

## 4.1.2 Responsabilidade Trabalhista e a Súmula nº 331<sup>8</sup> do TST

### 4.1.2.1 Empresa-Prestadora e Empresa-Tomadora

A personalidade e a subordinação são

elementos previstos nos conceitos de empregador e empregado (arts. 2º e 3º, CLT).

A relação jurídica empregatícia é bilateral, equiparando-se a uma moeda na qual se tem, de um lado, o poder diretivo (empregador) e, do outro, a subordinação (empregado).

Com a terceirização, há a intermediação da mão-de-obra pelas empresas prestadoras de serviços.

De um lado, tem-se a empresa tomadora e, de outro, a prestadora. Os trabalhadores são subordinados diretamente à empresa prestadora e não à tomadora. A relação jurídica é triangular, existindo entre

<sup>7</sup>Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis nº 6.019, de 03/01/74 e 7.102, de 20/06/83, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços (Súm. nº 256, TST). A bem da verdade, não havia restrições jurisprudenciais quanto à prática da prestação de serviços, até a emissão, pelo Tribunal Superior do Trabalho, da Súmula nº 256. A Súmula ditava que era ilegal a contratação de trabalhadores através de empresa interposta, excetuando as hipóteses do trabalho temporário - Lei nº 6.019/74 - e do serviço de vigilância - Lei nº 7.102/83. As razões que levaram o TST a emitir a Súmula nº 256 foram as seguintes: a) o direito do trabalhador quanto à sua inserção no desenvolvimento da empresa (art. 165, V, CF de 1967); b) o lucro das empresas de mão-de-obra, que advém do valor recebido das empresas tomadoras e o que pagava aos seus empregados; c) o fato de que a intermediação, geralmente, ultrapassava os limites de noventa dias, logo, haveria a formação da relação de emprego diretamente entre o trabalhador e a empresa tomadora. Várias foram as críticas opostas quanto ao posicionamento do Tribunal Superior do Trabalho: a) a Constituição Federal de 1988 assegura a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei (art. 170, parágrafo único); b) a competência da União para legislar sobre organização do sistema nacional de emprego e condições para o exercício de qualquer trabalho será lícito, salvo se a lei o vedar (art. 22, XVI, CF); c) pelo fato de que fazia letra morta de autênticos contratos do Direito Civil, como os relativos à locação de serviços (arts. 593 e ss., CC) e os de empreitada (arts. 610 e seguintes, CC). Em tese, não mais seriam possíveis os contratos de conservação de elevadores com empresa especializada, de pintura de edifícios, de execução de serviços de hidráulica, alvenaria etc.; d) a ofensa ao art. 5º, XIII, da Constituição Federal, que assegura a liberdade do exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer. Com o intuito de equacionar a fiscalização administrativa, emitiu o Ministério do Trabalho a Instrução Normativa nº 3, de 27/12/89, posteriormente revogada pela de nº 7, de 21/2/90, a qual também foi revogada pela de nº 3, de 29/08/97. A Instrução nº 3, de 29/8/97, dispõe sobre a fiscalização do trabalho nas empresas de prestação de serviços a terceiros e empresas de trabalho temporário, adotando as inovações introduzidas pela Súmula nº 331, do TST. O Tribunal Superior do Trabalho, visualizando as transformações havidas na sociedade, veio a publicar a Súmula nº 331 em substituição à de nº 256.

<sup>8</sup>A Súmula nº 331 do TST determina: "I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03/01/74). II - A contratação irregular de trabalhador, através de empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública Direta, Indireta ou Fundacional (art. 37, II, da Constituição da República). III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20/06/83), e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados a atividade-meio do tomador, desde que inexistente a personalidade e a subordinação direta. IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das Autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666/93)". O tópico IV da Súmula nº 331 sofreu alteração em função da Resolução nº 96, de 11/9/2000, com a admissão da responsabilidade subsidiária para a Administração Pública Direta e Indireta, apesar do previsto no art. 71 da Lei nº 8.666/93.

a empresa tomadora e a prestadora um contrato regido pelas leis do Direito Civil, de evidente prestação de serviços. Entre a empresa prestadora e o trabalhador há um contrato de trabalho.

Empresa prestadora de serviços é a pessoa jurídica de Direito Privado, legalmente constituída, de natureza comercial, a qual se destina a realizar determinado e específico serviço a outra empresa fora do âmbito das atividades-fim e normais para que se constituiu esta última (art. 2º, Instrução Normativa MTb/GM nº 3, de 29/8/97).

As suas características, de acordo com o art. 2º, são as seguintes: a) a relação entre a empresa de prestação de serviços a terceiros e a empresa contratante é regida pela lei civil (art. 2º, § 1º); b) a relação de trabalho entre a empresa de prestação de serviços a terceiros e seu empregado é disciplinada pela Consolidação das Leis do Trabalho (art. 2º, § 2º); c) em se tratando de empresa de vigilância e de transporte de valores, as relações de trabalho estão reguladas pela Lei nº 7.102/83, e, subsidiariamente, pela Consolidação das Leis do Trabalho (art. 2º, § 3º); d) dependendo da natureza dos serviços contratados, a prestação dos mesmos poderá se desenvolver nas instalações físicas da empresa contratante ou em outro local por ela determinado (art. 2º, § 4º); e) a empresa de prestação de serviços contrata, remunera e dirige o trabalho realizado a seus empregados (art. 2º, § 5º); f) os empregados da empresa de prestação de serviços a terceiros não estão subordinados ao poder (diretivo, técnico e disciplinar) da empresa contratante (art. 2º, § 6º).

Empresa tomadora ou contratante é a pessoa física ou jurídica de Direito Público ou Privado que celebra contrato com empresas de prestação de serviços a terceiros com a finalidade de contratar serviços (art. 3º, Instrução nº 3/97). Tem como características: a) a contratante e a empresa prestadora de serviços a terceiros devem desenvolver atividades diferentes e ter

finalidades distintas (art. 3º, § 1º); b) a contratante não pode manter trabalhador em atividade diversa daquela para a qual o mesmo fora contratado pela empresa de prestação de serviços a terceiros (art. 3º, § 2º); c) em se tratando de empresas do mesmo grupo econômico, onde a prestação de serviços se dê junto a uma delas, o vínculo empregatício se estabelece entre a contratante e o trabalhador colocado à sua disposição de acordo com o disposto no art. 2º da CLT (art. 3º, § 3º); d) o contrato de prestação de serviços a terceiros pode abranger o fornecimento de serviços, materiais e equipamentos (art. 3º, § 4º).

O contrato entre as duas empresas (prestadora e tomadora) possui natureza civil. Se o contratante for pessoa de Direito Público, em havendo o procedimento de licitação, é de natureza administrativa com efeitos civis (art. 4º, Instrução nº 3/97).

A empresa prestadora faz o elo de vinculação entre o trabalhador e a empresa tomadora, sendo a responsável como empregadora quanto aos créditos trabalhistas deste empregado.

#### 4.1.2.2 Empresa Interposta e a Contratação Irregular

A figura da empresa interposta é própria das situações nas quais se tem a fraude na contratação, justificando-se a existência do vínculo diretamente com o tomador. Nestas situações, o que se tem é a fraude na própria contratação. O prestador, do ponto de vista formal, apresenta-se como um intermediário, sendo o verdadeiro empregador a empresa tomadora.

O entendimento jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho esboçado no inciso III da Súmula nº 331 menciona que não se tem a caracterização do vínculo nas hipóteses da contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102/83), de conservação e limpeza, além dos serviços especializados ligados com atividade-meio do tomador.

É importante a ressalva inserida ao final da Súmula nº 331: "... desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta". A pessoalidade reflete que os serviços de vigilância, de conservação, de limpeza e os especializados podem ser executados por qualquer profissional indicado pela empresa interposta. Poderá haver rotários, remanejamento de trabalhadores sempre que for necessário por parte da empresa interposta, em caso de férias, de faltas, licenças médicas etc. Diante da inexistência da pessoalidade, neutraliza-se a própria subordinação. A empresa tomadora não tem o poder para advertir, reclamar ou punir a prestação dos serviços dos trabalhadores da empresa interposta. A triangulação das relações jurídicas deve ser perfeita para que não se tenha a vinculação jurídica do tomador em relação ao trabalhador. Em caso contrário, a caracterização da relação empregatícia ocorrerá com a empresa tomadora.

Na execução diária das relações jurídicas, uma dose de bom senso (razoabilidade) deve ser aplicada na caracterização do elemento subordinação. O que não se admite é a subordinação direta. Pequenas ordens dirigidas ou cumprimento de regras gerais da empresa por parte do empregado da prestadora não ensejam o vínculo empregatício direto com a tomadora.

#### 4.1.2.3 A Vedação Jurisprudencial na Atividade-Fim da Empresa Tomadora

A jurisprudência sumulada do Tribunal Superior do Trabalho admite a terceirização da atividade inicial (estágio inicial) e da atividade intermediária (atividade-meio).

O estágio inicial da terceirização representa atividades tais como limpeza, conservação e vigilância. São atividades que denotam apoio à empresa, sem haver qualquer transferência tecnológica ou de parceria comercial, com a liberação da tomadora

de algumas responsabilidades gerenciais ou administrativas.

Na terceirização, atividade-meio consiste no apoio a setores dentro da empresa tomadora que se interligam ao processo produtivo, mas não na sua atividade-fim, tais como: assessoria jurídica ou contábil, locação de automóveis, fotografia e revelações, mecânica e pintura.

A Súmula nº 331 não admite que a empresa tomadora proceda à terceirização nas suas atividades relacionadas com a atividade-fim.

Como esclarece Maurício Godinho Delgado<sup>9</sup>: "A dualidade atividades-meio versus atividades-fim já vinha sendo elaborada pela jurisprudência ao longo das décadas de 1980 e 90, por influência dos dois diplomas legais dirigidos à Administração Pública e como parte do esforço para melhor compreender a dinâmica jurídica da terceirização por além dos estritos limites colocados pelo antigo Enunciado nº 256 do TST. O Enunciado 331 claramente assimilou os resultados desse esforço hermenêutico. Atividades-fim podem ser conceituadas como as funções e tarefas empresariais e laborais que se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador dos serviços, compondo a essência dessa dinâmica e contribuindo inclusive para a definição de seu posicionamento e classificação no contexto empresarial e econômico. São, portanto, atividades nucleares e definitórias da essência da dinâmica empresarial do tomador dos serviços. Por outro lado, atividades-meio são aquelas funções e tarefas empresariais e laborais que não se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador dos serviços, nem compõem a essência dessa dinâmica ou contribuem para a definição de seu posicionamento no contexto empresarial e econômico mais amplo. São, portanto, atividades periféricas à essência da dinâmica empresarial do tomador dos serviços".

<sup>9</sup>DELGADO, Maurício Godinho. Ob. cit., p. 436.

Augusto Cezar Ferreira de Baraúna afirma:<sup>10</sup> "O estágio avançado da terceirização consiste no repasse para terceiros das atividades-chave da empresa, tais como: gestão de certos processos como implantação da qualidade total, algumas atividades de pesquisa e desenvolvimento ou, até mesmo, a gestão de outros fornecedores. Ou seja, o estágio avançado admite que seja implementada uma política de distribuição comercial de responsabilidades, onde as partes contratantes se comprometem em produzir produtos de qualidade, objetivando o aperfeiçoamento do produto final, mesmo que seja repassada tecnologia de uma empresa para outra. Para que este novo estágio de terceirização seja plenamente assimilado pela cadeia produtiva de produtores e fornecedores nesta altura abolida a nomenclatura de tomador e prestador de serviços, é necessária a implementação de alguns princípios comerciais que sirva como fundamento para sua boa estruturação, tais como: um maior entrosamento entre empresa-origem e empresa-destino na produção comercial; maior atenção da empresa-origem na tecnologia de produção e de gestão da empresa-destino; transferência de know-how para a empresa destino, desde que essa transferência se traduza em benefícios futuros para a empresa-origem e desde que não gere desvantagens estratégicas posteriores; a terceirização não deve agregar valor ao produto final etc."

Para Augusto Cezar Ferreira de Baraúna, a jurisprudência não deve

restringir a terceirização aos estágios inicial e intermediário, com a inclusão do avançado, desde que a terceirização não seja fraudulenta.

Alice Monteiro de Barros<sup>11</sup> pondera: "Tanto a Justiça do Trabalho como o Ministério Público não têm medido esforços no combate à terceirização de serviços ligados à atividade-fim da empresa fora dos limites traçados pelo Enunciado n. 331 do TST. Entre os malefícios da terceirização em atividade-fim das empresas encontram-se a violação ao princípio da isonomia, a impossibilidade de acesso ao quadro de carreira da empresa usuária dos serviços terceirizados, além do esfacelamento da categoria profissional".

A nosso ver, não existem restrições para que a terceirização se dê também na atividade-fim. A terceirização é um fenômeno global e repercute nas relações trabalhistas. O Brasil está interligado à economia mundial e necessita adaptar-se aos avanços das novas realidades que tendem a valorizar o trabalho-meio como forma de contratação dos trabalhadores em geral. Todavia, o que não se deve permitir é a fraude, o desrespeito aos direitos mínimos, o que só é permitido verificar em função de cada caso em concreto. Em qualquer caso, havendo fraude ou não, a responsabilidade subsidiária do tomador faz-se presente. Se for o caso de fraude, o vínculo se formará diretamente com a empresa tomadora, havendo a responsabilidade solidária da prestadora, ante a ilicitude perpetrada na terceirização (art. 942, CC).

"A nosso ver, não existem restrições para que a terceirização se dê também na atividade-fim."

<sup>10</sup>BARAÚNA, Augusto Cezar Ferreira de. *A Terceirização à luz do Direito do Trabalho*. São Paulo: LED, 1997, p. 105.

<sup>11</sup>BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2005, p. 425.

#### 4.1.2.4 A Contratação Irregular na Administração Pública

Diferentemente do que se tem na iniciativa privada, a jurisprudência sumulada do Tribunal Superior do Trabalho (Súm. nº 331, II) determina que não há formação do vínculo empregatício com a Administração Pública quando ocorre a contratação irregular do trabalhador por meio de empresa interposta.

A terceirização na Administração Pública ocorre há vários anos, notadamente a partir do início dos anos 70, com ênfase para os serviços de conservação, limpeza e vigilância. A legislação é explícita no sentido de que a execução das atividades da Administração Federal deve ser amplamente descentralizada (art. 10, *caput*, Dec-lei nº 200/67). A descentralização deveria envolver as atividades de transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas, sendo objeto de contrato (art. 10, § 7º).

##### 4.1.2.4.1 Acessibilidade ao Serviço Público

Tem-se como acessibilidade o conjunto de normas e princípios que disciplinam o ingresso de pessoas no serviço público.

O Texto Constitucional originário limitava o acesso a cargo, emprego e função pública apenas aos brasileiros, não fazendo distinção entre natos ou naturalizados (art. 37, I, CF).

Com a Emenda Constitucional nº 11/96, as universidades e instituições de pesquisa científica e tecnológica passaram a poder admitir professores, técnicos e cientistas estrangeiros na forma da lei (art. 207). No âmbito federal, a Lei nº 9.515/97 disciplinou a questão, inserindo o § 3º no artigo 5º da Lei nº 8.112/90.

Com a Emenda Constitucional nº 19/98, os cargos, empregos e funções públicas

passaram a ser acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos legais, assim como aos estrangeiros, na forma da lei (art. 37, I).

Em ambos os casos, a lei a disciplinar a contratação deverá ser de cada ente da Federação.

Fora essa regra fundamental, os requisitos de acesso podem ser divididos em objetivos e subjetivos, sendo os primeiros relacionados com as funções do cargo ou emprego, *v.g.*, concurso de provas e títulos, testes físicos etc., e os segundos dizem respeito à pessoa do candidato, como, por exemplo, boa conduta, aptidão profissional, entre outros.

Certo é que *"nenhum requisito subjetivo pode discriminar o candidato em razão de suas condições estritamente pessoais, como raça, cor, credo religioso, credo político, forma estética, sexo e idade..."*<sup>12</sup> Contudo, algumas exceções no que tange ao sexo e idade são admitidas quando decorrentes da limitação imposta pela natureza da função a ser exercida.

Diz Bandeira de Mello:<sup>13</sup> *"Observou-se que tal requisito, como regra, não pode ser exigido. Isto porque haverá hipóteses nas quais do fator idade pode resultar uma específica incompatibilidade com algum determinado cargo ou emprego, cujo satisfatório desempenho demande grande esforço físico ou acarrete desgaste excessivo, inadequados ou impossíveis a partir de certa fase da vida. Não se tratará, pois, de uma pretendida limitação indiscriminada e inespecífica – inadmitida pelo Texto Constitucional – mas, pelo contrário, da inadaptação física para o satisfatório desempenho de certas funções, como consequência natural da idade. Tais hipóteses serão raras e excepcionais, mas não são de excluir"*.

<sup>12</sup>CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 6ª ed., 2001, p. 484.

<sup>13</sup>MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Regime dos Servidores da Administração Direta e Indireta*. São Paulo: Malheiros, 3ª ed., 1995, p. 60.

#### 4.1.2.4.2 Concurso Público

Iniciado com Napoleão, na França, o processo de seleção de candidatos a cargos públicos é, nas palavras de José Cretella Júnior,<sup>14</sup> "assim, processo de provimento exigido pela regra jurídica constitucional, o concurso é para nós definido como a série complexa de procedimentos que o Estado empreende para apurar as aptidões pessoais apresentadas por quem se empenha ingressar nos quadros do serviço público, submetendo o candidato seus trabalhos, títulos e atividades à julgamento de comissão examinadora".

O concurso público de provas ou de provas e títulos é fator denotador da exigência da moralidade, da impessoalidade e da eficiência,<sup>15</sup> sendo requisito indispensável para a investidura em cargo ou emprego público, excetuando-se as hipóteses de cargo de provimento em comissão. A exceção é justificável, pois deve ser considerada a confiança que deve presidir a escolha do nomeando, além do caráter temporário do exercício e a própria demissão *ad nutum* dos ocupantes de tais cargos.

Além disso, com o concurso público, o Constituinte pretendeu assegurar a igualdade entre os participantes e garantir que os aprovados sejam pessoas capazes e

competentes. Para isso, dois requisitos são indispensáveis: a) o concurso é público, não podendo ser restringido a determinado grupo, como quando apenas aqueles que já são servidores podem participar;<sup>16</sup> b) o resultado deve ser obtido de modo objetivo, com critérios claros, para que não haja dúvida sobre a aprovação de alguns e reprovação de outros.

Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula nº 266, esboçando seu entendimento de que "o diploma ou habilitação legal para o exercício do cargo deve ser exigido na posse e não na inscrição para o concurso público".

Além dos cargos de provimento em comissão, há na Constituição outras exceções, como a nomeação dos membros dos Tribunais de Contas da União; nos Tribunais, o Quinto Constitucional composto por membros do Ministério Público e da Advocacia; dos membros do Supremo Tribunal Federal; Superior Tribunal de Justiça; Tribunal Superior Eleitoral e Superior Tribunal Militar (arts. 73, § 2º,

94, 101, 104, parágrafo único, XII, 107, 111-A, I, 119, II, 120, III, e 123). Outra exceção constitucional é a contratação emergencial (art. 37, IX, CF).

"...com o concurso público, o Constituinte pretendeu assegurar a igualdade entre os participantes e garantir que os aprovados sejam pessoas capazes e competentes."

<sup>14</sup>CRETILLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição de 1988* - v. 4. São Paulo: Forense Universitária, 3ª ed., 1998, p. 2.175.

<sup>15</sup>A Carta Política de 1988 adota os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência como reguladores da administração pública no Brasil (art. 37, *caput*, CF). Além desses, podemos encontrar alguns outros princípios na doutrina ou mesmo na legislação, a saber: supremacia do interesse público, presunção de legitimidade ou de veracidade, especialidade, controle e autotutela, hierarquia, continuidade do serviço público, razoabilidade e proporcionalidade e, por fim, segurança jurídica.

<sup>16</sup>O dispositivo trouxe algumas inovações quando comparado com o artigo 97, § 1º, da Constituição de 1967: 1. enquanto a norma anterior exigia concurso apenas para investidura em cargo público, a atual impõe a mesma exigência para cargo e emprego; só não faz referência à função, porque deixou em aberto a possibilidade de contratação para serviços temporários (art. 37, IX) e para funções de confiança (art. 37, V), ambas as hipóteses sem concurso; 2. enquanto o dispositivo anterior fazia a exigência para a primeira investidura, o atual fala apenas em investidura, o que inclui tanto os provimentos originários como os derivados, somente sendo admissíveis as exceções previstas na própria Constituição, a saber, a reintegração, o aproveitamento, a recondução e o acesso ou promoção, além da reversão *ex officio*, que não tem base constitucional, mas ainda prevalece pela razão diante exposta" (PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 17ª ed., 2004, p. 476).

Na vigência da Constituição de 1967, apenas a nomeação para cargo público possuía como requisito constitucional a aprovação em concurso público (art. 97, CF/67).

Atualmente, a exigência do concurso público envolve tanto os cargos como os empregos públicos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego (art. 37, II, CF). O ingresso no serviço público sem aprovação em concurso público implica nulidade do ato e punição da autoridade responsável (art. 37, II e § 2º).

O ingresso ao serviço público, por aprovação em concurso, é uma imposição que procura dar transparência à gestão da administração pública, visando evitar os apadrinhamentos.

A imposição do concurso público deve ser observada como forma de acesso ao serviço público, tanto para a Administração Pública Direta como a Indireta, inclusive em todas as esferas políticas (União, Estados, Municípios e o Distrito Federal).

A exigência de concurso público para as contratações feitas pela Administração Indireta só se tornou pacífica após decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria.<sup>17</sup>

O concurso público tem validade de até dois anos, prorrogáveis uma vez por igual período. Assim, se no edital constar que o concurso terá validade por um ano, a prorrogação será de um ano também.

O Constituinte delegou à norma infraconstitucional a reserva de percentuais de cargos e empregos reservados às

pessoas portadoras de deficiência (art. 37, VII, CF).

No âmbito da União, é assegurado o direito da pessoa portadora de deficiência inscrever-se em concurso público para provimento de cargos, cujas atribuições lhe sejam compatíveis, e são reservados até 20% das vagas oferecidas no concurso (art. 5º, § 2º, Lei nº 8.112/90).

Em seus estudos, Cretella Júnior<sup>18</sup> aponta que: *"Sob o regime das Constituições anteriores à de 1988, a jurisprudência firmou princípios como se pode observar, lendo os julgados que seguem: 'Dentro do prazo de validade do concurso, o candidato aprovado tem direito à nomeação, quando o cargo foi preenchido sem observância da classificação' (Súmula 15). 'O concurso não vincula o Poder Executivo à nomeação compulsória do candidato; assiste-lhe, apenas, uma expectativa de direito' (STF, em RDA 98/114). 'A Administração Pública pode adiar por motivos de conveniência a realização de concurso para provimento de cargo público. Contra esse adiamento mandado de segurança' (STF, em RDA 90/91). 'Somente a lei, com exclusão do regulamento, pode estabelecer limite de idade para inscrição em concurso destinado ao provimento de cargo público' (STF, em RDA 72/70). 'A realização do concurso, por si só, não obriga a Administração a nomear os candidatos classificados' (TASP, em RDA 66/108). 'A aprovação em concurso não obriga a Administração a nomear, desde logo, os candidatos aprovados e a preencher*

<sup>17</sup>Cargos e Empregos Públicos. Administração Pública Direta, Indireta e Fundacional. Acessibilidade. Concurso Público. A acessibilidade aos cargos públicos a todos os brasileiros, nos termos da Lei e mediante concurso público e princípio constitucional explícito, desde 1934, art. 168. Embora cronicamente sofismado, mercê de expedientes destinados a iludir a regra, não só foi reafirmado pela Constituição, como ampliado, para alcançar os empregos públicos, art. 37, I e II. Pela vigente ordem constitucional, em regra, o acesso aos empregos públicos opera-se mediante concurso público, que pode não ser de igual conteúdo, mas há de ser público. As Autarquias, empresas públicas ou sociedades de economia mista estão sujeitas à regra, que envolve a administração direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Sociedade de Economia Mista destinada a explorar atividade econômica está igualmente sujeita a esse princípio, que não colide com o expresso no art. 173, § 1º. Exceções ao princípio, se existem, estão na própria Constituição" (STF - TP - MS nº 21322 - DF - Rel. Min Paulo Brusard - j. 3/12/92 - DJ 23/4/1993 - p. 6921).

<sup>18</sup>Cretella Júnior, José. Ob. cit., p. 2.178.

*todas as vagas existentes' (TJSP, em RDA 62/105). 'É lícita a exclusão de concurso de candidato do sexo feminino' (TASP, em RDA 67/94). 'A lei pode deferir, ao regulamento, a discriminação de sexos, com exclusão das mulheres, para efeito de provimento de cargos públicos' (STF, em RDA 77/116). 'Nomeado por concurso, o funcionário tem direito à posse (STF, em RDA 85/107). 'A revisão de classificação de candidatos a concurso para provimento de cargo público, promovida por ato administrativo, não alcança aos já classificados, nem altera os resultados homologados' (STF, em RDA 104/139)".*

O Supremo Tribunal Federal considera legítima a limitação de idade para inscrição em concurso público quando possa ser justificado pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido (Súm. n° 683), não admitindo a restrição, por ato administrativo, em razão da idade, inscrição em concurso para cargo público (Súm. n° 14).

O Supremo Tribunal Federal reconhece o direito do candidato aprovado à nomeação, dentro do prazo de validade do concurso, quando o cargo for preenchido sem observância da classificação (Súm. n° 15), sendo que o funcionário nomeado por concurso tem direito à posse (Súm. n° 16) e a nomeação sem concurso poderá ser desfeita antes da posse (Súm. n° 17). Também considera inconstitucional o veto não motivado à participação de candidato a concurso público (Súm. n° 684) e toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido (Súm. n° 685) e que somente por lei se pode sujeitar a exame psicotécnico a habilitação de candidato a cargo público (Súm. n° 686).

#### **4.1.2.4.3 A Nulidade e o Direito do Trabalho**

Toda e qualquer relação de natureza

pessoal advém de um ato jurídico. O contrato de trabalho é um ato de manifestação de vontades, que leva à formação da relação empregatícia.

O art. 104 do Novo Código Civil estabelece que a validade do ato jurídico requer agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei. Não basta somente a declaração de vontades. É necessária, para a validade do ato jurídico em si, a observância da forma, da licitude do objeto e da capacidade das partes.

No Direito do Trabalho, a expressão objeto lícito sintetiza o próprio conteúdo do contrato de trabalho. A atividade é um dos elementos característicos do contrato de trabalho e, por isso, deve estar em sintonia com a ordem, moralidade, os bons costumes e a ordem pública.

O contrato de trabalho tem como objeto a prestação de serviços assumida pelo empregado – trabalho. O empregador tem a obrigação de dar que é o pagamento dos salários. Tais obrigações mútuas e básicas devem envolver um fim lícito.

Não se deve, porém, confundir trabalho ilícito com trabalho proibido.

Trabalho proibido é aquele que, em função de vários elementos, a lei impede seja exercido por determinadas pessoas ou em determinadas circunstâncias, sem que essa proibição decorra da moral ou dos bons costumes (prestação, por exemplo, do serviço por estrangeiro, mulher ou menor de idade nos casos em que a lei não o permita).

Como assevera Délio Maranhão:<sup>19</sup> *"Tratando-se de trabalho simplesmente proibido, embora nula a obrigação, pode o trabalhador reclamar os salários correspondentes aos serviços realizados, o que não aconteceria se o trabalho fosse ilícito: nemo de improbitate sua consequitur actionem".*

<sup>19</sup>MARANHÃO, Délio. *Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas. 8ª ed., 1980, p. 45.

Discorre Octavio Bueno Magano:<sup>20</sup> *"Como esclarece Martinez Vivot, quando se trata de objeto ilícito, o valor tutelado é a realização da ordem pública, ao passo que, quando se trata de objeto proibido, a tutela da ordem pública se realiza de modo mediato, prevalecendo o interesse do trabalhador. A consequência da distinção é indicada nos dispositivos subsequentes, nos quais se indica que o trabalho ilícito não produz efeitos e que o proibido não afeta o direito do trabalhador de perceber as remunerações e indenizações derivadas de sua extinção, em virtude de nulidade. Como exemplo de trabalho ilícito, Vasquez Vialard refere o relacionado com o jogo e de proibido o trabalho noturno ou em lugares insalubres para mulheres e menores"*.

Para Amauri Mascaro Nascimento:<sup>21</sup> *"Os incapazes, como o louco, embora vedados os atos da sua vida civil, não estão impedidos de trabalhar, ainda que tenham declarada a sua interdição, uma vez que não é cerebrina a hipótese da efetivação de serviços prestados por alguém nessa condição. Neste caso, como no do menor com idade inferior a 16 anos, surge uma questão: prestados os serviços, o contrato de trabalho, por falta de agente capaz, é nulo? Se o direito do trabalho se utilizasse aqui dos critérios do Direito Civil estaria permitindo uma solução injusta. Desse modo, ainda quando o agente é incapaz, os direitos trabalhistas são assegurados ao trabalhador"*.

Tal posição justifica-se pelos seguintes princípios: a) a irretroatividade das nulidades, segundo a qual, no contrato de trabalho, todos os efeitos se produzem até o momento em que for declarada pela autoridade competente a sua nulidade; b) a inadmissibilidade do enriquecimento sem causa, segundo a qual o empregador estaria

se locupletando ilicitamente do trabalho humano caso pudesse, sem ônus, dispor do trabalho do incapaz; c) a impossibilidade da restituição das partes à situação anterior, uma vez que o trabalho é a emanção da personalidade e da força de alguém: uma vez prestado não pode ser devolvido ao agente, com que é impossível restituí-lo ao trabalhador, não sendo justo deixá-lo sem a reparação.

#### 4.1.2.4.4 As Correntes Doutrinárias Quanto à Nulidade e à Contratação na Administração sem a Realização do Concurso Público

As noções do Direito Civil quanto à nulidade ou anulabilidade dos atos jurídicos, de forma genérica, não podem ser aplicadas ao Direito do Trabalho.

A contratação de funcionário ou empregado público sem a prévia aprovação em concurso público está violando de forma direta o que dispõe o artigo 37, II e § 2º, da Carta Política de 1988.

Em tese, em havendo a contratação sem a devida realização do concurso público, o ato é nulo, pois não houve a observância da forma e da solenidade prevista na lei.

A questão da ineficácia do contrato de trabalho não deve ser resolvida de forma simples, como a prevista na teoria civilista das nulidades. O ato nulo, dentro do prisma civilista, não produz nenhum efeito.

Contudo, pela natureza da relação de emprego, os efeitos da declaração da nulidade não podem ser retroativos, não sendo possível o retorno das partes simplesmente ao estado anterior da contratação. Os serviços prestados pelo trabalhador não podem ser restituídos. Isso também ocorre com os salários. A força de trabalho, pela lógica, implica dispêndio de energia física e intelectual, sendo, assim, insuscetível de haver a devida restituição.

<sup>20</sup>MAGANO, Octavio Bueno. *Manual de Direito do Trabalho – Direito Individual do Trabalho – v. 2*. São Paulo: LTr, 4ª ed., 1993. p. 192.

<sup>21</sup>NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 27ª ed., 2001. p. 228.

No Direito do Trabalho, por isso, há de ser aplicável à irretroatividade das nulidades, pois o trabalhador não pode devolver a sua energia despendida na execução dos serviços.

A nulidade, em havendo a contratação sem o concurso público, deve ser decretada, porém, de forma irretroativa, justificando-se no mínimo que o trabalhador tenha direito ao pagamento dos salários havidos durante o período.

A par dessas discussões, há na doutrina várias posições que discutem os efeitos da prestação dos serviços na Administração Pública sem a realização do concurso público.

A primeira corrente doutrinária é no sentido de que a contratação irregular não gera nenhum efeito para o trabalhador, inclusive havendo a faculdade da própria Administração declarar nula a contratação.

Em nosso entendimento, dentro deste prisma, o trabalhador não pode ser condenado a ressarcir os valores recebidos a título de vencimentos ou salários, pois a decretação da nulidade torna impossível fazer o restabelecimento da situação anterior.

Para a segunda corrente, a nulidade reconhecida tem os seus efeitos a partir do momento de sua declaração, sendo que o trabalhador tem direito à percepção de seus direitos legais até o citado momento, como forma de indenização, porém, sem haver o registro de seu contrato na CTPS, inclusive não gerando efeitos para fins de Previdência Social.

A terceira corrente entende que a ausência do concurso ou de suas irregularidades não vicia o contrato de trabalho,

fazendo o trabalhador jus aos seus direitos trabalhistas, inclusive para fins previdenciários.

Em quaisquer dessas hipóteses, o responsável pela contratação, em qualquer nível da administração pública, deve ser responsabilizado, devendo indenizar os cofres públicos em função de seus atos na gestão da coisa pública (art. 37, § 2º, CF).

De qualquer maneira, é imperiosa a citação do § 2º do art. 37 da Carta Política de 1988, *in verbis*: "A não observância do disposto nos incisos II e III implicará a nulidade do ato e a punição da autoridade responsável, nos termos da lei".

A irregularidade leva à nulidade do ato e à imputação da autoridade responsável.

Em tese, o ato da contratação irregular é nulo, não gerando qualquer efeito.

Para o STF é inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido (Súm. nº 685, STF).

O Tribunal Superior do Trabalho, pela Orientação Jurisprudencial nº 85 agasalhou a primeira corrente, ao reconhecer somente o direito à percepção dos salários dos dias efetivamente trabalhados. A jurisprudência dominante transformou-se na Súmula nº 363: "A contratação de servidor público, após a Constituição Federal de 1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no seu art. 37, II, e § 2º, somente conferindo-lhe direito ao pagamento dos dias efetivamente trabalhados segundo a contraprestação pactuada".

*"...há de ser aplicável à irretroatividade das nulidades, pois o trabalhador não pode devolver a sua energia despendida na execução dos serviços."*

Admite, inclusive, ação rescisória por violação ao art. 37, II e § 2º, CF (OJ nº 10, SDI-II<sup>22</sup>).

Em situação equivalente, o Tribunal Superior do Trabalho entende que procede a solicitação de rescisão do julgado quando a assunção do professor-adjunto ao cargo de professor-titular de universidade pública ocorre sem prévia aprovação em concurso público (OJ nº 38, SDI-II<sup>23</sup>).

Em abril de 2002, o Tribunal Superior do Trabalho reviu a redação da Súmula nº 363: *"A contratação de servidor público, após a Constituição de 1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no seu art. 37, II e § 2º, somente conferindo-lhe direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o salário-mínimo/hora"*.

No final do ano de 2003, a Súmula nº 363 passou a ter a seguinte redação: *"A contratação de servidor público, após a CF/1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no respectivo art. 37, II e § 2º, somente lhe conferindo direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS"* (Res. nº 121/2003, DJ 21.11.2003).

Com isso, o Tribunal Superior do Trabalho reafirmou a sua posição de nulidade do contrato de trabalho com a Administração Pública quando ausente a aprovação em concurso público, garantindo apenas o pagamento das horas efetivamente trabalhadas, de modo a excluir os descansos semanais remunerados, adicionais, afastamentos e licenças remuneradas, mas garantiu o

pagamento do salário-mínimo/hora e os depósitos do fundo de garantia por tempo de serviço. Naquelas situações em que o salário mensal era inferior ao salário mínimo nacional, o entendimento de que o salário-mínimo/hora deve ser observado tenta garantir um mínimo de dignidade ao trabalhador.

A última alteração da Súmula nº 363, TST, decorre de imposição legal que reconheceu o direito aos depósitos do FGTS mesmo havendo a nulidade do contrato de trabalho por ausência de concurso público (MP nº 2.164-41/2001, a qual inseriu o art. 19-A na Lei nº 8.036/90, convalidada pela EC. nº 32, art. 2º).

É de se acrescentar ainda que o TST tem aplicado a sistemática da Súmula nº 256 para as hipóteses de vínculo empregatício com a Administração Pública em relação ao período anterior da CF/88 (OJ nº 321, SDI-I), ou seja, salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis nº 6.019, de 03/01/1974, e nº 7.102, de 20/06/1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços. A Súmula nº 256, TST, foi revista pela Súmula nº 331 (Res. nº 23/1993, DJ 21/12/93), sendo, posteriormente, cancelado pela Res. nº 121/2003, DJ 21/11/2003.

Isso porque, na vigência na Constituição anterior, a exigência de aprovação em concurso público era apenas para o provimento de cargo estatutário efetivo, não havendo essa exigência quando da celebração de contrato de trabalho.

#### 4.1.3 Responsabilidade Subsidiária

A empresa tomadora tem o dever de fiscalizar o cumprimento das obrigações

<sup>22</sup>OJ nº 10, SDI-II. – Ação rescisória. Contrato nulo. Administração pública. Efeitos. Art. 37, II e § 2º da CF/88. Somente por ofensa ao art. 37, II e § 2º, CF/88, procede o pedido de rescisão de julgado para considerar nula a contratação, sem concurso público, de servidor, após a CF/88.

<sup>23</sup>OJ nº 38, SDI-II – Ação rescisória. Professor-adjunto. Ingresso no cargo de professor-titular. Exigência de concurso público (Lei nº 7.581/87, Decreto nº 94.664/87 e art. 206, V, CF/88). A assunção do professor-adjunto ao cargo de professor-titular de universidade pública, sem prévia aprovação em concurso público, viola o art. 206, V, da Constituição Federal. Procedência do pedido de rescisão do julgado.

trabalhistas da empresa escolhida<sup>24</sup>. É o desdobramento da responsabilidade civil quanto às relações do trabalho, através da culpa *in eligendo* e *in vigilando*. Deve solicitar, mensalmente, a comprovação quanto aos recolhimentos previdenciários, fiscais e trabalhistas. Essa denotação decorre do fato de que o crédito trabalhista é superprivilegiado (art. 186, CTN e art. 449, CLT).

A responsabilidade subsidiária é aplicável quando ficar evidente que a empresa prestadora é inadimplente quanto aos títulos trabalhistas de seus empregados. É comum, pela experiência forense, quando se tem a rescisão do contrato de prestação de serviços entre a tomadora e a prestadora, não haver o pagamento dos títulos rescisórios dos empregados da segunda. Diante desta situação de inadimplemento, pela aplicação decorrente da responsabilidade civil — culpa *in eligendo* e *in vigilando*, a tomadora deverá ser responsabilizada.

Claro está que a empresa tomadora deve ser inserida na relação jurídica processual, para que possa ser responsabilizada, em caso do inadimplemento por parte da empresa prestadora.

A inclusão é uma medida salutar, pois, fazendo parte da relação jurídica processual, a empresa tomadora poderá requerer em Juízo as provas necessárias, deduzir os seus argumentos etc., visando o respeito aos princípios do contraditório e do amplo direito de defesa, como pilares do devido processo legal.

Por outro lado, a coisa julgada somente faz lei entre as partes (art. 472, CPC), logo, em havendo o reconhecimento de sua responsabilidade, poderá ser acionada no transcorrer da execução (art. 876, CLT).

#### 4.2 O art. 129 da Lei nº 11.196/05 e a Terceirização

O art. 129 da Lei nº 11.196/05 permite ao prestador de serviços intelectuais,

*"Claro está que a empresa tomadora deve ser inserida na relação jurídica processual, para que possa ser responsabilizada, em caso de inadimplemento por parte da empresa prestadora."*

<sup>24</sup> "É que toda a atividade lesiva a um interesse patrimonial ou moral gera a necessidade de reparação, de restabelecimento do equilíbrio violado, que é o fato gerador da responsabilidade civil. Embora considerada 'a grande vedete do direito civil', a responsabilidade estende-se a outros ramos do Direito, como decorrência da unidade jurídica dos institutos basilares. A função da responsabilidade é, portanto, servir como sanção civil, de natureza compensatória. Essa sanção funda-se na culpa (responsabilidade subjetiva) e também no risco (responsabilidade objetiva), 'representando esta última uma reformulação da teoria da responsabilidade civil dentro de um processo de humanização'. O risco traduz uma objetivação da responsabilidade, garantida com o fim de assegurar uma proteção jurídica à pessoa humana, 'em particular aos trabalhadores e às vítimas de acidentes, contra a insegurança material e todo dano deve ter um responsável. A noção de risco prescinde da prova da culpa do lesante, contentando-se com a simples causação externa, bastando à prova de que o evento ocorreu do exercício da atividade, para que o prejuízo por ela criado seja indenizado. Baseia-se no princípio do *ubi emolumentum, ibi ius* (ou *ibi onus*), isto é, a pessoa que se aproveitar dos riscos ocasionados deverá arcar com suas conseqüências. Outra tendência diz respeito ao progressivo aumento da extensão da responsabilidade. A cada dia amplia-se o número de pessoas responsáveis pelos danos, admitindo-se, ao lado da responsabilidade direta ou por fato próprio do imputado, a indireta, por fatos de terceiro e coisas sob sua guarda, fundada na idéia de culpa presumida (*in eligendo* ou *in vigilando*). No Direito Civil, a responsabilidade por fatos de terceiro atribui responsabilidade civil solidária aos pais pelos danos causados a outrem pelos filhos menores, com fulcro na falta de vigilância; da mesma forma, responsabiliza-se o comitente pelos atos de seus prepostos por culpa *in eligendo* (Súmula 341 do STF). A reformulação da teoria da responsabilidade civil encaixa-se como uma luva na hipótese da terceirização. O tomador dos serviços responderá, na falta de previsão legal ou contratual, subsidiariamente, pelo inadimplemento das obrigações sociais a cargo da empresa prestadora de serviços. Trata-se de uma responsabilidade indireta, fundada na idéia de culpa presumida (*in eligendo*), ou seja, na má escolha do fornecedor da mão-de-obra e também no risco (art. 927, parágrafo único, do Código Civil de 2002), já que evento, isto é, a inadimplência da prestadora de serviços, decorreu do exercício de uma atividade que se reverteu em proveito do tomador" (BARROS, Alice Monteiro de. Ob. cit., p. 426).

inclusive os de natureza científica, artística ou cultural, em caráter personalíssimo ou não, com ou sem a designação de quaisquer obrigações a sócios ou empregador da sociedade prestadora de serviços, quando por esta realizada, o recolhimento das suas obrigações fiscais e previdenciárias como pessoa jurídica.

No cumprimento das obrigações pactuadas, a execução dos serviços pela empresa prestadora poderá ser efetuada por: a) empregados; b) outros tipos de trabalhadores (autônomo ou eventual); c) esforço pessoal do sócio ou dos sócios da empresa prestadora.

Na parte relativa à terceirização trabalhista, o enfoque será dado ao trabalho realizado pela empresa prestadora quando os serviços são executados por empregados ou por outros tipos de trabalhadores (autônomos e eventuais).

#### **4.2.1 A Prestação dos Serviços de Empregados da Empresa Prestadora junto à Empresa Tomadora**

Não há incompatibilidade do artigo 129 da Lei nº 11.196/05 com a terceirização, quando a empresa prestadora de serviços intelectuais, científicos, artísticos ou culturais, no cumprimento de suas obrigações contratuais junto à empresa tomadora, emprega trabalhadores por ela contratados na qualidade de empregados, além de observar os seguintes requisitos: a) a contratação

destina-se à realização de determinado e específico serviço fora do âmbito das atividades-fim e normais da empresa tomadora (art. 2º, *caput*, Instrução Normativa MTb/GM nº 3, de 29 de agosto de 1997); b) o contrato entre a prestadora e a tomadora regula-se pela lei civil (art. 2º, § 1º); c) a prestação dos serviços, dependendo da sua natureza, poderá se desenvolver nas instalações físicas da empresa tomadora ou em outro local por ela determinado (art. 2º, § 4º); d) a empresa prestadora é a responsável pela contratação, remuneração e direção dos serviços executados pelos seus empregados (art. 2º, § 5º);<sup>25</sup> e) os empregados da prestadora não estão subordinados ao poder (diretivo, técnico e disciplinar) da empresa contratante (art. 2º, § 6º).

Na terceirização permitida (estágios: inicial e intermediário da atividade econômica da empresa tomadora), sem que se tenha a pessoalidade e a subordinação direta dos empregados da empresa prestadora junto à empresa tomadora haverá a responsabilidade subsidiária da segunda pelos débitos trabalhistas da primeira junto aos seus empregados.

Diante da fraude na contratação das duas empresas, nos estágios inicial e intermediário da contratante, o vínculo empregatício se forma entre o trabalhador e a empresa tomadora<sup>26</sup>, com a responsabilidade solidária das duas empresas.

<sup>25</sup>No âmbito da fiscalização pelo Ministério do Trabalho, quando da inspeção na empresa de prestação de serviços ou na contratante, serão observadas as seguintes disposições: a) registro de empregado - deve permanecer no local da prestação de serviços, para exame do contrato de prestação e identificação do cargo para o qual o trabalhador foi contratado, salvo quando o empregado tiver cartão de identificação, tipo crachá, contendo nome completo, função, data de admissão e número do PIS-PASEP, hipótese em que a Fiscalização fará a verificação do registro na sede da empresa prestadora de serviços, caso esta sede se localize no Município onde está sendo realizada a ação fiscal; b) horário de trabalho - o controle de jornada de trabalho deve ser feito no local da prestação de serviços. Tratando-se de trabalhador externo (papeleta) este controle deve permanecer na sede da empresa prestadora de serviços a terceiros; c) atividade do trabalhador - o agente da inspeção do trabalho deve observar as tarefas executadas pelo trabalhador da empresa prestadora de serviços, a fim de constatar se estas não estão ligadas às atividades-fim e essenciais da contratante; d) o contrato social - o agente da inspeção do trabalho deve examinar os contratos sociais da contratante e da empresa prestadora de serviços, com a finalidade de constatar se as mesmas se propõem a explorar as mesmas atividades-fim; e) contrato de prestação de serviços - o agente da inspeção do trabalho deve verificar se há compatibilidade entre o objeto do contrato de prestação de serviços e as tarefas desenvolvidas pelos empregados da prestadora, com o objetivo de constatar se ocorre desvio de função de trabalhador (art. 5º, *a a z*, da Instrução MTb/GM nº 3, de 29 de agosto de 1997).

<sup>26</sup>Presentes os requisitos configuradores da relação de emprego entre a contratante e os empregados da empresa de prestação de serviços a terceiros ou desvio de função destes, lavrar-se-á em desfavor da contratante, o competente ato de infração, pela caracterização do vínculo empregatício (art. 5º, parágrafo único, da Instrução MTb/GM nº 3, de 29 de agosto de 1997).

Quando não há a possibilidade jurídica da terceirização, ou seja, na atividade-fim da empresa tomadora, independentemente da subordinação direta ou da pessoalidade, forma-se o vínculo empregatício entre o trabalhador e a empresa tomadora, com a responsabilidade solidária das duas empresas (a tomadora e a prestadora).

A terceirização privada é permitida não só no âmbito da iniciativa como junto à Administração Pública. Na última hipótese, o contrato celebrado entre a empresa prestadora de serviços e a pessoa jurídica de direito público é de natureza administrativa com efeitos civis, na conformidade do § 7º, artigo 10 do Decreto-lei nº 200/67<sup>27</sup> e da Lei nº 8.666/93 (art. 4º, *caput*; Instrução Normativa MTb/GM nº 3, de 29 de agosto de 1997).

Contudo, quando se tiver a fraude ou a contratação de empregados junto à atividade-fim na área da Administração Pública, diante da regra constitucional da obrigatoriedade do concurso público (art. 37, II), não haverá a formação do vínculo empregatício entre o trabalhador e a pessoa jurídica de direito público. No máximo, a consequência é no sentido de que a Administração Pública, pela jurisprudência atual do Tribunal Superior do Trabalho (Súmula nº 331, IV), é a responsável subsidiária dos direitos trabalhistas dos trabalhadores da empresa prestadora.

O entendimento jurisprudencial dissocia-se do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, o qual prevê expressamente que: *"A inadimplência do contratado com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o registro de imóveis"*.

<sup>27</sup>Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução (art. 10, § 7º, Decreto-lei nº 200/67).

Assim, a Lei nº 8.666/93, que disciplina o processo licitatório, em seu art. 71, § 1º, exclui qualquer responsabilidade da Administração por encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não quitados pelas empresas prestadoras de serviços.

Por outro lado, o § 2º do art. 71 atribui à Administração a responsabilidade solidária pelos encargos previdenciários resultantes do contrato, nos termos do art. 31, Lei nº 8.212/91.

Ressalvados os casos especificados na legislação própria, o texto constitucional determina que as obras, serviços, compras e alienações somente serão contratados mediante processo de licitação pública, a qual tem como pressuposto basilar a igualdade de condições entre todos os concorrentes (art. 37, XXI).

Desta forma, entendem os publicistas, invocando o princípio da estrita legalidade, que a Administração não pode ser tida como responsável por nenhum ato praticado pela empresa vencedora do processo licitatório. Até porque a atribuição de fiscalização do cumprimento das normas trabalhistas é de competência do Ministério Público do Trabalho e órgãos integrantes do Ministério do Trabalho, como as delegacias regionais do trabalho.

Acrescente-se a isso que nem poderia a Administração, se quisesse, criar regras no processo licitatório sobre fiscalização das normas trabalhistas, por ser da União apenas a competência para legislar sobre Direito do Trabalho (art. 22, I, CF).

Pensar ainda que eventuais cláusulas contratuais possuem caráter privado, sendo facultado às partes disporem de forma ampla e irrestrita, desde que não atentem contra restrições legais, é um equívoco, porque a Administração está adstrita à legalidade em todos os seus atos e os contratos

celebrados com a Administração são regidos pelos princípios e normas do Direito Público e não Privado, como ocorre na iniciativa privada.

Ademais, poder-se-ia lembrar que a maior parte dos Municípios e mesmo dos órgãos da Administração Pública não possuem quadro técnico suficiente ou com competência técnica para supervisionar todos os serviços terceirizados. De maneira que obrigaria o Administrador a promover outro processo licitatório, agora para contratar uma empresa fiscalizadora, o que seria um absurdo do ponto de vista administrativo burocrático e custo-operacional.

O Tribunal Superior do Trabalho, inicialmente, apenas atribua a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas quando tivesse participado da relação processual e constasse também do título executivo judicial (En. nº 331, IV).

Com a Resolução nº 96, de 11/9/2000, o item IV do En. nº 331 sofreu alteração, passando a atribuir expressamente responsabilidade subsidiária para a Administração Pública, apesar do previsto no art. 71, da Lei nº 8.666/93.

Neste ponto, dois podem ser os posicionamentos: a) inconstitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, na medida em que estaria violando o princípio constitucional da igualdade (art. 5º, *caput*) e os preceitos de que o trabalho é um dos fundamentos do Estado Democrático (art. 1º, IV), a ordem econômica deve estar fundada na valorização do trabalho (art. 170) e a ordem social tem como base o primado do trabalho (art. 193); b) inaplicabilidade do art. 71, § 1º, nas questões de terceirização trabalhista, já que há o sistema positivo a atribuir responsabilidade àquele que age com culpa *in vigilando* e *in eligendo*, além de possibilitar

a fraude a direitos trabalhistas e violar os preceitos constitucionais mencionados.

Para o STF, a discussão acerca da responsabilidade subsidiária da Administração Pública por débitos trabalhistas, baseando-se no confronto entre a Lei 8.666/93 e o Súmula nº 331, TST, reside no âmbito infraconstitucional.<sup>28</sup>

Importante lembrar que a Administração Pública, quando contrata pessoal pelo regime da Consolidação das Leis do trabalho, equipara-se ao empregador privado, sem qualquer prerrogativa de império, apesar de sofrer inúmeras limitações pelas normas de Direito Público.

Acrescente-se, admitindo a responsabilidade da Administração Pública, que parte da doutrina entende que a responsabilidade é objetiva, conforme mandamento constitucional (art. 37, § 6º).

#### 4.2.2 A Adoção de Trabalhadores Autônomos ou Eventuais pela Empresa Prestadora junto à Empresa Tomadora

Será que é possível a empresa prestadora de serviços, no adimplemento das suas obrigações contratuais junto à empresa tomadora ou a contratante, adotar a utilização da mão-de-obra de trabalhadores autônomos ou eventuais?

Diante da Súmula nº 331 do TST e da Instrução Normativa nº 3 do MTb/GM, de 29 de agosto de 1997, entendemos que a resposta é negativa, não se admitindo a adoção da mão-de-obra de trabalhadores autônomos ou eventuais por parte da empresa prestadora.

Não se pode admitir uma empresa prestadora que compreende a prestação de serviços a terceiro, portanto, a essência da sua atividade econômica e societária, valer-se de trabalhadores que não sejam os seus

<sup>28</sup> STF - 1º T. - AI nº 409.572-AgR - Rel. Min. Ilmar Galvão - DJ 7/3/2003; STF - 2º T. - AI nº 401.222-AgR - Rel. Min. Nelson Jobim - DJ 29/11/2002; STF - 2º T. - AI nº 453.737-AgR - Rel. Min. Celso de Mello - DJ 5/12/2003).

empregados. A resistência do Direito do Trabalho à terceirização na atividade-fim das empresas é salutar e adequada ao caráter protecionista da legislação trabalhista, notadamente, pelo avanço das empresas prestadoras como empregadoras na economia nacional.

Como regra, portanto, a empresa prestadora prevista no art. 129 da Lei nº 11.196/05, não poderá adotar a mão-de-obra autônoma ou eventual por ela contratada para o adimplemento das suas obrigações contratuais junto à empresa tomadora ou a contratante. Contudo, em situações especiais, pelas peculiaridades da necessidade ou pela natureza das tarefas a serem executadas, será válida pela empresa prestadora a adoção da mão-de-obra autônoma na execução dos serviços contratados. Nessa hipótese, a empresa tomadora será responsável subsidiária pelas obrigações contratuais não adimplidas pela empresa prestadora junto aos trabalhadores autônomos ou eventuais.

#### 4.3 O art. 129 da Lei nº 11.196/05 e o Trabalho Executado por Sócio ou Sócios da Empresa Prestadora de Serviços Intelectuais

##### 4.3.1 Trabalho Humano e o Direito do Trabalho

Em sentido amplo, o trabalho pode ser considerado como toda e qualquer atividade, não se perquirindo a respeito do agente, da natureza ou da sua destinação.

Quando a atividade é humana, adota-se uma visão restrita, justificando a interação do trabalho com a órbita do Direi-

to. A atividade humana pode ter uma natureza econômica ou não. Várias são as atividades humanas que visam a outros fins. Por exemplo: o serviço voluntário que não gera vínculo empregatício, nem obrigações de natureza trabalhista, previdenciária ou afim (art. 1º, § 1º, Lei nº 9.608/98).

Para o Direito do Trabalho, no entanto, o que interessa é a atividade humana aplicada à produção de bens ou serviços. Assim, mesmo quando se fala em produção, é importante precisar sua destinação. Não basta o trabalho para o suprimento das necessidades de seu agente.

O trabalho jurídico, para a sua caracterização, exige uma relação interpessoal e o interesse do sujeito da relação. Tais elementos são os pressupostos da interação do trabalho humano com o Direito do Trabalho, mas em função da ordem jurídico-trabalhista nacional (Consolidação das Leis do Trabalho), sempre houve o realce para o trabalho subordinado (relação jurídica empregatícia). A subordinação é elemento presente nas relações jurídicas que interessam ao Direito do Trabalho, inserindo-se nas

diversas espécies, a saber: trabalho empregatício; doméstico; eventual; rural; temporário e avulso.

##### 4.3.2 Relação de Trabalho

Na dinâmica sócio-jurídica<sup>29</sup> há uma série de relações jurídicas, as quais envolvem a atividade humana como objeto e que não se relacionam com a subordinação.

Relação de trabalho é a relação jurídica em que o prestador dos serviços é uma

*“...a empresa prestadora prevista no art. 129 da Lei nº 11.196/05, não poderá adotar a mão-de-obra autônoma ou eventual...”*

<sup>29</sup>Há uma série de relações jurídicas nas quais se tem a presença do trabalho humano, sem a presença da subordinação como elemento essencial, a saber: prestação de serviços (arts. 593 e seguintes, CC); contrato de transporte (art. 730); contrato de agência e distribuição (arts. 710 a 721); corretagem (arts. 722 e seguintes).

pessoa natural, tendo por objeto a atividade pessoal, subordinada ou não, eventual ou não, e que é remunerada (ou não) por uma outra pessoa natural ou pessoa jurídica. Portanto, relação de trabalho é o gênero, sendo a relação de emprego<sup>30</sup> uma de suas espécies. A relação de emprego é regida pela Consolidação das Leis do Trabalho – CLT.

### 4.3.3 Relação de Trabalho e o art. 129 da Lei nº 11.196/05

Para fins fiscais e previdenciários, a prestação de serviços intelectuais, inclusive os de natureza científica, artística ou cultural, poderá ser executada em caráter personalíssimo ou não, com ou sem a designação de quaisquer obrigações a sócios ou empregados da sociedade prestadora de serviços (art. 129, Lei nº 11.196/05).

De acordo com o art. 129, um trabalhador ou um grupo de trabalhadores, como prestador ou prestadores de serviços intelectuais, científicos, artísticos ou culturais,

poderá constituir ou constituírem uma empresa e por meio dela prestar os seus serviços, assumindo, assim, os encargos legais fiscais e previdenciários como pessoa jurídica.

Na essência, do ponto de vista da primazia da realidade<sup>31</sup>, o que se tem é uma relação de trabalho, contudo, uma pessoa jurídica para fins de recolhimento das obrigações legais fiscais e previdenciárias.

Será que a aplicação do art. 129 da Lei nº 11.196/05 não levará ao aumento da informalidade nas relações jurídico-trabalhistas?

Não se pode negar que sempre houve uma forte tendência dos empregadores, na qualidade de tomadores de serviços, na exigência da constituição de pessoa jurídica pelos seus trabalhadores (os quais, na verdade, são empregados), como forma de evitar o pagamento dos encargos impostos pela legislação trabalhista.

*“Será que a aplicação do art. 129 da Lei nº 11.196/05 não levará ao aumento da informalidade nas relações jurídico-trabalhistas?”*

<sup>30</sup> Relação de emprego é um contrato, cujo conteúdo mínimo é a lei, possuindo como sujeitos, de um lado, o empregado, que presta serviços, e, de outro lado, o empregador, em função de quem os serviços são prestados de forma subordinada, habitual e mediante salário. Dentro desse prisma, devemos desenvolver as seguintes assertivas: a) contrato de trabalho – acordo tácito ou expresso que corresponde à relação de emprego; b) os sujeitos são o empregado e o empregador; c) empregado, como a pessoa física prestadora de serviços de natureza não eventual a empregador, sob a subordinação deste e mediante salário (art. 3º, CLT); d) empregador é a empresa ou outros entes que admitem, assalariam e dirigem a prestação pessoal dos serviços (art. 2º, CLT).

<sup>31</sup> Pelo princípio da primazia da realidade (também intitulado contrato realidade), no caso de discordância entre o que ocorre de fato e o que está nos documentos trabalhistas, haverá a prevalência do sucedido no plano dos fatos. Para o Direito do Trabalho, os documentos são válidos desde que estejam em sintonia com a realidade diária do contrato individual de trabalho. Na visão de Maurício Godinho Delgado, a pesquisa, no âmbito do Direito do Trabalho, de forma preferencial, deve estar relacionada com a “prática concreta efetivada ao longo da prestação dos serviços, independentemente da vontade eventualmente manifestada pelas partes na respectiva relação jurídica. A prática habitual – na qualidade de uso – altera o contrato pactuado, gerando direitos e obrigações novos às partes contratantes (respeitada a fronteira da inalterabilidade contratual lesiva). Desse modo, o conteúdo do contrato de trabalho não se circunscreve ao transposto no correspondente instrumento escrito, incorporando amplamente todos os matizes lançados pelo cotidiano da prestação dos serviços. O princípio do contrato realidade autoriza, assim, por exemplo, a descaracterização do contrato despontem, concretamente, todos os elementos fático-jurídicos da relação de emprego (trabalho por pessoa física, com pessoalidade, não-eventualidade, onerosidade e sob subordinação). O princípio da primazia da realidade sobre a forma constitui-se em poderoso instrumento para a pesquisa e encontro da verdade real em uma situação de litígio trabalhista” (Ob. cit., p. 207).

Por outro lado, os trabalhadores, mesmo quando não se tem uma relação de emprego, tendem a constituir uma pessoa jurídica, para proceder ao recolhimento das alíquotas fiscais e previdenciárias, furtando, assim a tributação como pessoas físicas.

Na visão de Almir Pazzianotto Pinto<sup>32</sup>, o art. 129 da Lei nº 11.196/05 não colide com o Direito do Trabalho: *“Em um País onde a legislação trabalhista é acusada de promover o estrangulamento do mercado de trabalho, profissionais de elevada qualificação defendem-se criando empresas prestadoras de serviços, as PJs, destinadas a facilitar-lhes oportunidades de colocação como pessoas jurídicas.*

*Nada há de errado nessa decisão, desde que os associados sejam civilmente capazes, o objeto da empresa lícito e se respeitem as formalidades burocráticas e fiscais. O artigo 170 da Constituição prescreve que ‘A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem como finalidade assegurar, a todos, existência digna, conforme os ditames da justiça social’. O inciso IX do dispositivo, por sua vez, garante ‘tratamento favorecido às empresas de pequeno porte’, e o parágrafo único diz que ‘É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização dos órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei’.*

*Norma jurídica alguma, constitucional ou infraconstitucional, impõe às pessoas que trabalhem como empregadas ou que assumam a posição de empregadoras. Tornar-se empresário ou ser empregado são apenas opções que se oferecem à pessoa que alcança a idade de ingresso no mercado de trabalho, conclui formação acadêmica ou se vê perante a necessidade de tomar decisão a respeito do que fazer na vida.*

*Muitos escolhem profissão liberal ou se estabelecem com negócio próprio. Existe quem aprecie o serviço público. A maioria acaba, todavia, empresa ou desempregada.*

*Quando, porém, alguém se organiza como micro ou pequena empresa, obedece à tendência dominante no mercado. (...) Não integra as atribuições da fiscalização do trabalho tomar a iniciativa de converter, por coerção e grave ameaça, trabalhadores autônomos e titulares de pessoas jurídicas em empregados. A Justiça do Trabalho tem competência para fazê-lo mediante sentença, se voluntariamente provocada em ação própria, por alguém que se considere lesado e invoque o princípio do ‘contrato realidade’, embutido na CLT. Nenhuma decisão, porém, será tomada sem garantir-se ao réu o contraditório e o amplo direito de defesa. O juiz investigará, também, se o autor da reclamação agiu com má-fé ao se apresentar como pessoa jurídica, profissional liberal ou trabalhador autônomo, para, depois, reivindicar o reconhecimento tardio de relação de emprego.*

*A simplificação do sistema tributário deve ser concluída com a revisão modernizadora das leis trabalhistas. É indispensável que se assegure àqueles que, por livre opção, se organizarem como pessoas jurídicas, a tranquilidade da prestação de serviços, sem temerem a ingerência do Ministério do Trabalho ou do Ministério Público do Trabalho. Estas instituições do Estado aparentemente não conseguem reconhecer, na multifacetada economia contemporânea, outras formas de exercício de profissão, a não ser através do velho, complicado e inseguro contrato de trabalho”.*

No sentido oposto, a Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do

<sup>32</sup>PINTO, Almir Pazzianotto. *Liberdade de Trabalho e PJ*. In *Revista Jurídica Consulex*. Brasília: Editora Consulex, ano IX, nº 211, outubro de 2005, p. 34.

Trabalho – ANAMATRA estuda a possibilidade de ingressar com uma ação direta de inconstitucionalidade contra o art. 129 da Lei nº 11.196, sob o argumento de que “a relação de emprego definida como trabalho humano prestado de forma pessoal, subordinada, onerosa e não eventual foi elevada a cláusula pétrea quando inserida, em 1988, no art. 7º da Constituição da República, o que demonstra satisfatoriamente a inconstitucionalidade de dispositivos como o art. 129 da Lei 11.196/2005”.

Para o presidente da Anamatra, José Nilton Pandelot,<sup>33</sup> “o Governo Federal ‘demonstrou sua irresponsabilidade social’ ao não vetar artigo que ‘claramente precariza o trabalho humano ao permitir a contratação de trabalhador que presta serviço pessoal, subordinado, não eventual e oneroso como pessoa jurídica.’

Segundo José Nilton Pandelot, a nova regra tem o objetivo de “beneficiar os empregadores em detrimento dos empregados, pois pretende transferir para estes últimos a responsabilidade exclusiva de pagar a contribuição previdenciária e afastar a obrigação de pagar ao trabalhador os direitos típicos devidos em uma relação de emprego.”

A alteração na regra teria sido concebida para incentivar a contratação de trabalhadores informais como pessoas jurídicas, conhecidas como PJ, mas o Presidente da Anamatra sustenta que “a redução dos custos empresariais da contratação de empregado significa, na verdade, a eliminação de direitos do trabalhador e sua retirada da órbita de proteção do contrato de trabalho”.

Afirma José Nilton Pandelot que os argumentos usados para a aprovação do artigo 129 são falsos, já que “não podem ser considerados no alegado custo da contratação de empregado direitos como

o décimo terceiro salário, adicional de férias, FGTS dentre outros. Quando se fala em redução do ‘custo Brasil’ pretende-se mesmo é promover alterações na legislação trabalhista para eliminar os direitos dos trabalhadores.’

Acrescenta que “a generalização do contrato de PJ não retirará o trabalhador da informalidade. A proposta do Governo estimula ainda mais as fraudes, pois abre a grave possibilidade de os empresários substituírem a mão-de-obra empregada por prestadores de serviços contratados como Pessoas Jurídicas, rescindindo contratados antigos”.

O juiz trabalhista alerta que a precarização pretendida pela nova regra consiste, ainda, na transferência da responsabilidade do pagamento do INSS para o trabalhador e na eliminação da incidência sobre o rendimento da Pessoa Jurídica de contribuições importantes para a economia, como o FGTS (que é usado na Habitação), o FAT (Fundo de Amparo ao Trabalhador) e o SAT (Seguro de Acidente de Trabalho).

Para Pandelot, “ao invés de abrir mão da arrecadação para favorecer contratações irregulares, o Governo deveria mesmo é reduzir impostos e prestigiar as contratações com base na CLT”.

Finaliza Pandelot, ao dizer que o “Governo que aceita ingerências internacionais e se submete a imposições do neoliberalismo trai sua própria origem trabalhista e sindical. Por isso, combater o art. 129 deve ser missão daqueles que se preocupam verdadeiramente com a proteção do trabalhador, uma vez que a denominada Pessoa Jurídica não garante qualquer amparo: no desemprego, na doença, nos acidentes de trabalho, na aposentadoria por invalidez ou idade e até na compra da casa própria”.

<sup>33</sup>Contratação de trabalhador como Pessoa Jurídica é inconstitucional. <http://www.anamatra.org.br/noticias>. consulta em 28.11.2005.

Em nossa opinião, cada análise e o respectivo juízo de valor, há de ser efetuado em função do caso concreto. A análise fática há de ser filtrada pelo princípio da primazia da realidade, como também da boa-fé dos contratantes.

Portanto, não podemos afirmar que o art. 129 da Lei nº 11.196/05 represente uma forma institucional de precarização das relações trabalhistas ou que se conflita de plano com o Texto Constitucional.

Diante do caso concreto, na constatação dos requisitos da relação de emprego, a Justiça do Trabalho deverá reconhecê-lo, impondo-se o reconhecimento do contrato individual de trabalho, inclusive, com os encargos legais tributários pertinentes.

## BIBLIOGRAFIA

- BARAÚNA, Augusto Cezar Ferreira de. *A Terceirização à luz do Direito do Trabalho*. São Paulo: LED, 1997.
- BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2005
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 6ª ed., 2001.
- Contratação de trabalhador como Pessoa Jurídica é inconstitucional*. <http://www.anamatra.org.br/noticias>, consulta em 28.11.2005.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição de 1988* – v. 4. São Paulo: Forense Universitária, 3ª ed., 1998.
- DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2ª ed., 2003.
- DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico* – v. 4. São Paulo: Saraiva, 1998.
- HARADA, Kiyoshi. MP do Bem. *Breves comentários da Lei nº 11.196/2005*. Jus Navigandi, Teresina, a. 10, n. 885, 5 dez. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7653>>. Acesso em: 11 dez. 2005.
- PASQUALIN, Roberto. *Pessoa Física que é Jurídica*. In: *Gazeta Mercantil*, 29.12.2005.
- JORGE NETO, Francisco Ferreira e CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. *Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 3ª ed., 2005.
- MAGANO, Octavio Bueno. *Manual de Direito do Trabalho – Direito Individual do Trabalho* - v. 2. São Paulo: LTr, 4ª ed., 1993.
- MARANHÃO, Délio. *Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas. 8ª ed., 1980.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Regime dos Servidores da Administração Direta e Indireta*. São Paulo: Malheiros, 3ª ed., 1995.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 27ª ed., 2001.
- PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 17ª ed., 2004.
- PINTO, Almir Pazzianotto. Liberdade de Trabalho e PJ. In *Revista Jurídica Consulex*. Brasília: Editora Consulex, ano IX, nº 211, outubro de 2005.
- SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 20ª ed., 2002.

# MODALIDADES DA COISA JULGADA COLETIVA

RONALDO LIMA DOS SANTOS\*

**Resumo:** O dogma da coisa julgada sofreu várias modificações conceituais e de conteúdo, de forma que existem diversas formas de coisa julgada, a depender da natureza da lide, da qualidade das partes e do conteúdo da decisão. Assim, sem a sua adjetivação, a simples expressão coisa julgada carece de significação plena, razão pela qual tornou-se necessária a junção de um adjetivo a esta expressão para determinar seu conteúdo e a sua natureza, como as expressões “coisa julgada material”, “coisa julgada formal”, “coisa julgada *erga omnes*” etc. Com o advento do microsistema das ações coletivas, cujos motores são a Lei da Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor, a coisa julgada recebeu nova conformação, afastando-se da tradicional configuração individual do processo comum, para adaptar-se às denominadas tutelas de massa, para abranger indivíduos não participantes da relação jurídica processual, além de amoldar-se a modernos parâmetros de formação, dando ensejo a novas modalidades de coisa julgada: “coisa julgada *erga omnes*”, “coisa julgada *ultra partes*”, “coisa julgada *secundum eventum litis*”, “coisa julgada *secundum eventum probationis*”, “coisa julgada *rebus sic stantibus*”; transporte *in utilibus*.

**Sumário:** 1 A adjetivação da coisa julgada; 2 Coisa julgada nas ações coletivas; 3 Coisa julgada *erga omnes* e *ultra partes*; 4 Coisa julgada *secundum eventum litis*; 5 Coisa julgada *secundum eventum probationis*; 6 Transporte *in utilibus* da coisa julgada coletiva; 7 Coisa julgada *rebus sic stantibus*; 7.1 A cláusula *rebus sic stantibus* – evolução histórica; 7.2 A cláusula *rebus sic stantibus* no novo Código Civil; 7.3 A cláusula *rebus sic stantibus* no processo civil. 7.4 A cláusula *rebus sic stantibus* nas ações coletivas; 7.5 A *rebus sic stantibus* no processo do trabalho – A experiência do dissídio coletivo de revisão; 8 Conclusões.

**Palavras-chave:** coisa julgada; coisa julgada coletiva; ações coletivas; coisa julgada *erga omnes*; coisa julgada *ultra partes*; coisa julgada *secundum eventum litis*; coisa julgada *secundum eventum probationis*; transporte *in utilibus* da coisa julgada coletiva; coisa julgada *rebus sic stantibus*.

(\*)Procurador do Trabalho da PR172ª Região. Mestre e Doutor em Direito do Trabalho pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Professor Universitário.

## 1 A ADJETIVAÇÃO DA COISA JULGADA

Uma análise perfunctória da coisa julgada, tal como se encontra nos moldes atuais, demonstra a atual complexidade do processo civil moderno, em especial a denominada jurisdição coletiva.

O antigo dogma liberal da coisa julgada sofreu diversas modificações conceituais e de conteúdo, de tal modo que a simples expressão "coisa julgada" não mais se encontra plena de significado, necessitando da sua coligação com um adjetivo que indique a sua espécie e natureza.

Sem a presença de um adjetivo, o intérprete não tem possibilidade de extrair o real significado do elemento jurídico representado pela expressão "coisa julgada". Seus conteúdo e natureza são determinados pelo processo de adjetivação.

Para citar-se alguns exemplos, fala-se em "coisa julgada material", "coisa julgada formal", "coisa julgada *erga omnes*", "coisa julgada *ultra partes*", "coisa julgada *secundum eventum litis*", "coisa julgada *secundum eventum probationis*", "coisa julgada *rebus sic stantibus*".

Evidente que esse processo de adjetivação, há muito, vem atingindo o próprio processo do qual se origina a coisa julgada. Assim, falamos em "processo de conhecimento", "processo de execução", "processo cautelar", "processo injuncional", "processo cominatório" etc., fenômeno que

igualmente atinge o provimento jurisdicional denominado sentença, "sentença condenatória", "sentença declaratória" ...

Tendo em vista a complexidade dessa temática, pretendemos, com este trabalho, especificar o significado de alguns qualitativos atribuídos à coisa julgada coletiva presente nos processos coletivos como a ação civil pública, a ação coletiva para a defesa dos direitos individuais homogêneos, o dissídio coletivo etc., ressaltando, desde já, que, nas lides coletivas, a adjetivação da coisa julgada obedece, primordialmente, a três ordens de definição: a) da sua formação ou não nas lides coletivas; a) da sua eficácia subjetiva; d) da presença ou não da imutabilidade dos seus efeitos.

## 2 COISA JULGADA NAS AÇÕES COLETIVAS

O microsistema das ações coletivas, cujos motores são a Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85) e o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90)<sup>1</sup>, concedeu um novo regime à eficácia subjetiva da coisa julgada, afastando-a da tradicional regra do artigo 472 do Código de Processo Civil, além de conferir contornos diversos à sua formação objetiva. Nesse sistema de jurisdição, a coisa julgada, assim como a legitimação para agir, constitui um dos pontos sensíveis da regulamentação e do desenvolvimento do processo coletivo.<sup>2</sup>

A principal característica da coisa julgada das ações coletivas consiste no fato de que ela "não respeita os limites subjeti-

<sup>1</sup>Com a promulgação da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, Código de Defesa do Consumidor, inseriu-se o inciso IV, outrora vetado, ao texto da Lei da Ação Civil Pública, corroborando a previsão constitucional de dotar a ação civil pública de idoneidade para a tutela de "qualquer outro interesse difuso ou coletivo". A Lei nº 8.078/90, após introduzir o conceito de direitos individuais homogêneos na legislação nacional e disciplinar a sua tutela processual, inseriu o artigo 21 à Lei nº 7.347/85 para determinar que, em sede de ação civil pública, aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do seu Título III que trata da "Defesa do Consumidor em Juízo", formando-se, assim, um microsistema processual das ações coletivas. Além disso, com o Código de Defesa do Consumidor, deu-se o passo mais relevante para a instauração de uma esfera coletiva de proteção processual. Esse instrumento, além de conferir contornos mais precisos ao objeto da ação civil pública, definiu uma série de conceitos cruciais para a celeridade e segurança desse universo de proteção, como a enunciação dos atributos essenciais e específicos de cada um dos interesses metaindividuais (artigo 81, incisos I, II e III), a tutela processual de direitos individuais homogêneos (artigo 91 e seguintes), a determinação do alcance e efeitos da coisa julgada nas lides coletivas (art. 103, incisos I, II e III), a litispendência entre as lides individuais e as coletivas com o mesmo objeto (artigo 104). A análise de toda a legislação brasileira e dos instrumentos processuais de defesa de direitos coletivos (*lato sensu* - difusos, coletivos e individuais homogêneos), interpretados sistematicamente, nos leva, inexoravelmente, à constatação da existência de um verdadeiro direito processual coletivo. (Cf. SANTOS, Ronaldo Lima dos. *A tutela processual sindical dos direitos metaindividuais - difusos, coletivos e individuais homogêneos - perante a Justiça do Trabalho*. 2002. Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 255-6).

<sup>2</sup>LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002, p. 258.

vos traçados pelo artigo 472 do CPC, tanto entre os legitimados para demandar a tutela dos interesses transindividuais como em face das pessoas individualmente lesadas. Há nesse tipo de processo, possibilidade de eficácia erga omnes (isto é, perante quem não foi parte no processo), embora nem sempre de forma plena."<sup>3</sup>

Com elucida Antonio Gidi, "muitos problemas na aplicação do direito seriam causados se fizéssemos o 'transplante' puro e simples – sem as necessárias adaptações – do regime jurídico da coisa julgada nas ações individuais para as ações coletivas."<sup>4</sup>

O tratamento molecular dos litígios, em substituição ao tradicional tratamento atomizado, exigiu a revisão e adaptação de alguns institutos do direito processual clássico, em especial a legitimidade *ad causam* e os limites da *res judicata*.<sup>5</sup> Como ressalta Rodolfo de Camargo Mancuso, as "várias soluções cogitadas para se resolver o problema da coisa julgada nas ações coletivas (*secundum eventum litis*; ou *in utilibus*; o sistema norte americano do *opt in opt out etc.*), derivam da seguinte dificuldade: nessas ações se faz a tutela de um interesse que é metaindividual, e que, portanto, concerne a um número mais ou menos indeterminado de indivíduos; todavia, a ação é ajuizada por um 'representante institucional' (Ministério Pú-

"O tratamento molecular dos litígios, em substituição ao tradicional tratamento atomizado, exigiu a revisão e adaptação de alguns institutos do direito processual clássico, em especial a legitimidade "ad causam" e os limites da "res judicata".

blico; associação; órgão público), que, obviamente, não pode 'consultar previamente' a coletividade, nem agir *ad referendum* desta. Essa circunstância, porém, há que ser compreendida dentro da óptica da tutela jurisdicional a interesses que não são intersubjetivos: nos conflitos deste último tipo, se estabelece o binômio: 'titularidade do interesse = legitimação para agir'; já nos conflitos de massa, diverso é o enfoque: a 'representação adequada' supre a impossibilidade da presença de todos os interessados; e isso, para que a ação se torne viável."<sup>6</sup>

No regime do processo individual, a identificação entre o titular do direito material e a legitimidade processual faz com que a coisa julgada produza efeitos *pro et contra*, isto é, independentemente do resultado da demanda ser favorável ou contrário aos interesses da parte ou de terceiros;<sup>7</sup> já no regime da coisa julgada coletiva, onde há uma desidentificação entre a titularidade do direito material e a legitimidade processual (que é exercida por um autor ideológico – associação, Ministério Público etc.), a constituição e a extensão da coisa julgada dependerão da natureza do direito material tutelado e do resultado da demanda.

Nesse contexto que a disciplina geral da coisa julgada nas ações coletivas vem traçada, de modo diferenciado, nos artigos 103 a 104 do Código de Defesa do Consumidor, *in verbis*:

<sup>3</sup>JUNIOR, Humberto Theodoro. *Curso de direito processual civil*. 32ª ed., vol. 1, Rio de Janeiro, Forense, 2000, p. 478.

<sup>4</sup>GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência nas ações coletivas*. São Paulo, Saraiva, 1995, p. 57.

<sup>5</sup>DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação civil pública*. São Paulo: Saraiva, 2001, pp. 98-9.

<sup>6</sup>MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999, p. 240.

<sup>7</sup>GIDI, Antonio. *Op. cit.*, p. 66.

*"Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este Código, a sentença fará coisa julgada:*

*I - erga omnes, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81;*

*II - ultra partes, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do artigo 81;*

*III - erga omnes, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81.*

*§ 1º. Os efeitos da coisa julgada previstos nos incisos I e II não prejudicarão interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe.*

*§ 2º. Na hipótese prevista no inciso III, em caso de improcedência do pedido, os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsorte poderão propor ação de indenização a título individual.*

*§ 3º. Os efeitos da coisa julgada de que cuida o art. 16, combinado com o art. 13 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista neste Código, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e*

*à execução, nos termos dos arts. 96 a 99.*

*§ 4º. Aplica-se o disposto no parágrafo anterior à sentença penal condenatória.*

*Art. 104. As ações coletivas, previstas nos incisos I e II do parágrafo único do art. 81, não induzem litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada erga omnes ou ultra partes a que aludem os incisos II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva."*

Trata-se, como se constata, de um regime especial da coisa julgada, cujos qualificativos demonstram as várias formas com que se apresenta no mundo jurídico. Embora se trate de um mesmo fenômeno, a distinção adjetivada da coisa julgada tem como utilidade identificá-la na praxis forense e avaliar a sua eficácia real sobre as partes formais do processo e as pretensões individuais de terceiros estranhos à lide coletiva, bem como definir as hipóteses em que ocorre a sua formação.

### **3 COISA JULGADA ERGA OMNES E ULTRA PARTES**

As primeiras modalidades de coisa julgada que emergem do microsistema de jurisdição coletiva referem-se à coisa julgada *erga omnes* e à coisa julgada *ultra partes*, previstas, respectivamente nos incisos I e III e no inciso II do artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor.

A coisa julgada *erga omnes* é verificada nas ações coletivas para a defesa de interesses difusos e individuais homogêneos, ao passo que a coisa julgada *ultra partes* realiza-se nas ações para a tutela de interesses coletivos. Ambas significam que os efeitos da coisa julgada abrangem terceiros não envolvidos como partes formais no processo coletivo. A diferença entre as duas

está que a coisa julgada *erga omnes* expande-se indistintamente para além do processo coletivo, alcançando pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato (interesses difusos), e indivíduos cujas pretensões são decorrentes de uma origem comum (interesses individuais homogêneos); ao passo que a coisa julgada *ultra partes* expande seus efeitos até os limites do grupo, categoria ou da classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base (interesses coletivos).

A distinção da coisa julgada faz-se de acordo com o grau de dispersão dos titulares dos interesses: a) indeterminados e ligados por circunstâncias de fato nos difusos; b) indeterminados e/ou determináveis nos coletivos, e c) determinados, mas espraçados, nos individuais homogêneos.

No caso dos interesses coletivos, a existência do vínculo jurídico base entre si ou com a parte contrária, que lhes concede o traço característico da determinabilidade dos seus titulares, permite a delimitação do grau de abrangência da coisa julgada, uma vez que esta abrangerá todo o campo de pessoas jungidas pela relação jurídica base existente entre si ou com uma parte contrária (neste último caso, v.g., uma coletividade de empregados ligados a um mesmo empregador por uma relação jurídica base comum – contrato de trabalho). Assim, na hipótese de interesses coletivos, a coisa julgada é qualificada pela expressão *ultra partes*, para designar a coisa julgada coletiva que possui um raio limitado e determinável de eficácia subjetiva.

Já nos direitos difusos e individuais homogêneos, impossível o estabelecimento *a priori* do campo de pessoas por eles abrangidos, tendo em vista o grau de dispersão de seus titulares, pois o que determina o raio subjetivo de incidência da coisa julgada são as circunstâncias fáticas no caso de interesses difusos e a origem comum na hipótese

de interesses individuais homogêneos. Tais circunstâncias concedem à coisa julgada que se forma em torno desses interesses o caráter *erga omnes*, de modo que a “sentença de procedência da ação coletiva sempre produzirá coisa julgada *erga omnes*, beneficiando todos os titulares de direitos subjetivos individuais integrantes da comunidade, que poderão apoiar suas pretensões particulares contra a parte vencida, a partir da indiscutibilidade da respectiva causa *debendi* (Lei nº 8.078, arts. 97 e 103).”<sup>8</sup>

#### 4 COISA JULGADA *SECUNDUM EVENTUM LITIS*

Como demonstrado, a eficácia subjetiva da coisa julgada nas ações coletivas, em determinadas hipóteses, não se limita às partes constantes do processo, estendendo seus efeitos sobre terceiros que não participaram do processo coletivo. Nesse regime especial encontra-se a coisa julgada *secundum eventum litis* (segundo a sorte da lide), aplicável às demandas que versam sobre interesses individuais homogêneos.

Diversamente dos interesses difusos e coletivos cuja guarida processual encontra-se jungida a uma tutela coletiva, proposta por um autor ideológico, os interesses individuais homogêneos podem ser tutelados tanto pela via coletiva quanto pela individual, justificando o tratamento peculiar da coisa julgada que se forma nas demandas que os tenham como objeto.

Conforme a coisa julgada *secundum eventum litis*, as pretensões individuais dos particulares beneficiam-se das vantagens advindas com o proferimento de eventual sentença de procedência em ação coletiva, de modo que a coisa julgada possui efeitos *erga omnes*. Em sentido contrário, as pretensões individuais dos particulares não são prejudicadas pelo advento de sentença desfavorável, ou seja, somente são abrangidos *secundum eventum litis* (segundo a sorte da lide). A existência de sentença coletiva

<sup>8</sup>JUNIOR, Humberto Theodoro, *op. cit.*, p. 479.

desfavorável não obsta a que os indivíduos enquadrados na hipótese fática ou jurídica, que fora objeto da ação coletiva, promovam suas ações individuais.

Como elucidava Ricardo de Barros Leonel, "é praticamente pacífica a caracterização da coisa julgada *secundum eventum litis* e *in utilibus*, como sendo opção legislativa determinante da extensão da autoridade do julgado a terceiros que não foram parte na demanda coletiva, predominantemente de forma benéfica e quando útil ao indivíduo interessado no equacionamento da demanda coletiva, para proveito em sua esfera singular."<sup>9</sup>

É o modelo de coisa julgada que se depreende dos § 1º e 2º do artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor:

*"Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este Código, a sentença fará coisa julgada:*

[...]

*§ 1º. Os efeitos da coisa julgada previstos nos incisos I e II não prejudicarão interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe.*

*§ 2º. Os efeitos da coisa julgada prevista no inciso III, em caso de improcedência do pedido, os interessados que não tiverem intervenido no processo como litisconsorte poderão propor ação de indenização a título individual.*

Como bem expõe Humberto Theodoro Junior "tem-se, desta maneira,

*nas ações coletivas uma extensão subjetiva da coisa julgada erga omnes, em regra, mas que nem sempre prevalecerá se o resultado for adverso à pretensão do autor. Dá-se o que se denomina coisa julgada secundum eventum litis, ou da coisa julgada cuja eficácia erga omnes é, quase sempre, para beneficiar e não para prejudicar."*<sup>10</sup>

Assim exemplifica o autor: "numa demanda coletiva foi declarado improcedente o pedido de retirada do mercado de um produto medicinal por nocividade à saúde pública, tendo a sentença proclamado que o medicamento não era danoso. Haverá coisa julgada suficiente para impedir que qualquer nova ação coletiva venha a ser aforada contra o fabricante em torno do aludido produto, mesmo que outro seja o legitimado. Isto, todavia, não impedirá que um determinado consumidor, reputando-se lesado pelo medicamento, venha a ajuizar uma ação indenizatória individual."<sup>11</sup>

Em regra, a sentença coletiva favorável sempre beneficiará os titulares das pretensões individuais, ao passo que a sentença coletiva desfavorável excepcionalmente prejudicará as pretensões individuais, estando entre as exceções a intervenção litisconsorcial do interessado na lide coletiva julgada improcedente (art. 103, § 3º da Lei nº 8.078/90), e a não suspensão da ação individual no prazo de 30 dias da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva (art. 104 da Lei nº 8.078/90).

<sup>9</sup>LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002, p. 270.

<sup>10</sup>*Idem. Ibidem.*, p. 479.

<sup>11</sup>*Idem. Ibidem.*, p. 479.

## 5 COISA JULGADA SECUNDUM EVENTUM PROBATIONIS

Da conjugação do artigo 5º da Lei nº 7.347/85 com o artigo 82 da Lei nº 8.078/90 tem-se o rol de co-legitimados ativos para a propositura de uma demanda coletiva para a defesa de direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos.

Como os interesses defendidos numa ação coletiva, via de regra, não pertencem ao autor da demanda coletiva, o legislador fixou a eficácia subjetiva da coisa julgada material pelos elementos objetivos da lide – pedido e causa de pedir. Assim, eventual improcedência de uma ação coletiva proposta por qualquer um dos co-legitimados faz coisa julgada perante os demais co-legitimados, que ficarão obstados de propor ação coletiva com idêntico objeto e causa de pedir.

No entanto, a fim de tutelar o interesse transindividual deduzido em juízo, em face da atuação de entidades inidôneas, previu o legislador a figura da coisa julgada *secundum eventum probationis* (segundo a sorte das provas), de modo que na hipótese de o pedido ser julgado improcedente por insuficiência de provas, qualquer outro legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova. Como elucida Paulo de Bessa Antunes, “nas ações (coletivas) julgadas improcedentes por falta de prova, a sentença tem sua eficácia condicionada à não-aparição de novos elementos (probatórios)”.<sup>12</sup>

É a modalidade de coisa julgada prevista nos incisos I e II do Código de Defesa do Consumidor:

*“Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este Código, a sentença fará coisa julgada:*

*I – erga omnes, exceto se o pedido for julgado improcedente por*

*insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81;*

*II - ultra partes, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do artigo 81;*

Trata-se de um critério substancial para constatar-se se a demanda anterior foi julgada improcedente por insuficiência de provas ou não, assim “sempre que qualquer legitimado propuser a mesma ação coletiva com novo material probatório, demonstrará, ipso facto, que a ação coletiva anterior havia sido julgada por instrução insuficiente.” Essa situação não abrange litígios que versam somente sobre matéria de direito e a hipótese de um outro co-legitimado dispor de um arsenal argumentativo mais eficiente que o apresentado em ação coletiva anterior julgada improcedente.<sup>13</sup>

Em resumo, sendo a ação coletiva julgada improcedente por qualquer motivo que não a insuficiência de provas, fará coisa julgada material e obstará a propositura de demanda baseada nos mesmos fatos e com igual objeto por outro co-legitimado. Na hipótese de a demanda coletiva ser julgada improcedente por insuficiência de provas, formar-se-á somente a coisa *secundum eventum probationis*, possibilitando a propositura de nova demanda com o mesmo objeto, baseada em novas provas, por quaisquer dos legitimados, inclusive aquele que havia proposto a demanda anterior.

Como vimos, a coisa julgada *secundum eventus litis* não deveria se

<sup>12</sup>ANTUNES, Paulo de Bessa. *Apud* GIDI, Antonio. *op. cit.*, p. 135.

<sup>13</sup>GIDI, Antonio. *op. cit.*, p. 134.

confundir com a coisa julgada *secundum eventum probationis*, pois, ao passo que a coisa julgada *secundum eventum litis* tem como referência a extensão ou não de seus efeitos sobre as pretensões individuais, a coisa julgada *secundum eventum probationis* pertine à formação ou não de coisa julgada em face de outros autores coletivos que não participaram da demanda coletiva julgada improcedente por insuficiência de provas.

No entanto, vale assinalar que a coisa julgada *secundum eventum probationis* não deixa de ser uma espécie de coisa julgada *secundum eventum litis*, uma vez que aquela, verdadeiramente, depende “da sorte da lide”, mas com uma análise específica: a não completude das provas. Por isso, é comum alguns autores designarem a coisa julgada segundo as provas dos autos como coisa julgada “*secundum eventum litis*”. Nós mesmos utilizamos essa expressão para definir a coisa julgada da ação civil pública ao assinalarmos, em nossa obra *Sindicato e Ações Coletivas*, que “A Lei n. 7.347/85 adotou o instituto da coisa julgada *secundum eventum litis*, ou seja, em caso de improcedência do pedido por insuficiência de provas, qualquer interessado poderá propor outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova (art. 16).”<sup>14</sup> Nesse sentido, também a expressão *secundum eventum litis* foi utilizada por Rodolfo de Camargo Mancuso: “O art. 16 da Lei n. 7.347/85 repete a fórmula da coisa julgada *secundum eventum litis*, já experimentada na lei da ação popular (n. 4717/65, art. 18).”<sup>15</sup> Esse também é o posicionamento de Marcello Ribeiro da Silva<sup>16</sup>

Esta equivalência entre as duas expressões ocorre porque, antes do advento

do Código de Defesa do Consumidor, a expressão “*secundum eventum litis*” era aplicada apenas no caso de improcedência do pedido por insuficiência de provas; sendo que atualmente essa expressão também denomina a sentença coletiva que beneficia os interessados individuais.<sup>17</sup>

## 6 TRANSPORTE IN UTILIBUS DA COISA JULGADA COLETIVA

Os direitos difusos e coletivos diferenciam-se dos interesses individuais homogêneos em virtude do caráter da indivisibilidade do objeto e da indeterminabilidade dos seus titulares. Essas duas marcas acompanham o provimento jurisdicional prolatado em ações coletivas para a tutela de direitos difusos e coletivos.

Embora a existência de natureza distinta dos interesses difusos e coletivos em relação aos individuais homogêneos, o regime da coisa julgada coletiva possibilita uma ampliação do objeto coletivo para abranger relações jurídicas individuais. Trata-se do transporte *in utilibus* da coisa julgada coletiva, previsto no § 3º do artigo 103 do CDC:

“§ 3º. Os efeitos da coisa julgada de que cuida o art. 16, combinado com o art. 13 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista neste Código, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos dos arts. 96 a 99.”

Marcos Flávio Mafra Leal nos concede o seguinte exemplo: numa ação coletiva para a defesa de direitos difusos “*requer-se*

<sup>14</sup>SANTOS, Ronaldo Lima dos. *Sindicato e ações coletivas: acesso à justiça, jurisdição coletiva e tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos*. São Paulo: LTr, 2003, p. 388.

<sup>15</sup>MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999, p. 262.

<sup>16</sup>SILVA, Marcello Ribeiro da. *A ação civil pública e o processo do trabalho*. Ribeirão Preto (SP): Ed. Nacional de Direito, 2001, p. 191.

<sup>17</sup>MELO, Raimundo Simão. *Ação civil pública na justiça do trabalho*. São Paulo: LTr, 2002, p. 187.

a responsabilização do réu por danos ambientais (com o resultado da indenização se destinando para o fundo do art. 13 da Lei n. 7.347/85). A coisa julgada formada nessa ação, segundo a concepção *in utilibus*, aproveitará os indivíduos que experimentaram danos pessoais em decorrência do fato ambiental, podendo de pronto liquidar e executar a sentença, sem necessidade de conhecimento individual.<sup>18</sup>

Vale apresentar a ressalva formulada por Luiz Paulo da Silva Araújo Filho no sentido de que “essa extensão favorável da coisa julgada da ação coletiva, ademais, e a despeito da redação do § 3º do art. 103, não se dá exclusivamente em relação à típica ação civil pública, mas sim com relação a qualquer decisão típica de direitos difusos ou de direitos coletivos, mesmo que formada à luz dos incisos I e II do art. 103 do CDC, uma vez que ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio, e, afinal, julgado procedente o pedido coletivo, a decisão faz coisa julgada erga omnes ou ultra partes, beneficiando, assim, a coletividade, o grupo, a categoria ou a classe interessados (arg. ex. incisos I e II do art. 103).<sup>19</sup>”

A expressão *in utilibus* também é empregada para designar o beneficiamento das pretensões individuais pela coisa julgada formada nas ações coletivas para a defesa dos interesses individuais homogêneos julgadas procedentes, nos termos do artigo 103, inciso III, da Lei nº 8.073/90<sup>20</sup>. No entanto, tecnicamente, a regra do transporte *in utilibus* da coisa julgada, segundo o Código de Defesa do Consumidor, aplica-se

somente na hipótese de beneficiamento de situações individuais por decisões proferidas em ações coletivas cujo objeto é a tutela de interesses difusos e coletivos, pois embora as ações coletivas para a tutela dos direitos difusos e coletivos não tenham como objeto imediato a satisfação de interesses individuais, não fugiu ao legislador a possibilidade de eventual decisão favorável à tutela de um bem difuso ou coletivo poder beneficiar indiretamente as pretensões dos sujeitos singulares, razão pela qual previu o instituto do transporte *in utilibus* da coisa julgada coletiva, previsto no § 3º do artigo 103 do CDC.

O instituto da coisa julgada *in utilibus* permite uma abreviação do rito da ação individual, possibilitando a economia da prova e do contraditório, na medida em que a demanda coletiva resolve controvérsia sobre a causa de pedir.<sup>21</sup> Tome-se como exemplo uma ação civil pública proposta pelo Ministério Público do Trabalho para a eliminação da insalubridade do meio ambiente do trabalho de determinada empresa; a decisão favorável sobre a existência de insalubridade poderá ser transportada para as ações individuais com pleitos de pagamento do adicional respectivo, tornando-se desnecessária a realização de prova pericial na ação individual.

## 7 COISA JULGADA REBUS SIC STANTIBUS

### 7.1 A cláusula *rebus sic stantibus* – evolução histórica

A teoria da imprevisão fundamenta-se na constatação da existência de fatos incomuns e imprevisíveis que tornem impossível a manutenção daquilo que se estabeleceu numa determinada contratação.

<sup>18</sup>LEAL, Márcio Flávio Mafrá Leal. *Ações coletivas: história, teoria e prática*. Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 206.

<sup>19</sup>ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. *Ações coletivas: A tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos*. Rio de Janeiro, Forense, 2000, p.13.

<sup>20</sup>SANTOS, Ronaldo Lima dos. *Sindicato e ações coletivas: acesso à justiça, jurisdição coletiva e tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos*. São Paulo: LTr, 2003, p. 388. Também DUBUGRAS, Regina Maria Vasconcelos. O cancelamento do Enunciado n. 310 do TST e a substituição processual. *Revista LTr*. São Paulo, ano 67, n. 10, out. 2003, p. 1183.

<sup>21</sup>MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada*. Tese de Titularidade: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 2005, p. 635.

Ao longo da história ela adquiriu diversas denominações: teoria da imprevisão, *rebus sic stantibus*, cláusula implícita, excessividade onerosa, superveniência ou vontade marginal, base do negócio jurídico, teoria do erro, excessiva onerosidade, lesão superveniente,<sup>22</sup> sendo que as duas primeiras expressões restaram consagradas em nossa doutrina, de forma que ambas são utilizadas indistintamente para indicar o mesmo fenômeno jurídico, embora no início de seus aparecimentos houvesse uma relativa diferenciação entre as duas.

Sua razão de existência é a consciência de todo homem a respeito da exigência de um princípio regular, superior às contingências, encarregado de definir a harmonia social na sua essência e indicar os meios de atingi-la.<sup>23</sup>

O Código de Hamurabi (1680 a C.), em seu artigo 48, embora não tratasse especificamente da *rebus sic stantibus*, já prescrevia as hipóteses de eventos imprevisíveis de caso fortuito ou força maior. Entre 170-228 a D., o jurista romano, a fim de dar estruturação a um princípio que conferisse segurança às contratações, dava as bases para a criação da regra do *pacta sunt servanda*, ao prescrever a vontade manifestada como “lei entre as partes” (*Contractus enim legem...*), regra incorporada no Digesto de Justiniano, no século VI a D.<sup>24</sup>

A cláusula *rebus sic stantibus* tem origem romana, nos escritos de Cícero, Sêneca e Polybios. Foi no Digesto do Corpus Iuris que Neratius elaborou a frase “*Contractus qui habent tractum successivum et dependentiam de futuro, rebus sic stantibus intelliguntur*” (Contratos que têm trato sucessivo ou dependem do futuro devem conservar sua base de contratação inicial), que, na sua forma

reduzida, passou a ser conhecida como *rebus sic stantibus*. Também a Neratius é atribuída a frase “*omnis pacto intelligentur rebus sic stantibus et in eodem statu manentibus*” (“Tudo se entende no contrato, desde que permaneçam as mesmas condições e circunstâncias”).<sup>25</sup>

Depois de um hiato histórico até o século XIII, a *rebus sic stantibus* ressurgiu e consolidou-se ainda na Idade Média, com a difusão do direito canônico e do digesto. Posteriormente, coube a Georges Ripert a consolidação dos fundamentos da *rebus sic stantibus*. No Direito Internacional Hugo Grócio foi o grande divulgador da cláusula, já no final do século XVIII, em sua obra *De Iure Belli ac Pais*. Os abusos na sua utilização e a doutrina liberal que vigorou no período levaram-na a um período de decadência até a Primeira Guerra Mundial. Após esta Guerra, passou a ter previsão em códigos civis de diversos países.<sup>26</sup>

Seu propósito nos contratos de execução diferida é a manutenção das bases sobre as quais se deu o consentimento contratual, atendendo-se aos postulados da boa-fé e do verdadeiro conteúdo da vontade manifestada, tanto no aperfeiçoamento da relação contratual quanto na sua execução. Seu objetivo é aplicar uma solução diversa da resolução para uma situação patológica; para a manutenção, tanto quanto possível, da vontade livremente manifestada e da função social do contrato. Predomina o entendimento no direito contemporâneo de que a sua aplicação é a decorrência lógica da presença de princípios salutares de equidade em situação de exceção. Trata-se de uma solução, extinção ou revisão (redimensionamento do pacto) em virtude de uma alteração anormal e imprevisível que altere sensivelmente as bases sobre as quais se assentou a negociação.

<sup>22</sup>BORGES, Nelson. *A teoria da imprevisão no direito civil e no processo civil*. São Paulo, Malheiros, 2002, p.70.

<sup>23</sup>*Idem. op. e loc. cit.*, p. 70.

<sup>24</sup>*Idem. Ibidem*, pp. 86-7.

<sup>25</sup>*Idem. Ibidem, passim*.

<sup>26</sup>*Idem. Ibidem, passim*.

No Brasil, a teoria da imprevisão ganhou força a partir da Primeira Guerra Mundial, em virtude da imprevisibilidade dos seus efeitos. Embora não tenha constado expressamente do Código Civil de 1916, passou a ser aplicada pela doutrina e pela jurisprudência, encontrando previsão expressa no novo Código Civil.<sup>27</sup>

### 7.2 A cláusula *rebus sic stantibus* no novo Código Civil

A cláusula *rebus sic stantibus* no novo Código Civil encontra-se prevista nos artigos 478 a 480, *in verbis*:

*"Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação."*

*"Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato."*

*"Art. 480. Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva."*

A teoria da imprevisão almeja resguardar os postulados da justiça aritmética aristotélica. Assenta-se sobre o conteúdo ético que deve nortear as relações sociais. Por isso que as regras legais transcritas devem ser interpretadas em consonância com o artigo 422 do mesmo Código Civil:

*"Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé."*

Sua previsão não consiste numa exceção ao princípio do *pacta sunt servanda*, mas, ao contrário, visa à sua manutenção, à medida que resgata o consentimento originário. Trata-se, nos dizeres de Nelson Borges, *"de tornar relativo o absolutismo da regra pacta sunt servanda."*<sup>28</sup>

Sinteticamente, constituem seus requisitos: a) existência de um contrato com execução diferida; b) imprevisibilidade do evento; c) ausência do estado moratório; d) ocorrência de uma lesão virtual; e) essencialidade da alteração; f) inimputabilidade; g) excessiva onerosidade e extrema vantagem.<sup>29</sup>

### 7.3 A cláusula *rebus sic stantibus* no processo civil

A fonte formal e genérica da coisa julgada *rebus sic stantibus* no processo civil encontra-se no inciso I do artigo 471 do Código de Processo Civil:

*"Art. 471. Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide, salvo:*

*I - se, tratando-se de relação jurídica continuativa, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito; caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença;"*

Sobre a regra citada assim se pronuncia Humberto Theodoro Junior *"Isto se dá naquelas situações de julgamento rebus sic stantibus, como é típico o caso de alimentos. A sentença, baseando-se numa situação atual, tem sua eficácia projetada sobre o futuro. Como os fatos que motivaram o*

<sup>27</sup>*Idem. Ibidem, passim.*

<sup>28</sup>*Idem. Ibidem, p. 79.*

<sup>29</sup>*Idem. Ibidem, passim.*

comando duradouro da sentença se podem alterar ou mesmo desaparecer, é claro que a eficácia do julgado não deverá perdurar imutável e intangível.<sup>30</sup> Segundo o autor, a ação revisional não se limita a alterar a sentença anterior, mas a obter uma "uma nova sentença para uma situação jurídica nova."<sup>31</sup>

Com base nos ensinamentos de Liebman, Cândido Rangel Dinamarco é contuendo ao asseverar que "a autoridade da coisa julgada material sujeita-se sempre à regra *rebus sic stantibus*, de modo que, sobrevindo fato novo 'o juiz, na nova decisão, não altera o julgado anterior, mas, exatamente, para atender a ele, adapta-o ao estado de fatos superveniente."<sup>32</sup>

A respeito da eficácia preclusiva do artigo 474, o autor elucida que tal eficácia não se confunde com a própria coisa julgada, uma vez que "consiste em imunizar a própria *res iudicata* a possíveis esvaziamentos mediante o exame de fatos anteriores. Diz-se que o efeito preclusivo da coisa julgada cobre o deduzido e o dedutível, sendo absolutamente imperativo entender-se, a *contrario sensu*, que não fica abrangida por ela qualquer matéria posterior; não fosse (obviamente) suscetível de deduzir-se antes do julgamento da causa. Se o direito se extinguiu ou modificou-se depois da prolação da sentença e do trânsito em julgado, ou se de algum outro modo as relações jurídicas entre os que foram litigantes passaram a reger-se por outro negócio jurídico, tais são

situações novas que, por não terem sido consideradas, não foram objeto de decisão e não ficam portanto cobertas pela coisa julgada ou por sua eficácia preclusiva."<sup>33</sup>

Vale ressaltar que o conceito de coisa julgada *rebus sic stantibus* presente no pensamento de Cândido Rangel Dinamarco é mais amplo que o tradicional, posto que o autor não limita sua presença às situações continuativas e à ocorrência de fatos imprevisíveis – requisitos para a incidência da *rebus sic stantibus* no direito material –, mas a qualquer fato ou negócio novo que venha a alterar a situação afirmada na sentença, como a transação superveniente.

#### 7.4 A cláusula *rebus sic stantibus* nas ações coletivas

A coisa julgada *rebus sic stantibus* é plenamente compatível com o microsistema das ações coletivas, em virtude da aplicação subsidiária do artigo 471 do Código de Processo Civil, permitida pelos artigos 19 e 21 da Lei nº 7.347/85.<sup>34</sup>

Assim, tratando o conteúdo da sentença coletiva de situação jurídica continuativa, a superveniência de modificação no estado de fato ou de direito permite a revisão do que foi estatuído na decisão judicial. Por exemplo, digamos que determinada empresa foi condenada a obrigação de não fazer, consistente na utilização de determinado agrotóxico nocivo ao meio ambiente e/ou à saúde dos consumidores do alimento produzido; a

*"A coisa julgada  
"rebus sic stantibus" é  
plenamente  
compatível com o  
microsistema das ações  
coletivas, em virtude da  
aplicação subsidiária do  
artigo 471 do Código de  
Processo Civil, permitida  
pelos artigos 19 e 21 da  
Lei nº 7.347/85."*

<sup>30</sup>JUNIOR, Humberto Theodoro. *op. cit.*, p. 481.

<sup>31</sup>*Idem. op. e loc. cit.*, p. 481.

<sup>32</sup>DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. Tomo II, São Paulo, Malheiros, 2003, p. 1044.

<sup>33</sup>*Idem. Ibidem*, pp. 1047-8.

<sup>34</sup>"Art. 19. Aplica-se à ação civil pública, prevista nesta Lei, o Código de Processo Civil, aprovado pela Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, naquilo que não contrarie suas disposições."

"Art. 21. Aplica-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da Lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor."

superveniência de pesquisa comprovando a não prejudicialidade do produto permite à parte propor ação de revisão para a modificação do estatuído na sentença anterior.

Nas relações de trabalho, por exemplo, pode determinada empresa ser condenada, em ação coletiva, ao pagamento de adicional de insalubridade a empregados de um determinado setor da empresa considerado insalutífero. A criação posterior de equipamento de proteção individual ou coletivo que elimine o risco à saúde ou o reduza a limites toleráveis possibilita à empresa a propositura de ação revisional para desoneração da obrigação de pagar o adicional a que fora condenada.

### **7.5 A *rebus sic stantibus* no processo do trabalho – A experiência do dissídio coletivo de revisão**

Entre os métodos de solução de conflitos coletivos de trabalho – autodefesa ou tutela, autocomposição e heterocomposição – destaca-se no Brasil a solução estatal de solução dos conflitos por meio do dissídio coletivo, previsto no artigo 114, §§ 2º e 3º, da Constituição Federal de 1988, com nova redação concedida pela Emenda Constitucional nº 45/2004.

Não obstante as atuais controvérsias a respeito da manutenção do poder normativo da Justiça do Trabalho, diante da nova redação do dispositivo constitucional em comento, sempre se considerou que as disposições da sentença normativa disciplinavam as relações de trabalho presentes e futuras, cujos direitos deveriam ser garantidos durante todo o prazo de sua vigência que, consoante o parágrafo único do artigo 868 da CLT, não pode ser superior a quatro anos.

Em sendo continuativas as relações jurídicas disciplinadas pela sentença normativa, com propagação no tempo, evidentemente que constituem terreno fértil para a aplicação da teoria da imprevisão, de

modo que o legislador previu a possibilidade de revisão da sentença normativa, por meio do dissídio coletivo de revisão, nos termos do artigo 873 e segs. da Consolidação das Leis do Trabalho:

*“Art. 873. Decorrido mais de um ano de sua vigência, caberá revisão das decisões que fixarem condições de trabalho, quando se tiverem modificado as circunstâncias que as ditaram, de modo que tais condições se hajam tornado injustas ou inaplicáveis.”*

*“Art. 874. A revisão poderá ser promovida por iniciativa do tribunal prolator, da Procuradoria da Justiça do Trabalho, das associações sindicais ou de empregador ou empregadores interessados no cumprimento da decisão.”*

*“Art. 875. A revisão será julgada pelo tribunal que tiver proferido a decisão, depois de ouvida a Procuradoria da Justiça do Trabalho.”*

A doutrina trabalhista sempre considerou a *rebus sic stantibus* como fundamento do dissídio coletivo de revisão. Nesse sentido Sérgio Pinto Martins: *“O pedido de revisão encontra guarida não só na teoria da imprevisão (rebus sic stantibus), como também no inciso I, do artigo 471, do CPC, em decorrência da modificação do estado de fato ou de direito da sentença normativa”*.<sup>35</sup> Alice Monteiro de Barros também manifestou posição nesse sentido ao assinalar que *“após 1 ano da sentença poderá ser revista, em face das modificações das circunstâncias que a ditaram e visando sempre ao equilíbrio econômico das prestações contratuais. Assim, vê-se que a cláusula rebus sic stantibus é aplicável, nos casos de excessiva desproporção das prestações, somente após o 1º ano de vigência da sentença normativa.”*<sup>36</sup>

<sup>35</sup>MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito processual do trabalho*. São Paulo, Atlas, 2001, p. 553.

<sup>36</sup>BARROS, Alice Monteiro de. *Procedimento no dissídio coletivo*. In: (coord.). *Compêndio de Direito Processual do Trabalho*: obra em memória de Celso Agrícola Barbi. São Paulo, LTr, 1998, p.650.

## 8 CONCLUSÕES

A tutela processual de interesses transindividuais delineada pelo microsistema das ações coletivas, cujos motores são a Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85) e o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), concedeu um novo regime à eficácia subjetiva da coisa julgada, afastando-a da tradicional regra do artigo 472 do Código de Processo Civil, além de conferir contornos diversos para o seu alcance objetivo. Esta diferenciação no tratamento da coisa julgada coletiva deveu-se à marcante desidentificação entre o ente legitimado para a defesa dos interesses transindividuais e a titularidade do direito material deduzido em juízo.

Essa separação entre a titularidade do direito material e a legitimidade *ad causam* levou à necessidade da criação de novas modalidades de coisa julgada no âmbito das ações coletivas: "coisa julgada *erga omnes*", "coisa julgada *ultra partes*", "coisa julgada *secundum eventum litis*", "coisa julgada *secundum eventum probationis*", "coisa julgada *rebus sic stantibus*".

Com exceção da coisa julgada *rebus sic stantibus*, as demais espécies de coisa julgada respeitam à sua eficácia subjetiva. Em resumo, o provimento jurisdicional coletivo procedente beneficia os titulares das pretensões individuais, ao passo que a sentença coletiva desfavorável excepcionalmente prejudicará as pretensões individuais. A lide coletiva julgada improcedente por insuficiência de provas não faz coisa julgada em relação aos autores coletivos, permitindo a propositura de nova demanda, com o mesmo objeto e causa de pedir, baseada em novas provas. A coisa julgada *rebus sic stantibus* — embasada na teoria da imprevisão do direito civil — concerne a sentenças que versam sobre relações continuativas, cuja revisão, permitida pelo artigo 471, inciso I do Código de Processo Civil, é viável nas hipóteses de modificação superveniente no estado de fato ou de direito. Há previsão expressa de sua aplicação

no processo do trabalho por meio da propositura do dissídio coletivo de revisão.

## BIBLIOGRAFIA

ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. *Ações coletivas: A tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos*. Rio de Janeiro, Forense, 2000.

BARROS, Alice Monteiro de. Procedimento no dissídio coletivo. In: (coord.). *Compêndio de Direito Processual do Trabalho: obra em memória de Celso Agrícola Barbi*. São Paulo, LTr, 1998.

BORGES, Nelson. *A teoria da imprevisão no direito civil e no processo civil*. São Paulo, Malheiros, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2000.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. Tomo II, São Paulo, Malheiros, 2003.

\_\_\_\_\_. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo, Malheiros, 2003.

DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação civil pública*. São Paulo: Saraiva, 2001.

DUBUGRAS, Regina Maria Vasconcelos. O cancelamento do Enunciado n. 310 do TST e a substituição processual. *Revista LTr*. São Paulo, ano 67, n. 10, pp. 1179-1183, out. 2003.

GIDI, Antonio. *Coisa Julgada e Litispêndência em ações coletivas*. São Paulo, Saraiva, 1995.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Ações coletivas ibero-americanas: novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada. *Revista Forense*, vol. 361, Rio de Janeiro, mai/jun. 2002, pp. 3-12.

JUNIOR, Humberto Theodoro. *Curso de direito processual civil*. 32ª ed., vol. 1, Rio de Janeiro, Forense, 2000.

LEAL, Márcio Flávio Mafra Leal. *Ações coletivas: história, teoria e prática*. Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada*. Tese de Titularidade: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 2005,

\_\_\_\_\_ . *Ação civil pública*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito processual do trabalho*. São Paulo, Atlas, 2001.

SANTOS, Ronaldo Lima dos. *Sindicato e ações coletivas: acesso à justiça, jurisdição coletiva e tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos*. São Paulo: LTr, 2003.

SILVA, Marcello Ribeiro da. *A ação civil pública e o processo do trabalho*. Ribeirão Preto (SP): Ed. Nacional de Direito, 2001.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. A lei 9.494, de 10 de setembro de 1997, e a nova disciplina da coisa julgada nas ações coletivas: inconstitucionalidade. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v.86, n.745, p.67-72, nov. 1997.



## **IV - DOUTRINA INTERNACIONAL**



# O DIREITO DO TRABALHO NOS ESTADOS UNIDOS<sup>1</sup>

ARNALDO SAMPAIO DE MORAES GODOY\*

**Resumo:** O autor relata as formas atuais de solução de conflitos trabalhistas nos Estados Unidos, inclusive no que respeita à atuação sindical, relatando, ainda, a evolução histórica do trabalhismo e da proteção ao trabalho naquele país. Foca, também, a passagem da neutralidade do Estado sobre as relações trabalhistas para a formação de um direito do trabalho protecionista, questionando se o direito do trabalho é o mais eficaz meio de defesa do trabalhador, em tempos de grande desemprego, como o que se vivencia.

**Palavras-chave:** regulamentação - trabalho - intervencionismo - NLRA - sindicatos - neutralidade - judiciário

O direito do trabalho nos Estados Unidos da América é formado por insumos históricos que variam de acordo com o ascetismo calvinista, com o liberalismo clássico e com o individualismo que marca o ambiente capitalista. A crença no trabalho como fator de eleição divina e de sucesso terrestre fomentou as primeiras levas imigratórias.<sup>2</sup> O pensamento jurídico liberal determinou a concepção de formalismo legalista<sup>3</sup> hostil a qualquer tentativa

reformista de sabor mais socialista<sup>4</sup>. O protótipo do *self made man*, do homem que triunfa pelo próprio esforço, definindo o individualismo do "cada um para si", insinuou suposta imprestabilidade do sindicalismo, inicialmente identificado como covil de conspiradores.<sup>5</sup> Tudo isso temperado pela escravidão pretérita e resultante racismo enervante,<sup>6</sup> projetados na exploração do trabalhador estrangeiro ilegal que lava pratos, banheiros, dirige táxis, desempenha toda

\* Doutor e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. H. Humphrey Fellow na Universidade de Boston. Procurador da Fazenda Nacional.

<sup>1</sup> *Labor law*.

<sup>2</sup> WEBER, Max. *The Protestant ethic and the spirit of capitalism*, p. 135 e segs.

<sup>3</sup> HORWITZ, Morton J. *The transformation of American law, 1780-1860*, p. 253 e segs.

<sup>4</sup> IRONS, Peter. *A people's history of the Supreme Court*, p. 233 e segs.

<sup>5</sup> COGLEY, Thomas S. *The law of strikes, lockouts and labor organizations*, p. 6.

<sup>6</sup> HALL, Kermit L.; WIECK, William M. & FINKELMAN, Paul. *American legal history, cases and materials*, p. 187 e segs.

sorte de serviços que não exigem qualificação. Mexicanos, brasileiros, haitianos, guatemaltecos, peruanos, colombianos, uma farta messe de expatriados oferece trabalho a preço baixo, sem nenhuma proteção trabalhista, resultado do receio que há de se exigir direitos, quando há deveres pendentos com as autoridades da imigração.

A regulamentação das relações trabalhistas é mínima, sobretudo em comparação com outros países historicamente marcados pelo intervencionismo, como Brasil e México. Não há um código ou uma consolidação de normas trabalhistas. O contrato de trabalho implementa-se informalmente mediante vontade das partes, a chamada regra *at will*; patrões e empregados são relativamente livres para pactuar.<sup>7</sup> Existe fé nas relações de mercado, vislumbrando-se que há benefícios para empregadores e empregados. O patrão beneficia-se de baixos custos, já que pode encerrar o contrato a qualquer momento; o empregado tem a mesma prerrogativa,<sup>8</sup> o que pode ser vantagem em país de emprego relativamente fácil. Admite-se que excessiva regulamentação enseja administração que onera o produto norte-americano no mercado mundial.<sup>9</sup> Desconfiança mútua provoca dúvidas em relação à eficiência dos sindicatos, que em atitude dita *voluntarista* não aceitam interferência do governo.<sup>10</sup>

Em princípio, a União regulamenta matéria trabalhista vinculada a comércio entre os estados, perspectiva que vem sendo

ampliada desde a administração de Franklyn Delano Roosevelt na década de 1930.<sup>11</sup> Temas mais específicos são tratados pelos estados, como seguro, segurança, salário mínimo, horas de trabalho, regras para contratação.<sup>12</sup> A interferência da União fez-se mais densa a partir de 1926, quando o Congresso aprovou o *Railway Labor Act* (RLA), que regulamentou as relações trabalhistas em estradas de ferro e em aerolíneas. O aludido estatuto previa mediações e investigações, propiciando aparato para a solução de conflitos trabalhistas nas atividades de transporte às quais se refere.<sup>13</sup>

Em 1935 aprovou-se o *National Labor Relations Act* (NLRA), também chamado de *Wagner Act*, que regulamentou as relações trabalhistas que afetavam o comércio, dentro do espírito do programa *New Deal*, com o objetivo velado de eliminar práticas competitivas destrutivas.<sup>14</sup> Formou-se a agência federal regulamentadora responsável pelas relações trabalhistas, inclusive com competência exclusiva para julgar e compor conflitos, fazendo o papel de Justiça laboral, como será identificado mais adiante. Segundo justlaboralista norte-americano, o *Wagner Act*:

Foi produto do moderno industrialismo, com raízes no crescimento dos grandes negócios e da organização corporativa da indústria. Os defensores dessa lei reconheceram que o ambiente industrial

*"A regulamentação das relações trabalhistas é mínima, sobretudo em comparação com outros países historicamente marcados pelo intervencionismo, como Brasil e México."*

<sup>7</sup>ESTREICHER, Samuel. *Labor law*, in HALL, Kermil L. (ed.) *The Oxford companion to American law*, p. 472.

<sup>8</sup>Idem.

<sup>9</sup>Idem, p. 473.

<sup>10</sup>Idem.

<sup>11</sup>Idem.

<sup>12</sup>Idem.

<sup>13</sup>OBERER, Walter E. & HANSLOWE, Kurt L. *Cases and materials on labor law: collective bargaining in afreesociety*, p. 96.

<sup>14</sup>OBERER, Walter E. & HANSLOWE, Kurt L. Op. cit., p. 108.

moderno tornou obsoleto o conceito de negociação individual como regulamentador das relações industriais. As transformações sociais e econômicas deram muita atenção para as necessidades de negociações coletivas. Além disso, o Wagner Act reconheceu a incongruência da autocracia industrial no contexto da democracia.<sup>15</sup>

A presença do *Wagner Act* é fundamental na concepção de Justiça trabalhista nos Estados Unidos. Ainda em 1932 o *The Norris-La Guardia Act* reduziu o papel do Judiciário nas relações trabalhistas,<sup>16</sup> imitando a competência da Justiça norte-americana em matéria de direito do trabalho, tornando muito difícil o acesso ao Judiciário por parte de trabalhador detentor de supostos direitos contra o patrão.<sup>17</sup> Por outro lado, essa norma também propiciou escudo protetivo aos sindicatos, limitando o alcance das leis *antitruste* quanto às atividades desses organismos defensores de direitos trabalhistas.<sup>18</sup>

O *National Labor Relations Act* (NLRA) determinou a criação da *National Labor Relations Board* (NLRB), agência reguladora federal responsável pelo julgamento dos conflitos trabalhistas em relações aos quais tem competência, em primeira instância. Trata-se de

*"Os tribunais ficaram relegados ao controle de constitucionalidade e ao duplo dos julgamentos feitos pela NLRB, assim como ao processamento de ações propostas para o cumprimento de acordos trabalhistas, o chamado enforcement of the collective agreement."*

organismo coordenado por cinco membros apontados pelo presidente da República, com oitiva e confirmação do Senado.<sup>19</sup> Conseqüentemente, essa agência tende a oscilar nas orientações que imprime, dada sua inegável natureza política. Segundo autor norte-americano,

A NLRB tende a ser mais política do que as demais agências governamentais independentes, com membros do Partido Republicano defendendo empregadores, enquanto representantes do Partido Democrata são mais inclinados a proteger os sindicatos. Como resultado, tem havido freqüentes mudanças nas políticas seguidas, especialmente na área de práticas trabalhistas faltosas. Clareza e estabilidade da norma trabalhista são ainda mais prejudicadas pelo fato de que a NLRB geralmente regulamenta caso a caso, ao invés de julgar as discussões que aprecia por meio de regras gerais.<sup>20</sup>

Com a criação dessa agência, sedimentou-se que as cortes convencionais do Judiciário se limitam a deter competência para o *judicial review* em matéria laboral. Os tribunais ficaram relegados ao controle de constitucionalidade e ao duplo dos julgamentos feitos pela NLRB, assim como ao processamento de ações

<sup>15</sup>TAYLOR, Benjamin J. & WITNEY, Fred. *U.S. labor relations law - historical development*, p. 165. Tradução e adaptação livre do autor: "It was a product of modern organization of industry. Supporters of the legislation recognized that the modern industrial environment rendered obsolete the concept of individual bargaining as the regulator of industrial relations. Social and economic change brought greater attention to the need for effective collective bargaining. Moreover, the Wagner Act recognized the incongruity of industrial autocracy in the context of political democracy".

<sup>16</sup>OBBERER, Walter E. & HANSLOWE, Kurt L. *Op. cit.*, p. 474.

<sup>17</sup>FARNSWORTH, E. Allan. *An introduction to the legal system of the United States*, p. 161.

<sup>18</sup>TAYLOR, Benjamin J. & WITNEY, Fred. *Op. cit.*, p. 115.

<sup>19</sup>BURNHAM, William. *Introduction to the law and legal system of the United States*, p. 584.

<sup>20</sup>BURNHAM, William. *Op. cit.*, p. 584. Tradução e adaptação livre do autor: "The NLRB tends to be more 'political' than most independent agencies, with Republican members tending to side with employer's and Democratic members tending to side with unions. The result has been several reversals and modifications of policy, especially in the area of unfair labor practices. Clarity and stability of the law are further hindered by the fact that the NLRB generally makes policy through case-by-case adjudication rather than by regulation".

propostas para o cumprimento de acordos trabalhistas,<sup>21</sup> o chamado *enforcement of the collective agreement*.<sup>22</sup> A NLRB pode ser acionada pelo empregado ou por um conjunto de empregados de uma empresa, assim como pelo sindicato que os representa.<sup>23</sup> O fundamento do pedido de julgamento é a alegação de descumprimento de lei ou de acordo coletivo por parte do empregador, as chamadas *Unfair Labor Practices* (ULPs).<sup>24</sup> A NLRB tem competência apenas para apreciar feitos trabalhistas relativos a fatos reais e hipoteticamente vinculados a comércio entre os estados,<sup>25</sup> limitando a abrangência federal em direito laboral.

O interessado em arbitragem da NLRB, chamado de *charging party*,<sup>26</sup> protocolará um pedido conhecido como *charge*,<sup>27</sup> no qual relatará o conteúdo de suas queixas contra o patrão (*unfair labor practice*).<sup>28</sup> A súplica é enviada a um dos vários escritórios regionais que a NLRB tem nos Estados Unidos, de modo que a fixação de competência passa também pelo critério geográfico.<sup>29</sup> O interessado não precisa de advogado para encaminhar sua queixa. O diretor do escritório da NLRB determinará se o pedido tem condições de ser processado.<sup>30</sup> Se houver plausibilidade no requerimento, o diretor da NLRB designará um advogado da

própria agência para conduzir o caso em nome do reclamante.<sup>31</sup> Far-se-á em seguida uma audiência (*hearing*) em que serão ouvidas as testemunhas (*witnesses*) e colhidas as provas (*evidence*). A audiência será presidida por um juiz administrativo, *Administrative Law Judge* (ALJ). Esses juízes são selecionados por comissão federal de serviço público (*civil service commission*), ficam sediados em Washington (na Costa Leste) ou em São Francisco (na Costa Oeste),<sup>32</sup> viajam pelo país presidindo audiências e processando as reclamações e decidem mediante *recomendações*, que são encaminhadas ao conselho de diretores da NLRB, que prepara-

rá a sentença. Esse conselho não colheu as provas, não ouviu testemunhas, apenas decide com base na recomendação encaminhada pelo juiz administrativo que acompanhou o caso.<sup>33</sup>

As decisões podem não ser imediatamente implementadas, pois a NLRB não tem poderes para tal. Assim, se o empregador por algum motivo recusa-se a cumprir a sentença, a própria NLRB requer que o tribunal federal mais próximo ordene o cumprimento da decisão do conselho.<sup>34</sup> Se o reclamado não

concorda com a decisão do conselho da NLRB, está autorizado a apelar para o tribunal federal da região.<sup>35</sup> Ainda existe

*"As decisões podem não ser imediatamente implementadas, pois a NLRB não tem poderes para tal. Assim, se o empregador por algum motivo recusa-se a cumprir a sentença, a própria NLRB requer que o tribunal federal mais próximo ordene o cumprimento da decisão do conselho. Se o reclamado não concorda com a decisão do conselho da NLRB, está autorizado a apelar para o tribunal federal da região. Ainda existe (hipoteticamente) apelo para a Suprema Corte, mediante requerimento chamado "writ of certiorari". A Suprema Corte tem discricionariedade para escolher os casos que quer julgar."*

<sup>21</sup>ESTREICHER, Samuel. Op. cit., p. 475.

<sup>22</sup>OBERER, Walter E. & HANSLÖWE, Kurt L. Op. cit., p. 625 e segs.

<sup>23</sup>GREGORY, Charles O. & KATZ, Harold A. *Labor and the law*, p. 234.

<sup>24</sup>ESTREICHER, Samuel. Op. cit., p. 475.

<sup>25</sup>LESLIE, Douglas L. *Labor law in a nutshell*, p. 9.

<sup>26</sup>No caso, equivale ao nosso reclamante.

<sup>27</sup>Aqui, equivalente à nossa reclamatória trabalhista.

<sup>28</sup>LESLIE, Douglas L. Op. cit., p. 10.

<sup>29</sup>Idem.

<sup>30</sup>Idem, p. 11.

<sup>31</sup>Idem.

<sup>32</sup>Idem.

<sup>33</sup>Idem, p. 12.

<sup>34</sup>Idem.

<sup>35</sup>ESTREICHER, Samuel. Op. cit., p. 475.

(hipoteticamente) apelo para a Suprema Corte, mediante requerimento chamado *writ of certiorari*.<sup>36</sup> A Suprema Corte tem discricionariedade para escolher os casos que quer julgar.<sup>37</sup>

O papel dos sindicatos (*unions*) limita-se à barganha de salários, de regime e de condições de trabalho,<sup>38</sup> com decorrente planejamento e condução de greves (*strikes*). Funcionam prioritariamente de forma descentralizada, com base em indústria ou em conjunto de estabelecimentos. Os sindicatos também podem representar os empregados de empresas competidoras.<sup>39</sup> Não obstante o voluntarismo e a hostilidade à interferência governamental, fortes ligações há entre os sindicatos e os partidos políticos, a exemplo da clássica aproximação de líderes sindicais com os republicanos em Detroit e em Filadélfia e com os democratas em Nova York.<sup>40</sup> As negociações que não conduzem a acordo justificam e autorizam procedimento de greve,<sup>41</sup> tratada como conspiração criminal, no alvorecer do movimento sindicalista.<sup>42</sup> O empregador também pode fechar repressivamente o estabelecimento (*lockout*) e processar criminalmente o empregado que insiste em entrar nas dependências por crime de

*trespass* (invasão).<sup>43</sup> A greve recebe proteção legal, o empregado é escudado contra dispensa, porém o patrão pode contratar mão-de-obra temporária, em virtude da natureza do negócio.<sup>44</sup>

Debatem-se atualmente temas ligados à privacidade do empregado nas dependências do trabalho (*privacy and workplace*).<sup>45</sup> Trata-se de preocupação ligada à monitoração do uso de Internet, de telefones, de circuitos internos de televisão,<sup>46</sup> que acompanham inclusive visitas ao banheiros. Segundo autor norte-americano:

*"O papel dos sindicatos "unions" limita-se à barganha de salários, de regime e de condições de trabalho, com decorrente planejamento e condução de greves "strikes". Funcionam prioritariamente de forma descentralizada, com base em indústria ou em conjunto de estabelecimentos. Os sindicatos também podem representar os empregados de empresas competidoras."*

Privacidade no local de trabalho é tema de preocupação emergente. Os defensores da regulamentação argumentam que os trabalhadores deveriam ter o direito de manter áreas de privacidade. Tais proteções são comuns no setor governamental, e alguns sugerem que regras semelhantes devem ser estendidas ao setor privado. O Congresso aprovou leis restringindo o uso de polígrafos (detetores de mentira) e interceptação de chamadas telefônicas como mecanismos de investigação de comportamento irregular de empregados. Nos últimos anos,

<sup>36</sup>REHNQUIST, William H. *The Supreme Court*, p. 8 e segs.

<sup>37</sup>WOODWARD, Bob & ARMSTRONG, Scott. *The brethren*, p. XII.

<sup>38</sup>ESTREICHER, Samuel. Op. cit., p. 474.

<sup>39</sup>Idem, p. 475.

<sup>40</sup>WELLINGTON, Harry H. *Labor and legal process*, p. 220.

<sup>41</sup>ESTREICHER, Samuel. Op. cit., p. 475.

<sup>42</sup>COGLEY, Thomas S. Op. cit., p. 7.

<sup>43</sup>BURNHAM, William. Op. cit., p. 587.

<sup>44</sup>BURNHAM, William. Op. cit., loc.cit.

<sup>45</sup>COVINGTON, Robert N. *Labor Law*. in: HALL, Kermit L. (ed.) *The Oxford companion to American law*, p. 481.

<sup>46</sup>Esso monitoramento é retratado de forma muito interessante pelo cinema norte-americano no filme *Maid in Manhattan*, com Jennifer Lopez, no qual a atriz protagoniza empregada de luxuoso hotel que vive caso amoroso com político do Partido Republicano.

projetos de lei têm sido apresentados em todas as sessões do Congresso, com o objetivo de regulamentar o controle eletrônico de empregados no trabalho.<sup>47</sup>

O individualismo e o pequeno intervencionismo parecem ser as características do direito do trabalho nos Estados Unidos. O marxismo clássico previu a revolução socialista em ambiente de altíssimo desenvolvimento industrial. Inglaterra, Alemanha e Estados Unidos da América pareciam destinados a albergar o grande levante, cujo espectro rondava a Europa desde 1848, data do *Manifesto*. Porém, os partidos comunistas não vingaram satisfatoriamente nos Estados Unidos, havendo grande repressão, em especial em meados do século XX, durante o *macartismo*, movimento de caça às bruxas, que agitou a sociedade norte-americana.

Com foco nos grandes *cases* vinculados ao movimento do direito do trabalho nos Estados Unidos, a leitura historiográfica propicia instrumentos para tentativas de explicação para o menoscabo com a doutrina marxista naquele país. O trato do Judiciário com os problemas trabalhistas proporciona também levantamento de dados destinados à compreensão de juslaborialismo que configura minimalismo estatal e individualismo, qualificando competição feroz, indicadora de darwinismo social.

No início do século XIX, as empresas exigiam como requisito para contratação que os empregados não fossem sindicaliza-

dos. Tais contratos chamavam-se *yellow dog*.<sup>48</sup> No fim do mesmo século, boa parte dos estados promulgou leis contra essa odiosa forma de discriminação. Por volta de 1890, era arriscado exigir a não-sindicalização do trabalhador como condição para a contratação,<sup>49</sup> discriminando-se, assim, de outras maneiras. A atitude com o contrato *yellow dog* pode identificar como o sistema econômico absorveu as relações de trabalho. Formal, e depois informalmente, procurou-se minar o movimento sindicalista. Desse modo, *Farwell vs. Boston and Worcester Rail Road Corp.*, *Haymarket*, *In Re Debs* e *Lochner vs. New York* são casos essenciais para a compreensão do momento formador do trabalhismo norte-americano.

Em 1842, a Suprema Corte de Massachusetts apreciou o caso *Parwell vs. Boston and Worcester Rail Road Corp.* Na ocasião, o presidente da Casa (*chief justice*) Lemuel Shaw redigiu a decisão, que é marco no direito do trabalho norte-americano,<sup>50</sup> pela aberta posição que tomou em favor do grande capital, em detrimento do empregado. O caso, entre outros aspectos, identifica a importância das companhias de estrada de ferro na formulação da economia e do direito nos Estados Unidos.

O autor da ação, de nome Farwell, foi contratado pela ré em 1835 como engenheiro maquinista, inicialmente dirigindo trens de carga e depois de passageiros. Farwell ganhava 2 dólares por dia, salário básico para a função que desempenhava. No dia

<sup>47</sup>ESTREICHER, Samuel. *Labor and employment law*, in: MORRISON, Alan B. (ed.), *Fundamentals of American law*, p. 543. Tradução e adaptação livre do autor: "Workplace privacy is an area of emerging concern. Advocates of privacy regulation argue that worker should have the right to preserve areas of privacy even when on the job. Such protections are common in the government sector, and some have suggested that similar rules be extended to the private workplace. Congress have passed laws restricting use of polygraphs (lie detectors) and interception of telephone calls as tools for investigating employee misconduct. In recent years, bills have been introduced in every session of Congress to regulate economic surveillance of employees while at work". autor: "Many agencies operate under statutes that give them legislative power to issue rules which control private behavior".

<sup>48</sup>GREGORY, Charles O. & KATZ, Harold A. Op. cit., p. 174 e segs.

<sup>49</sup>TAYLOR, Benjamin J. & WITNEY, Fred. Op. cit. p. 138 e segs.

<sup>50</sup>PRESSER, Stephen B. & ZARNALDIN, Jamil S. *Law and jurisprudence in American history, cases and materials*, p. 635 e segs.

30 de outubro de 1837, Farwell acidentou-se por culpa de outro empregado da empresa, que ele não conhecia, e que deixou de acertar a troca de trilhos em determinado ponto da ferrovia. Como resultado do acidente, Farwell perdeu a mão direita. Os defensores do autor argumentaram que era dever da ré manter condições adequadas e seguras de trabalho para os empregados da empresa. A ré sustentou que não podia se responsabilizar por dano causado por empregado a outro empregado. À época, cogitava-se que qualquer proteção outorgada ao empregado iria torná-lo displicente quanto às normas de segurança, multiplicando os acidentes. O juiz Lemuel Shaw concluiu que a ré não foi a causadora do acidente, não deveria indenizar o maquinista, não poderia ser responsabilizada por fatos que estavam fora de seu alcance na condição de empregadora. Em sentença abertamente hostil ao trabalhador, o juiz Shaw favoreceu a companhia da estrada de ferro,<sup>51</sup> julgando im procedente o pedido.

No sentido contrário, em 1851, o estado de New Jersey foi acusado de ser paternalista<sup>52</sup> ao aprovar lei<sup>53</sup> que proibia o trabalho de menores de dez anos de idade e regulamentava horas de trabalho, estipulando dez horas diárias ou sessenta horas semanais, prevendo um dia de descanso (*day off*). Tal legislação, no entanto, deu início à obsessiva preocupação com o trabalho de menores, tema tão caro ao direito norte-americano quanto o moralismo que promove críticas à obscenidade.<sup>54</sup>

Em 1886, julgou-se em Chicago o famoso levante sindicalista de *Haymarket*.<sup>55</sup>

Os sindicatos defendiam regime de trabalho diário de oito horas, e manifestações nesse sentido houve no país todo em 10 de maio de 1886. No dia 3 de maio, a polícia e os sindicalistas enfrentaram-se em Chicago. Dezenas de pessoas morreram, e o episódio ficou conhecido como o *Haymarket Riot*. Os líderes do movimento foram sumariamente julgados e condenados à pena de morte por enforcamento. No confronto entre trabalhadores e forças da indústria e do governo, os primeiros foram derrotados, esvaziando-se temporariamente o movimento que postulava melhores condições de trabalho.

Também em Chicago, em 1895, julgou-se Eugene Debs, líder do sindicato dos trabalhadores da estrada de ferro *American Railway*.<sup>56</sup> Na época, uma greve paralisou os transportes ferroviários no Meio-oeste norte-americano. Um juiz federal ordenou que o sindicato desse fim ao movimento imediatamente, que atingia em particular a empresa de transporte *Pullman Company*. O sindicato manteve a greve, ignorando a ordem judicial. Eugene Debs, líder do movimento, foi julgado e condenado a dez meses de prisão, por não ter cumprido a ordem da Justiça (*contempt of court*). A Suprema Corte manteve a decisão de Illinois com base no poder dos juizes federais em ver cumpridas suas ordens. Não obstante intensas manifestações populares em favor de Debs,<sup>57</sup> sustentou-se a condenação, o que consta, resultado de pressão pessoal do então presidente dos Estados Unidos, Grover Cleveland.

Em 1905, o caso *Lochner vs. New York* chegou à Suprema Corte. Joseph

<sup>51</sup>Idem, p. 641.

<sup>52</sup>HALL, Kermit L.; WIECEK, William M. & FINKELMAN, Paul. *American Legal History, Cases and Materials*, p. 357.

<sup>53</sup>*New Jersey Child Labor Act*, 1851, apud HALL, Kermit L.; WIECEK, William M. & FINKELMAN, Paul. Op. cit., p. 357.

<sup>54</sup>HALL, Kermit L.; WIECEK, William M. & FINKELMAN, Paul. Op. cit., p. 398.

<sup>55</sup>CHRISTIANSON, Stephen G., *Haymarket trial*, in KNAPPMAN, Edward W. (ed.) *Great American trials*, p. 194 e segs.

<sup>56</sup>CHRISTIANSON, Stephen G. *In Re Debs*, in KNAPPMAN, Edward W. Op. cit. p. 209 e segs.

<sup>57</sup>IRONS, Peter. Op. cit., p. 245.

Lochner era proprietário de uma panificadora e foi condenado por ter violado a lei do estado de Nova York que proibia padeiros de trabalhar mais de dez horas por dia. Lochner exigia que seus empregados passassem muitas horas junto ao forno, muito além das dez horas previstas em norma, alegando que a conduta era lícita, porque havia aquiescência do empregado, que teria liberdade para contratar. Em histórico voto a Suprema Corte deu pela inconstitucionalidade da lei que limitava as horas de trabalho e, conseqüentemente, promoveu sem limites a liberdade de contrato.<sup>58</sup> A decisão não foi unânime, e contra ela discordou o juiz (*associate justice*) Oliver Wendell Holmes Jr., afirmando que “[...] proposições gerais não decidem casos concretos”<sup>59</sup> e invocando a necessidade de a Justiça amparar situações concretas, reais, por meio de ordens diretas e não de aforismos vagos que apenas protegiam o grande capital. Era evidente a hipossuficiência do empregado que efetivamente não exercia liberdade ao contratar com o empresário. O voto de Holmes anunciou ativismo jurídico, realismo jurisprudencial que caracterizou a filosofia jurídica desse célebre juiz norte-americano. Holmes combatia a pretensa neutralidade do Judiciário,<sup>60</sup> que foi

*“Holmes combatia a pretensa neutralidade do Judiciário, que foi instrumento do desenvolvimento do capitalismo nos Estados Unidos. Ele insistia que aos juizes não é obrigatória a justificação de leis que ensinam objetivos meramente políticos. O princípio da neutralidade pretendia parar sobre o conflito de classes.”*

instrumento do desenvolvimento do capitalismo nos Estados Unidos.<sup>61</sup> Ele insistia que aos juizes não é obrigatória a justificação de leis que ensinam objetivos meramente políticos.<sup>62</sup> O princípio da neutralidade pretendia parar sobre o conflito de classes.<sup>63</sup>

A neutralidade triunfou até a Grande Depressão que atingiu a economia norte-americana a partir de 1929. Na presidência de Franklyn Delano Roosevelt, especialmente a partir de 1935, aumentaram-se os regimes de regulamentação do trabalho. O *Wagner Act* e a criação da NLRB como instrumento de Justiça trabalhista bem comprovam o sucesso dessa iniciativa. Ampliou-se a interferência da União em matérias de direito do trabalho, embora o modelo clássico de regulamentação tenha sido mantido, como expressão mesma do trabalhismo em regime econômico de desenvolvimento e crescimento. O *boom* econômico pós-Segunda Guerra Mundial, a euforia das décadas de 1950 e 1960, o radicalismo conservador de Reagan, a virada à direita da Suprema Corte pós-Nixon<sup>64</sup> e a animação dos anos Clinton,<sup>65</sup> lembrados como época de pleno emprego, mitigaram e minaram conquistas estruturais para a formação de um direito do trabalho protecionista.

<sup>58</sup>SCHWARTZ, Bernard. *A history of the Supreme Court*, p. 193 e segs.

<sup>59</sup>Idem, p. 195. Tradução e adaptação livre do autor: “General propositions do not decide concrete cases”.

<sup>60</sup>Essa alegada neutralidade está hoje supostamente revigorada no textualismo e na interpretação literal que caracterizam, por exemplo, as decisões do juiz Antonin Scalia, como verifica-se no ensaio de sua autoria, *A matter of interpretation*.

<sup>61</sup>FRIEDMAN, Lawrence M. *A history of American law*, p. 484 e segs.

<sup>62</sup>HALL, Kermit L., WIECEK, William M. & FINKELMAN, Paul. Op. cit., p. 389.

<sup>63</sup>GILLMAN, Howard. *The Constitution besieged*, p. 64 e segs.

<sup>64</sup>SCHWARTZ, Herman Ced. *The Rehnquist court*, p. 227 e segs.

<sup>65</sup>Que os conservadores republicanos mais à direita chamam *the Holyday of America*, o feriado da América), devido à política externa aparentemente menos interventora.

Atualmente novos problemas são focalizados em termos de igualdade civil, de privacidade e de discriminação no emprego. Os temas clássicos do juslaborialismo continental ficam à mercê das legislações estaduais, que se ocupam com salário mínimo e com jornada de trabalho. Os comitês compõem e decidem conflitos, com paradigma conceitual e jurisprudencial da NLRB, agência federal que faz as vezes de Justiça do Trabalho. Esse trabalhismo anêmico, insuflado pelo sindicalismo misterioso, brotou em país de desenvolvimento econômico ótimo, como a nos perguntar se o direito do trabalho é o mais

*"Os temas clássicos do juslaborialismo continental ficam à mercê das legislações estaduais, que se ocupam com salário mínimo e com jornada de trabalho. Os comitês compõem e decidem conflitos, com paradigma conceitual e jurisprudencial da NLRB, agência federal que faz as vezes de Justiça do Trabalho."*

eficaz meio de defesa do trabalhador. E a nova leva de defensores da flexibilização que se pulveriza nos meios acadêmicos e pragmáticos do juslaborialismo parece responder à questão proposta com um monossílabo de aquiescência. Afinal, muito mais importante do que as normas protetivas do trabalho, encontra-se a possibilidade do próprio emprego. De nada vale uma miríade de regras que conferem segurança e estabilidade no trabalho, quando uma multidão de desempregados ganha as ruas, como acontece em nosso país, no qual há muitas pessoas com fome, com fome de ser gente.



## **V - TESES ACADÊMICAS**



# ESTÁGIO NO ENSINO SUPERIOR: UMA QUESTÃO SOCIAL

CLARICE YOSHIOKA\*

**Resumo:** O estágio no ensino superior deve propiciar a integração da educação com o mundo do trabalho. Entretanto, como forma de trabalho excepcional, deve se revestir de todas as características que lhe são próprias para cumprir sua finalidade essencialmente educacional, sob pena de converter-se em fraude aos direitos trabalhistas e em infração da ordem econômica e social. Paradoxalmente, entretanto, o estágio pode representar, enquanto meio para o pleno emprego, um risco ao mesmo.

**Sumário:** 1 Introdução; 2 Bases legais; 2.1 Estágio curricular; 2.1.1 Sujeitos do processo de estágio; 2.1.1.1 Unidade concedente; 2.1.1.2 Estagiário; 2.1.1.3 Instituição de ensino; 2.1.1.4 Agente de integração; 2.1.2 Formalização do estágio; 2.2 Estágio como ação comunitária; 3 Estágio x Pleno emprego; 4 Propostas para estágio; 5 Considerações finais.

**Palavras-chave:** Estágio. Ensino superior. Formação profissional. LDB. Lei 6.494/77. Decreto 87.497/82. Pleno emprego.

## 1 INTRODUÇÃO

O trabalho é uma das características que distinguem o homem das demais criaturas, visto que o resultado de sua atividade produtiva destina-se não apenas à manutenção da vida, mas à realização da sua própria humanidade.

A educação, por sua vez, consiste em instrumento para o desenvolvimento do cidadão e sua qualificação para o trabalho, considerado este, dimensão fundamental da

existência humana, enquanto valor e expressão de dignidade.

Configuram-se como pilares da educação na Sociedade do Conhecimento: aprender a conhecer, aprender a fazer, aprender a conviver e aprender a ser.

A par dos conteúdos ministrados em sala de aula, a inserção do acadêmico em situações reais de vida e de trabalho é essencial para a concretização do quadrinômio acima mencionado.

\*Aluna do Curso de Pós-Graduação "latu sensu" em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho das Faculdades Integradas "Antônio Eufrásio de Toledo" de Presidente Prudente - Presidente Prudente - SP. Assessora da Diretoria da Associação Educacional Toledo.

Com efeito, a articulação entre o saber teórico e o saber prático deve ser incentivada para que se trabalhe a transformação do pensamento em ação referenciada, desde sempre.

O instituto do estágio supervisionado destina-se, justamente, a propiciar experiência prática na linha de formação do acadêmico, complementando-lhe o ensino e a aprendizagem, de maneira a formar o profissional preconizado nos Projetos Pedagógicos dos respectivos cursos.

Contudo, o estágio enquanto estratégia do processo de ensino-aprendizagem, destinada à qualificação dos futuros profissionais para ingresso no mercado de trabalho, deve atender às disposições da Lei 6.494/77 e do Decreto 87.497/82, que a regulamenta, sob pena de converter-se em fraude aos direitos trabalhistas, trazendo, como consequência, o reconhecimento do vínculo empregatício e o possível enquadramento do tomador de serviços como infrator da ordem econômica e social.

## 2 BASES LEGAIS

A Lei nº 6.494, de 07 de dezembro de 1977, e o Decreto nº 87.497, de 18 de agosto de 1982, que a regulamenta, constituem as bases legais do estágio.

Preliminarmente, é necessário que se faça a distinção entre os tipos de estágios previstos na legislação supracitada: o estágio curricular e o estágio desenvolvido sob a forma de extensão, como ação comunitária.

### 2.1 Estágio curricular

O § 3º do artigo 1º da Lei 6.494/77 consagra a finalidade pedagógica do estágio, ao estabelecer que "os estágios devem propiciar a complementação do ensino e da aprendizagem".

Em função do objetivo do estágio, qual seja, a formação profissional do acadêmico, decorre a principal consequência do mesmo: a não configuração do vínculo empregatício de qualquer natureza entre o estagiário e a unidade concedente. (art. 4º da Lei 6.494/77 e art. 6º do Dec. 87.497/82)

### 2.1.1 Sujeitos do processo de estágio

O processo de estágio envolve, necessariamente, três sujeitos: o campo de estágio ou unidade concedente de estágio, o aluno e a instituição de ensino. Como elemento opcional, existe o agente de integração, que atua como co-partícipe da instituição de ensino na alocação de estagiários.

#### 2.1.1.1 Unidade concedente

O estágio pode ser desenvolvido junto a pessoas jurídicas de direito privado, órgãos da Administração Pública e instituições de ensino que tenham condições de proporcionar experiência prática na linha de formação do estagiário. (art. 1º, caput e § 2º da Lei 6.494/77).

A legislação estende apenas às pessoas jurídicas, a possibilidade de figurarem como concedentes de estágio. Essa limitação faz com que profissionais liberais, como advogados, médicos, contadores, dentistas, etc., quando não constituídos como pessoa jurídica, fiquem impedidos de transmitir sua experiência e conhecimento ao futuro profissional.

A atividade exercida pela unidade concedente deve ter estreita relação com a área de formação do estagiário, pois só assim poderá proporcionar, ao mesmo, oportunidade de aprendizagens sociais, profissionais e culturais, compatíveis com o contexto básico do seu curso.

É fundamental, porém, que a unidade concedente tenha clareza da finalidade do

*"É fundamental, porém, que a unidade concedente tenha clareza da finalidade do estágio e disposição para contribuir com o aprendizado do futuro profissional."*

estágio e disposição para contribuir com o aprendizado do futuro profissional. Além disso, investir no estagiário é uma forma de a entidade formar um profissional de acordo com as suas necessidades e ainda ser beneficiado com a isenção dos encargos trabalhistas.

A designação de um profissional denominado *Supervisor de Estágio* é essencial para que se cumpra a finalidade proposta, pois cabe a esse, as seguintes responsabilidades:

- a) orientar o estagiário em suas tarefas, conforme previsto no Plano de Estágio;
- b) comunicar fatos relevantes ocorridos no decorrer das atividades de estágio;
- c) encaminhar à instituição de ensino, ao final de um período pré-determinado, geralmente um semestre, a avaliação do estagiário, mediante instrumento por aquela disponibilizado.

O papel do Supervisor de Estágio ou Supervisor de Campo é decisivo no processo de estágio, pois é sua a responsabilidade de despertar a percepção do acadêmico a cada detalhe que compõe as etapas de qualquer empreendimento como um todo, estreitando o relacionamento entre o saber teórico e o saber prático. É ele, pois, o elo entre a unidade concedente e a instituição de ensino e, quanto mais estreita for essa cooperação, melhor será o resultado do estágio em si, pois suas informações servirão como subsídio para a retroalimentação do Projeto Pedagógico do curso.

### 2.1.1.2 Estagiário

A frequência, e não somente a matrícula, em curso de ensino superior,

profissionalizante de ensino médio ou de educação especial, é condição pré-cípua para a atuação do aluno como estagiário, de conformidade com o § 1º do artigo 1º da Lei 6.494/77.

Considerando-se o tema do presente artigo, a análise será restrita ao estudante de ensino superior.

O artigo 44 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabeleceu as diretrizes e bases da educação nacional, explicita que a educação superior abrange cursos seqüenciais por campo de saber, de graduação, de pós-graduação e de extensão. Diante do exposto, a realização do estágio, a princípio, é possível nos níveis de ensino supracitados.

Contudo, se em relação aos estágios nos cursos seqüenciais por campo de saber e de graduação, a questão é pacífica, em relação à pós-graduação e à extensão, faz-se necessário estabelecer limites e condições para a realização do estágio.

O estágio na pós-graduação, conforme nosso entendimento, é admissível somente quando se tratar de bacharel que tenha se formado há dois anos, no máximo,

e que a atividade desenvolvida, além de evidenciar conexidade com o Projeto Pedagógico do respectivo curso, apresente, para sua execução, um nível de complexidade compatível com seu grau. Se o indivíduo fazia estágio durante a graduação e, após ingresso na pós-graduação, permaneceu executando as mesmas tarefas, configura-se uma relação de trabalho e não de estágio, já que não houve uma evolução em seu grau de aprendizagem.

A possibilidade de estágio em cursos de extensão parece-nos extremamente difícil, face ao período de duração dos mesmos, geralmente exíguo. Somente em situações absolutamente especiais poder-se-ia considerar sua viabilidade.

*"O estágio na pós-graduação, conforme nosso entendimento, é admissível somente quando se tratar de bacharel que tenha se formado há dois anos, no máximo, e que a atividade desenvolvida, além de evidenciar conexidade com o Projeto Pedagógico do respectivo curso, apresente, para sua execução, um nível de complexidade compatível com seu grau."*

O estagiário poderá receber uma bolsa ou outra forma de contraprestação que vier a ser acordada, sem que incidam encargos previdenciários sobre o valor do benefício (art. 4º da Lei 6.494/77). Não será devido Imposto de Renda sobre eventual bolsa-auxílio recebida pelo estagiário, desde que seu valor não exceda o valor tributável nos termos do Regulamento do Imposto de Renda.

Constitui opção do estagiário inscrever-se como segurado facultativo da Previdência Social para fins de contagem de tempo de serviço, conforme o artigo 14 da Lei nº 8.212/91.

A anotação do estágio na CTPS não é obrigatória, mas recomendável, a fim de constar, expressamente, que se trata de uma relação de estágio e não de emprego. Se efetivada, a observação referente ao estágio deve ser lançada nas folhas destinadas às Anotações Gerais. Observe-se, a esse respeito, o Ofício Circular SRT nº 11/85, de 09/09/85 e alterações da SRT nº 008/87, de 29/08/87, da Secretaria Regional do Trabalho, contendo as instruções para Fiscalização de Estágios, o qual determina apresentação, dentre outros documentos, da CTPS, "objetivando a verificação das anotações do estágio".

O estagiário deverá estar, em qualquer hipótese, segurado contra acidentes pessoais (art. 4º da Lei 6.494/77), a cargo da instituição de ensino, do agente de integração ou da unidade concedente (art. 8º do Dec. 87.497/82). A indicação da seguradora e o número da apólice deverão constar expressamente do Termo de Compromisso de Estágio.

A jornada de atividade do estagiário deverá ser compatível com o horário de suas aulas, bem como do seu Supervisor de Estágio (art. 5º da Lei 6.494/77). Evidentemente, o estágio não poderá resultar em prejuízo das aulas do aluno, daí o impedimento de sua concomitância. Já o Supervisor de Estágio, na qualidade de orientador do estagiário, deverá estar presente em horários coincidentes com esse último, para que proce-

da ao devido acompanhamento e avaliação das atividades.

Por ocasião das férias escolares, a jornada de trabalho será estabelecida de comum acordo entre a unidade concedente e o estagiário, sempre com interveniência da instituição de ensino (art. 5º, parágrafo único da Lei 6.494/77).

### 2.1.1.3 Instituição de ensino

O Dec. 87.497/82 dispõe expressamente sobre o papel da instituição de ensino no processo de estágio, ao estabelecer, em seu artigo 2º, que o estágio curricular se desenvolverá sob sua responsabilidade e coordenação.

Essa determinação é ratificada no artigo 3º, que define ser o estágio curricular, "atividade de competência da instituição de ensino, a quem cabe a decisão sobre a matéria".

O artigo 4º, em suas alíneas, atribui à escola, prerrogativa para dispor a respeito da inserção do estágio curricular na programação didático-pedagógica; carga horária, duração e jornada do estágio; condições imprescindíveis para caracterização e definição dos campos de estágio e sistemática de organização, orientação, supervisão e avaliação do estágio curricular.

À instituição de ensino cabe a tarefa de, a partir do projeto pedagógico de seus cursos e do perfil do profissional a ser formado, conceber a estratégia do processo de estágio mais adequado a cada área, bem como a sua gestão, conscientizando tanto o aluno como a unidade concedente da importância e finalidade do estágio.

No aspecto operacional, compete à instituição de ensino:

- a) buscar oportunidades de estágio para seus alunos junto a pessoas jurídicas de direito público e privado;
- b) analisar a adequação da unidade concedente aos propósitos educacionais do estágio;

- c) divulgar as vagas de estágio disponíveis e fazer o encaminhamento do aluno;
- d) formalizar as condições de realização do estágio por meio de instrumento jurídico pertinente: convênio, acordo de cooperação ou outro documento congênere;
- e) providenciar e/ou, após verificada sua regularidade, assinar como interveniente, o Termo de Compromisso de Estágio celebrado entre a unidade concedente e o estagiário;
- f) acompanhar o desempenho prático-profissional do estagiário por meio do respectivo Departamento de Estágio ou órgão afim;
- g) assessorar a unidade concedente, orientando-a nas questões pertinentes ao estágio;
- h) comunicar à unidade concedente, qualquer alteração na situação acadêmica do aluno, que repercute em sua condição de estagiário, tais como trancamento de matrícula, desistência ou abandono do curso.

#### 2.1.1.4 Agente de integração

O agente de integração é contemplado no artigo 7º do Dec. 87.497/82 e atua subsidiariamente junto à instituição de ensino na atividade de abertura de campos de estágio e prestação de serviços administrativos de cadastramento de estudantes, divulgação de vagas de estágio, pagamento de bolsas-auxílio e seguro contra acidentes pessoais. A execução dos últimos itens pode ou não ficar a cargo do agente de integração, que, em caso positivo, o faz mediante procedimento previamente acordado com a unidade concedente.

Sua atuação é de facilitador do processo de estágio, a qual deve ser pautada pelo conhecimento da legislação pertinente e respeito às suas disposições.

#### 2.1.2 Formalização do estágio

A formalização do estágio constitui requisito essencial do mesmo, sendo necessário, *a priori*, a existência de um instrumento jurídico: convênio, acordo de cooperação ou documento congênere, firmado entre a instituição de ensino e a unidade concedente, no qual devem constar todas as condições de realização do estágio. (art. 5º do Dec. 87.497/82)

A fim de particularizar a relação jurídica existente entre o estudante-estagiário e a unidade concedente, deverá ser celebrado um documento denominado Termo de Compromisso de Estágio, o qual contará com a interveniência obrigatória da instituição de ensino. O Termo de Compromisso de Estágio deverá mencionar necessariamente o instrumento jurídico a que se vincula. (art. 3º da Lei 6.494/77 e art. 6º, § 1º e 2º do Dec. 87.497/82).

No documento em questão deverão constar, basicamente, os seguintes itens, necessários à identificação do estágio:

- a) descrição das atividades a serem desenvolvidas, bem como o período e local de sua ocorrência; duração;
- b) identificação da seguradora e número da apólice de seguros contra acidentes pessoais;
- c) competências da unidade concedente e competências do estagiário.

A inclusão de cláusulas disciplinando questões como férias, interrupção do estágio, etc, fica a critério da unidade concedente.

Merece comentário, a questão pertinente à *duração do estágio*. A alínea b do artigo 4º do Dec. 87.497/82 determina que a jornada de estágio curricular não pode ser inferior a um semestre. Com a devida vênia, percebe-se uma impropriedade técnica em relação ao termo jornada, definida por Martins (2005, p. 499), como "quantidade de labor diário do empregado".

Evidentemente, o legislador refere-se à duração do estágio curricular, a qual, conforme o dispositivo supracitado, não poderá ser inferior a um semestre letivo. Deve-se atentar que, de acordo com o artigo 47 da Lei 9.394/96, que estabelece as Diretrizes e Bases da Educação Nacional, "na educação superior, o ano letivo regular, independente do ano civil, tem no mínimo, duzentos dias de trabalho acadêmico efetivo, excluído o tempo reservado aos exames finais, quando houver". A exegese desse artigo permite afirmar então, que o prazo de duração mínimo do estágio é de 100 (cem) dias.

O prazo de vigência do Termo de Compromisso de Estágio não pode extrapolar o término do curso de graduação. A esse respeito, manifestou-se o Superior Tribunal de Justiça - Agravo Regimental NO AG nº 30.861-8 - RJ:

**ESTÁGIO.** Relação de emprego. Matéria de fato. Reconhecida no acórdão a relação de emprego, decorrente da continuidade da prestação dos serviços pela estagiária, após sua formatura, essa matéria de fato não pode ser reexaminada através de recurso especial. (Acórdão do STJ, de 04-X-1994, no Agravo Regimental nº 30.861-8, Rel. Min. Fontes Alencar, Sálvio de Figueiredo e Barros Monteiro).

Recomenda-se a adoção de um *Plano de Estágio*, a ser elaborado pelo estagiário, em conjunto com a unidade concedente e sob a supervisão da instituição de ensino. Nesse documento, as atividades de estágio devem ser mais detalhadas e enriquecidas mediante sua identificação com o conteúdo programático das disciplinas do curso no qual o aluno está matriculado.

O Plano de Estágio tem, portanto, dupla função: propiciar ao estagiário estabelecer um paralelo entre o conteúdo ministrado em sala de aula e as atividades desenvolvidas no estágio e permitir à instituição de ensino, uma avaliação mais profunda quanto à proposta de estágio.

## 2.2 Estágio como ação comunitária

A participação do estudante em empreendimentos ou projetos de interesse social, realizados sob a forma de ação comunitária é tratada no artigo 2º e § 2º do artigo 3º da Lei 6.494/77.

Contudo, o Dec. 87.497/82 não regulamenta essa modalidade de estágio, limitando-se a ratificar, no § 3º do artigo 6º, a desnecessidade da celebração de Termo de Compromisso para sua efetivação.

Essa lacuna não nos permite, entretanto, inferir que o estagiário nessa condição possa desenvolver atividades desvinculadas de sua área de formação. Ele deve participar de tarefas por meio das quais possa auxiliar a comunidade em função do seu aprendizado em sala de aula.

A dispensa de um requisito formal, o Termo de Compromisso, decorre da própria natureza das ações e projetos sociais, cujos objetivos e prazos de duração são específicos e variáveis.

## 3 ESTÁGIO X PLENO EMPREGO

A Declaração Universal dos Direitos Humanos estabelece, em seu artigo 23, que:

- I) Todo o homem tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego.
- II) Todo o homem, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho.
- III) Todo o homem que trabalha tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como a sua família, uma existência compatível com a dignidade humana, e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social.
- IV) Todo o homem tem direito a organizar sindicatos e a neles ingressar para proteção de seus interesses.

A Constituição da República Federativa do Brasil dedica o Capítulo II do Título II, sobre os Direitos e Garantias Fundamentais, aos Direitos Sociais, elencando-os em seu artigo 6º, *caput*: educação, saúde, trabalho (*grifo nosso*), moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados.

Os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais são contemplados no artigo 7º da Carta Magna.

O Título VII da Constituição, que trata da Ordem Econômica e Financeira, dispõe, no artigo 170, *caput*, que a ordem econômica funda-se na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, configurando-se, como um de seus princípios, a busca do pleno emprego.

A valorização do trabalho humano, assim consagrada, justifica-se, dentre outros, pelos seguintes aspectos:

- a) O trabalho como base da economia: o trabalho, conjugado ao capital, constitui a base da produção e da economia; a empresa não subsiste sem o elemento humano, daí que o trabalho, tanto braçal como intelectual, deve ser valorizado e retribuído na medida de sua importância;
- b) O trabalho como fonte de renda ou meio de sobrevivência: na sociedade capitalista, o trabalho é, de forma preponderante, o único meio de subsistência do indivíduo. A busca do pleno emprego é alçada à esfera constitucional, dada sua relevância como forma de assegurar ao mesmo, uma existência digna.

Somente a finalidade pedagógica do estágio e sua inegável importância na formação acadêmica, favorecendo a inserção de um profissional mais qualificado no mercado de trabalho justificam o tratamento diferenciado concedido ao mesmo.

De fato, podemos considerar o estágio como uma forma de trabalho excepcional, sem garantia de direitos trabalhistas e previdenciários; já que, no desenvolvimento de suas atividades, estão presentes os requisitos de um contrato de trabalho: prestado por pessoa física; não eventualidade; subordinação; pessoalidade e onerosidade.

É imprescindível, pois, que as atividades de estágio guardem estreita relação com o curso no qual o aluno esteja matriculado. Se um acadêmico de Direito estiver atuando como promotor de eventos, por exemplo, é evidente que não se trata de estágio, e sim, de fraude aos direitos trabalhistas, trazendo, como consequência, a nulidade dos atos praticados sob uma roupagem distinta, face ao princípio da primazia da realidade. Segundo Rodriguez (1978, p.217), esse princípio

*“É imprescindível, pois, que as atividades de estágio guardem estreita relação com o curso no qual o aluno esteja matriculado. Se um acadêmico de Direito estiver atuando como promotor de eventos, por exemplo, é evidente que não se trata de estágio, e sim, de fraude...”*

significa que, havendo discordância entre o que ocorre na prática e o que emerge de documentos ou acordos, deve-se dar preferência ao primeiro.

A jurisprudência é unânime a esse respeito, conforme exemplificado abaixo:

**EMENTA: VÍNCULO DE EMPREGO. DESCARACTERIZAÇÃO DO CONTRATO DE ESTÁGIO. LEI 6494/77.** A Lei 6494/77 estabelece como requisitos para a contratação de estudantes que estejam eles frequentando curso de ensino médio ou superior; que o estágio proporcione a complementação do ensino e da aprendizagem; que a

realização do estágio se dê mediante termo de compromisso celebrado entre o estudante e a parte cedente com interveniência da instituição de ensino. Na espécie, não foi renovado o compromisso entre a empresa e o aluno. Não tendo sido cumprida a formalidade legal e possuindo a relação as características de pessoalidade, onerosidade, continuidade e subordinação, caracteriza-se como de emprego o vínculo formado. Recurso provido. NULIDADE DO PEDIDO DE DEMISSÃO. Hipótese em que o reclamante não logrou comprovar a nulidade do pedido de demissão formulado e validamente homologado pelo sindicato profissional. Provimento negado. DOMINGOS E FERIADOS TRABALHADOS. Hipótese em que restou demonstrada a incorreta compensação dos feriados laborados. Acolhe-se o recurso do autor para condenar a reclamada ao pagamento das horas extras correspondentes, conforme previsão normativa. Recurso parcialmente provido. (Acórdão do TRT 4ª Região, 08-VII-2005, no processo 01344-2002-021-04-00-5 (RO), Rel. Juiz Ana Luiza Heineck Kruse),

**EMENTA: VÍNCULO DE EMPREGO X ESTÁGIO PROFISSIONAL.** Não havendo o acompanhamento e avaliação do estágio pela instituição de ensino, bem como nexos entre as atividades realizadas pela autora e os objetivos do curso de Licenciatura de Matemática, resta desvirtuada a finalidade do estágio, consoante o disposto na Lei 6.494/77 e Decreto 87.497/82. Aplicação da regra do art. 9º da CLT, com incidência do Princípio da Primazia da Realidade, reconhecendo-se como de emprego o vínculo de trabalho havido entre as partes. Apelo provido. (Acórdão do TRT 4ª REGIÃO, de 06-VI-2005, no Processo 00523-2004-741-04-00-9 (RO), Juiz Relator: Ricardo Hofmeister de Almeida Martins Costa)

Descaracterizado o estágio e configurado o vínculo empregatício, cabe ao

tomador de serviços, arcar com todos os encargos decorrentes dessa situação.

Se comprovada a atuação irregular da instituição de ensino, bem como do agente de integração como meros agenciadores de mão-de-obra barata, agindo simplesmente em troca de vantagem financeira, os mesmos poderão ser solidariamente responsabilizados pelos créditos trabalhistas e previdenciários devidos ao trabalhador.

Evidenciada a desídia da instituição de ensino no acompanhamento do estágio que venha propiciar a sua descaracterização, poderá ser-lhe imputada responsabilidade subsidiária face à irregularidade de sua conduta, no caso, omissiva.

A situação se torna um tanto mais complexa se considerarmos a ocorrência de desvirtuamento de estágio para o qual não esteja prevista remuneração. Conforme já tratado, o estágio pode ser remunerado ou não. E no caso em tela, qual seria a solução?

Entendemos que tal fato, ainda que decorra da anuência do acadêmico e que venha a atender seus interesses, como no caso de cumprimento de carga horária de estágio obrigatório, enseja a aplicação do artigo 460 da CLT, com fundamento no artigo 8º do mesmo diploma legal. Justifica-se a medida, pelo fato de que um dos princípios que norteiam o Direito do Trabalho é o da *irrenunciabilidade de direitos*, que consiste na "impossibilidade jurídica de privar-se voluntariamente de uma ou mais vantagens concedidas pelo direito trabalhista em benefício próprio". (RODRIGUEZ, 1978, p.66-67)

Trata-se, pois, de uma restrição ao princípio da autonomia da vontade, com vistas à tutela do trabalhador, daí porque entendemos ser nula a cláusula sobre a não remuneração na questão proposta. Se a regra é a inexistência de trabalho gratuito, excetuando-se aquele abrangido pela Lei 9.608, de 18/02/98, que trata do *serviço voluntário* e o exercido em regime de *economia familiar*, previsto nos artigos 372, parágrafo

único e 492, parágrafo único, da CLT, ou seja, o trabalho dos membros da mesma família, indispensável à própria subsistência e exercido em condições de mútua dependência e colaboração, sem a utilização de empregados, a atividade exercida pelo aluno, no presente caso, a *contrario sensu*, deve ser remunerada, sob pena de favorecer o enriquecimento ilícito.

#### 4 PROPOSTAS PARA ESTÁGIO

As questões relativas ao estágio conduziram à nomeação de um Grupo de Trabalho Interministerial<sup>2</sup>, nomeado pela Portaria MPS/TEM/MEC nº 838, de 23/06/2003, publicada no D.O.U. de 25/06/2003, constituída com a finalidade de analisar e, eventualmente, propor alterações na legislação vigente a respeito da prática de estágio, no que se refere ao mercado de trabalho, à proteção previdenciária e à política educacional.

O trabalho do GIT resultou num Anteprojeto de Lei datado de 03 de setembro de 2003 e sua proposta traz profundas inovações quanto à matéria:

- a) institui a inserção do estágio, seja de caráter profissional ou sócio-cultural ou científico no plano de curso e sua obrigatoriedade para todos os alunos, considerado o mesmo como uma forma de preparação metódica para o trabalho;
- b) distingue o estágio profissional do estágio sócio-cultural ou científico;
- c) distingue o estágio obrigatório, entendido esse como de prerrogativa exclusiva da instituição de ensino, de acordo com a natureza de cada curso e conforme as respectivas Diretrizes Curriculares;
- d) condiciona a existência de agentes de integração à sua natureza

jurídica, que deve ser, necessariamente, pessoa jurídica de direito privado ou público, sem fins lucrativos, devidamente inscrito no Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente e no Conselho Nacional de Assistência Social – CNAS;

- e) estabelece jornada máxima de estágio de 06 horas, com módulo semanal limitado a 30 horas;
- f) determina que o valor da bolsa-estágio não poderá ser inferior a um salário mínimo;
- g) institui concessão de vale-transporte;
- h) limita o número de estagiários a, no máximo, 20% (vinte por cento) do número de empregados do estabelecimento, cujas funções sejam compatíveis com a realização de estágio;
- i) duração máxima do estágio, na mesma empresa, por dois anos, em se tratando de estágio profissional e de um ano, em caso de estágio sócio-cultural ou científico;
- j) recesso proporcional em caso de estágio com duração igual ou superior a seis meses.

A proposta apresentada evidencia a extensão de direitos trabalhistas aos estagiários e, se implantada, estabelecerá um certo equilíbrio, que repercutirá nas relações entre unidade concedente, estagiário e os empregados da primeira, certamente.

A iniciativa tende a inibir unidades concedentes que porventura se sintam tentadas a substituir parte de seus empregados por estagiários, seduzidos pelas isenções legais. Já os empregados, sentir-se-ão menos ameaçados em relação à possibilidade de

<sup>2</sup>O GTI foi composto por representantes do Ministério da Previdência e Assistência Social, Ministério do Trabalho e Emprego e pelo Ministério da Educação.

perda de postos de trabalho. Quanto ao estagiário, é de se supor que, diante dos benefícios que lhe serão concedidos, passe a se sentir com maiores responsabilidades e que, a par de seu aprendizado, venha a contribuir de forma mais significativa para com o processo produtivo da unidade concedente.

Os principais aspectos do Anteprojecto vêm ao encontro das proposições formuladas pelas instituições de ensino no III Encontro Nacional de Estágios<sup>1</sup>, realizado em maio de 2004.

As instituições de ensino têm se mobilizado para troca de informações e experiências sobre estágio e os coordenadores de estágio mantêm um grupo de discussões pela Internet, denominado ForCEU – Fórum de Coordenadores de Estágios Universitários.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Uma análise se faz necessária: o número de instituições de ensino superior em 2003, segundo o Censo 2004 do INEP<sup>2</sup>, era de 1859 (um mil, oitocentos e cinquenta e nove), dos quais 88,9% eram particulares, indicador que coloca o sistema educacional brasileiro entre os mais privatizados do mundo.

Esse fato conduz o acadêmico a buscar o estágio não só pelo seu aspecto educacional e formativo, mas também como recurso que lhe permita pagar a mensalidade ou, pelo menos, parte dela.

A situação acima mencionada deflagra um quadro em que se evidencia o potencial confronto entre duas realidades: de um lado, a oferta ou manutenção do emprego como garantia da dignidade humana e de outro, a viabilização do ensino e a oportunidade de qualificação profissional condicionada à necessidade de recursos para sua concretização.

Com efeito, o estagiário busca aprimorar sua formação profissional ciente de que essa constitui uma vantagem competitiva. A experiência de estágio agrega valor ao seu currículo. O desenvolvimento de competências e habilidades adquirido por meio da antecipação do ingresso na vida profissional é de inestimável importância. O estagiário se qualifica para o mercado de trabalho sob pena de ser dele excluído. Contudo, nesse percurso, pode acabar ocupando um posto de trabalho originariamente destinado a um empregado, provocando um desequilíbrio social e econômico.

A proposta de limitação de estagiários a um percentual de 20% do número de empregados do estabelecimento, cujas funções sejam compatíveis com a realização de estágio, se efetivada, é uma medida salutar para inibir iniciativas que, sob o véu da oferta de aprendizagem, poderiam resultar numa vantagem desleal perante os concorrentes. Uma empresa que substitui parte significativa dos empregados por estagiários, sendo beneficiada com a isenção de encargos tra-

*“As instituições de ensino têm se mobilizado para troca de informações e experiências sobre estágio e os coordenadores de estágio mantêm um grupo de discussões pela Internet, denominado ForCEU – Fórum de Coordenadores de Estágios Universitários.”*

<sup>1</sup>O Encontro Nacional de Estágios é organizado pelo Fórum de Pró-Reitores de Graduação das Universidades Brasileiras - ForGRAD, e conta com a participação de instituições de ensino e representantes de áreas relacionadas ao estágio, em especial de órgãos do Ministério do Trabalho.

<sup>2</sup>O Censo da Educação Superior é realizado anualmente pela Diretoria de Estatísticas e Avaliação da Educação Superior - DEAS, órgão do Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira - INEP, do MEC.

balhistas e previdenciários, coloca-se, evidentemente, numa posição privilegiada, em termos econômicos, perante as demais.

Trata-se, pois, de uma questão social por si só preocupante, com a agravante de que a insuficiência de recursos por parte do estudante, aliada a interesses escusos, pode resultar em simulacros de estágio.

Diante do exposto, é fundamental que todos os atores do processo de estágio: estudante, unidade concedente e instituição de ensino, tenham consciência ética na sua concretização, para que este atinja seus objetivos.

Somente dessa forma é justificável a manutenção do estágio, que, paradoxalmente, pode se configurar tanto como uma exceção ao princípio do pleno emprego, como caminho para uma boa formação profissional cuja meta é, precisamente, o pleno emprego.

## BIBLIOGRAFIA

BRASIL. Câmara dos Deputados. Comissão dos Direitos Humanos. *Declaração universal dos direitos humanos: 1948-1998*. Brasília: Centro de Documentação e Informação da Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações da Câmara dos Deputados, 1998.

BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. *Decreto-lei nº 5.452, de 01 de maio de 1943*. Aprova a consolidação das leis do trabalho. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

BRASIL. Ministério da Previdência e Assistência Social. *Anteprojeto de lei de estágio*. Propõe alterações na legislação vigente a respeito da prática de estágio, no que tange aos aspectos relacionados ao mercado de trabalho, à proteção previdenciária e à política educacional. Brasília, DF, 3 ago. 2003. Disponível em: <[http://col.poli.usp.br/Estagios/Legislacao/anteprojeto\\_lei\\_est.asp](http://col.poli.usp.br/Estagios/Legislacao/anteprojeto_lei_est.asp)>. Acesso em: 20 set. 2005.

MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do trabalho*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

OLIVA, José Roberto Dantas. Tutela da moral na esfera trabalhista: tendências e perspectivas. In: LEITE, Eduardo de Oliveira. (Coord.) *Grandes temas da atualidade: dano moral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de direito do trabalho*. São Paulo: LTR, 1978.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Dos contratos de estágio regidos pela Lei 6.494/77. *Revista Nacional de Direito do Trabalho*, Ribeirão Preto, n. 4, p. 43-46, jun. 2005.

TEODORO NETO, José. Estágio no ensino médio para a valorização do trabalho: limitação. *Síntese Trabalhista*, Porto Alegre, n.165, p. 17-33, mar. 2003.

VIANNA, Cláudia Salles Vilela. *Manual prático das relações trabalhistas*. 6. ed. São Paulo: LTR, 2004.



# UMA PROPOSTA DE ALTERAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE: ANÁLISE SOBRE A PERSPECTIVA DA POLÍTICA JURÍDICA

DANIELA PETERMANN\*

**Resumo:** Busca-se demonstrar no presente artigo que o adicional de insalubridade, que é uma conquista dos trabalhadores que laboram em locais nocivos à saúde, não possa ter como base de cálculo o salário mínimo tal como preceitua a Consolidação das Leis do Trabalho (artigo 192), e/ou, ainda, o salário profissional como prevê a nova redação da Súmula 228 do Tribunal Superior do Trabalho. No presente estudo procura-se demonstrar que a base de cálculo para o adicional de insalubridade deva ser a remuneração do trabalhador, na forma prevista na Constituição da República Federativa do Brasil (*ex vi* do artigo 7º, inciso XXIII). Contudo, para que o adicional de insalubridade tenha como base de cálculo a remuneração do trabalhador, busca-se demonstrar, além das principais correntes doutrinárias e jurisprudenciais, que os princípios gerais do Direito e os princípios peculiares ao Direito do Trabalho, conjugados com a moderna hermenêutica constitucional, devam ser aplicados conjuntamente, ou de forma sucessiva, com os preceitos da Política Jurídica, a qual tem fundamento, em síntese, em um direito que se gostaria de ter.

**Sumário:** 1 O adicional de insalubridade sob o prisma constitucional; 1.1 A base de cálculo do adicional de insalubridade na legislação infraconstitucional; 1.2 O cálculo do adicional de insalubridade após a constituição da República Federativa do Brasil de 1988; 2 Uma proposta de alteração da base de cálculo do adicional de insalubridade; 2.1 Ofensa aos princípios regentes do Direito do Trabalho pelas Súmulas 17 e 228 do TST; 2.2 Proposta de alteração legislativa no que tange à base de cálculo do Adicional de Insalubridade: uma questão de Política Jurídica.

**Palavras chaves:** base de cálculo; insalubridade; remuneração; salário mínimo; política jurídica.

\*Advogada - OAB/SC 21.233. Bacharel em Direito pela Universidade Regional de Blumenau - FURB. Especialista em Direito do Trabalho pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Pós-graduanda em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Universidade Cândido Mendes - Rio de Janeiro.

# 1 O ADICIONAL DE INSALUBRIDADE SOB O PRISMA CONSTITUCIONAL

## 1.1 A base de Cálculo do Adicional de Insalubridade na Legislação Infraconstitucional

O adicional de insalubridade consiste em parcelas contraprestativas suplementares devidas ao empregado em razão de exercício do trabalho em circunstâncias tipificadas como insalubres.<sup>1</sup>

Mauricio Godinho Delgado entende que os adicionais têm característica salarial e não indenizatória, e "são calculados percentualmente sobre um parâmetro salarial. Essa característica é que os torna assimiláveis à figura das *percentagens*, mencionada no art. 457, §1º, da CLT." (grifo do autor)<sup>2</sup>

O adicional de insalubridade, que originariamente chamava-se "acréscimo de salário", foi pela primeira vez previsto no art. 6º, §1º, do Decreto-Lei nº 2.162, de 1º de maio de 1940, que incidia sobre o salário mínimo: "Conforme se trate dos graus máximo, médio ou mínimo, o aumento de salário, tomando por base o salário mínimo que vigorar para o trabalhador adulto local, será de 40%, 20% e 10%, respectivamente."<sup>3</sup>

Em 1964, pelo Prejulgado nº 08 do TST, convolado na Súmula 137: "É devido o adicional de serviço insalubre, calculado à

base do salário mínimo da região, ainda que a remuneração contratual seja superior ao salário mínimo acrescido da taxa de insalubridade".<sup>4</sup>

A Súmula 17 do TST, nascida com a Resolução Administrativa nº 28/69, trouxe outra base de incidência do adicional de insalubridade: "O adicional de insalubridade devido a empregado que percebe, por força de lei, convenção coletiva ou sentença normativa, salário profissional, será sobre este calculado".<sup>5</sup>

A CLT, em seu artigo 192, com a redação vinda com a Lei nº 6.514/77, estabelece que é o "salário mínimo da região" a base de cálculo do adicional de insalubridade, *in verbis*:

*"O adicional de insalubridade consiste em parcelas contraprestativas suplementares devidas ao empregado em razão de exercício do trabalho em circunstâncias tipificadas como insalubres."*

Art. 192. O exercício de trabalho em condições insalubres, acima dos limites de tolerância estabelecidos pelo Ministério do Trabalho, assegura a percepção de adicional respectivamente de 40% (quarenta por cento), 20% (vinte por cento) e 10% (dez por cento) do salário-mínimo da região, segundo se classifiquem nos graus máximo, médio e mí-

nimo.<sup>6</sup>

Nesse sentido é a Súmula 228 do TST, advinda com a Resolução nº 14/85, DJ, 19.09.85: "O percentual do adicional de insalubridade incide sobre o salário-mínimo de que cogita o artigo 76 da Consolidação das Leis do Trabalho."<sup>7</sup>

<sup>1</sup>DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho. 3. ed. São Paulo: LTr, 2004. p. 735.

<sup>2</sup>DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho. p. 736.

<sup>3</sup>DESIDERI, Susy Lani. Da insalubridade. 1. ed. São Paulo: Jufex Edições. 1998. p. 11.

<sup>4</sup>DESIDERI, Susy Lani. Da insalubridade. p. 11.

<sup>5</sup>DESIDERI, Susy Lani. Da insalubridade. p. 11-12.

<sup>6</sup>BRASIL. Decreto-Lei 5.452, de 1º de maio de 1943. Consolidação das Leis do Trabalho. Obra coletiva de autoria da Editora Rideel com a colaboração de Anne Joyce Angher. 8 ed. São Paulo: Rideel, 2002. p. 26.

<sup>7</sup>DESIDERI, Susy Lani. Da insalubridade. p. 12.

Com o surgimento da Súmula 228, a aplicabilidade da Súmula 17 ficou controversa, advindo então a Resolução do TST nº 29/94 determinando o cancelamento desta Súmula, sanando, deste modo, a controvérsia.<sup>8</sup>

O Decreto-Lei nº 2.284/86 trouxe a unificação do salário mínimo para todo o território nacional.<sup>9</sup>

Fato que fez desenvolver grande discordância na jurisprudência, foi a promulgação do Decreto-Lei nº 2.351/87, que instituiu o Piso Nacional de Salários e o Salário Mínimo de Referência, obtendo duas correntes: uma que acolhia como base de cálculo do adicional de insalubridade o Piso Nacional de Salários; e a outra, o Salário Mínimo de Referência.<sup>10</sup>

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 não recepcionou o Piso Nacional de Salários e o Salário Mínimo de Referência, trazendo em seu artigo 7º, inciso IV, a vedação à vinculação do salário mínimo para qualquer fim.<sup>11</sup>

Atualmente, a Resolução nº 121/03 (DJ 19.11.2003) editada pelo Tribunal Pleno do TST, restaurou a Súmula nº 17 e revisou a Súmula nº 228 que passou a ter a seguinte redação: "o percentual do adicional de insa-

lubridade incide sobre o salário mínimo de que cogita o art. 76 da CLT, salvo as hipóteses previstas na Súmula 17"<sup>12</sup>.

## 1.2 O Cálculo do Adicional de Insalubridade após a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

O artigo 7º, inciso XXIII da CRFB dispõe que: "São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] XXIII - adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei."<sup>13</sup>

A CLT, em seu artigo 192 informa que a base de cálculo para o adicional de insalubridade é o salário mínimo da região.

Existe intenso debate doutrinário e jurisprudencial a respeito de qual seria, a partir da promulgação da CRFB, a base a ser considerada para o cálculo do adicional de insalubridade, resultando, conforme irá se constatar a seguir, três principais correntes.<sup>14</sup>

A primeira corrente diz respeito ao entendimento de que a norma constitucional (art. 7º, XXIII) não dispõe sobre a base de cálculo do adicional de insalubridade, mas que o referido adicional tem somente caráter remuneratório.<sup>15</sup>

*"A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 não recepcionou o Piso Nacional de Salários e o Salário Mínimo de Referência, trazendo em seu artigo 7º, inciso IV, a vedação à vinculação do salário mínimo para qualquer fim."*

<sup>8</sup>DESIDERI, Susy Lani. Da insalubridade. p. 12.

<sup>9</sup>DESIDERI, Susy Lani. Da insalubridade. p. 12.

<sup>10</sup>DESIDERI, Susy Lani. Da insalubridade. p. 12.

<sup>11</sup>DESIDERI, Susy Lani. Da insalubridade. p. 12.

<sup>12</sup>BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Adicional de insalubridade. Recurso de Revista nº 548.698/199.2. Relator: Min. José Luciano de Castilho Pereira. 30 jan. 2004. Síntese trabalhista, administrativa e previdenciária, São Paulo, ano XV, n. 178, p. 72, abr. 2004.

<sup>13</sup>BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. PINTO, Antonio Luiz de Toledo; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos; CÉSPEDES, Lívia (Org.). Constituição da República Federativa do Brasil. 33. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 13-15.

<sup>14</sup>DESIDERI, Susy Lani. Da insalubridade. p. 23.

<sup>15</sup>DESIDERI, Susy Lani. Da insalubridade. p. 23.

Nesse sentido é o entendimento de Amauri Mascaro Nascimento:

"A Consolidação das Leis do Trabalho (art. 192) dispõe que o adicional de insalubridade é calculado sobre o salário mínimo. A Constituição não altera essa regra. Não declara que o adicional incidirá sobre a remuneração. Refere-se a adicional *de* remuneração e não a adicional *sobre* remuneração. Logo, enquanto não for elaborada lei dispondo em contrário, prevalecerá o critério da Consolidação das Leis do Trabalho." (grifo do autor)<sup>16</sup>

Portanto, como se pode observar, para essa corrente a base de cálculo do adicional de insalubridade é o salário mínimo, em razão de que a CRFB emprega a preposição "de" e não a preposição "sobre" no que, gramaticalmente altera o significado da palavra remuneração.<sup>17</sup>

A segunda corrente defende a tese de que a CRFB proíbe a vinculação do salário mínimo para qualquer fim, conforme prevê o artigo 7º, inciso IV.

De acordo com Sebastião Geraldo de Oliveira, a CRFB é clara quando diz que o salário mínimo não pode ser vinculado. Para o autor o entendimento de que a intenção do constituinte era somente evitar a utilização do salário mínimo como fator de indexação em sentido estrito "não vem tendo acolhimento no âmbito do STF, que considera a proibição como vedação absoluta. De fato, pelo texto constitucional, a expressão 'para qualquer fim' não autoriza mesmo outro entendimento."<sup>18</sup>

Logo, para os que seguem esta corrente, deve-se utilizar outras bases de cálculo

para o adicional de insalubridade, menos o salário mínimo.

Porém, a jurisprudência dominante do TST era de que a base de cálculo do adicional de insalubridade era o salário mínimo.

Recentemente o TST, modificando sua jurisprudência, editou a Súmula 228 e restaurou a Súmula 17, verificando-se ainda que, em alguns casos este Tribunal Superior continua utilizando o salário mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade.

Por fim, a terceira corrente consagra a tese de que o adicional de insalubridade deve incidir sobre a remuneração.<sup>19</sup> Francisco Ferreira Jorge Neto e Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante seguem essa corrente.<sup>20</sup>

Sebastião Geraldo de Oliveira também entende que a base de cálculo do adicional de insalubridade deve ser a remuneração do trabalhador, afirmando que "não se pode ignorar o vocábulo 'remuneração' constante da Carta Política, cuja acepção tem contornos bem definidos na doutrina jurídico-trabalhista, valendo ressaltar que a presunção, sobretudo no Direito Constitucional, é de que o legislador tenha preferido a linguagem técnica."<sup>21</sup>

Para Susy Lani Desideri, "a insalubridade corresponde a um dano efetivo, que vai, paulatinamente, comprometendo a saúde do empregado e criando as condições para o desenvolvimento de doenças profissionais. A periculosidade, a seu turno, refere-se a um dano apenas potencial, que somente ocorre por exceção."<sup>22</sup>

<sup>16</sup>NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Teoria jurídica do salário. 2. ed. São Paulo: LTr, 1997, p. 249.

<sup>17</sup>DESIDERI, Susy Lani. Da insalubridade. p. 26.

<sup>18</sup>OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. Proteção jurídica à saúde do trabalhador. 3. ed. ver. ampl. e atual. São Paulo: LTr, 2001. p. 344.

<sup>19</sup>DESIDERI, Susy Lani. Da insalubridade. p. 25.

<sup>20</sup>JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. Manual de direito do trabalho. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2004, v. 1, p. 474.

<sup>21</sup>JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. Manual de direito do trabalho. p. 474.

<sup>22</sup>DESIDERI, Susy Lani. Da insalubridade. p. 27.

Eduardo Gabriel Saad, afirma que:

“É inquestionável que os riscos produzidos pela insalubridade e aqueles outros que se originam de manipulação de explosivos ou inflamáveis se revestem da mesma gravidade, pois qualquer deles pode incapacitar o trabalhador para o serviço ou mesmo matá-lo. A diferença reside no fato de que as causas insalubres de ordinário geram doenças de forma lenta, devagar, ao passo que os explosivos e inflamáveis – de regra – têm ação simultânea, rápida, instantânea. Os efeitos, porém, desses agentes confundem-se na gravidade de que se revestem. Motivos de ordem humana ou econômica só sugerem a igualdade no cálculo dos adicionais de insalubridade e de periculosidade”.<sup>23</sup>

Em vista disso, a CRFB ao adotar a palavra remuneração, quis corrigir a diferença no tratamento entre os adicionais de insalubridade, periculosidade e penosidade.<sup>24</sup>

Destaca Susy Lani Desideri que deveria existir o adicional de insalubridade somente após esgotadas todas as medidas de saneamento ambiental, devendo ter um caráter ambiental:

“A Consolidação das Leis do Trabalho, no capítulo intitulado “Da Segurança e da Medicina do Trabalho”; bem como diversos regulamentos do Ministério do Trabalho garantem ao empregado, precipuamente, o direito à saúde. Logo a percepção de adicional de insalubridade como direito dos trabalhadores urbanos e rurais, somente deveria surgir quando, apesar de adotadas todas as medidas possíveis de saneamento ambiental e mesmo com o uso de equipamentos de proteção, persistisse a nocividade à saúde do meio ambiente de trabalho”.<sup>25</sup>

Porém a realidade é outra, como o valor a ser pago pelo adicional é ínfimo, para os empregadores é muito mais econômico remunerar a investir na qualidade do meio ambiente de trabalho, conforme esclarece Susy Lani Desideri:

“Contudo, tendo em vista a irrisoriedade do plus salarial em debate, algumas empresas preferem contraprestar o adicional ao invés de investir em medidas de saneamento ambiental, ou na aquisição de equipamentos protetores. Nesse contexto, elevar a base de cálculo do adicional de insalubridade e, conseqüentemente aumentar sua expressão econômica, contribui para desestimular o descaso para com a saúde do trabalhador”.<sup>26</sup>

Cabe salientar que em setores sensíveis da sociedade, não é raro o Poder Público utilizar-se de meios impositivos para desestimular determinada atividade. Exemplo claro é o efeito extrafiscal de alguns tributos.

## 2 UMA PROPOSTA DE ALTERAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE

### 2.1 Ofensa aos princípios regentes do Direito do Trabalho pelas súmulas 17 e 228 do TST

Para melhor visualizar o objeto de nossa crítica, que é, neste tópico, as Súmulas 17 e 228 do TST, faz-se necessário transcrevê-los novamente: “Súmula 228 - o percentual do adicional de insalubridade incide sobre o salário mínimo de que cogita o art. 76 da CLT, salvo as hipóteses previstas na Súmula 17.”<sup>27</sup>

A redação original da Súmula 228 do TST era a seguinte: “o percentual do adicio-

<sup>23</sup>SAAD, Eduardo Gabriel. *Consolidação das leis do trabalho comentada*. 37. ed. atual. e ver. por José Eduardo Duarte Saad e Ana Maria Saad Castello Branco. São Paulo: LTr, 2004, p. 182.

<sup>24</sup>DESIDERI, Susy Lani. *Da insalubridade*. p. 28.

<sup>25</sup>DESIDERI, Susy Lani. *Da insalubridade*. p. 28.

<sup>26</sup>DESIDERI, Susy Lani. *Da insalubridade*. p. 28-29.

<sup>27</sup>CARRION, Valentin. *Comentários à consolidação das leis do trabalho*. 29. ed. atual. por Eduardo Carrion. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 1102.

nal de insalubridade incide sobre o salário mínimo de que cogita o art. 76 da CLT." Tal redação foi dada pela Resolução TST n. 14/1985, DJ 19.09.1985.<sup>28</sup>

A Súmula 17 que é citada na Súmula 228, ambas do TST, tinha sido cancelada em 1994 pela Resolução do TST n. 29/1994, DJ 12.05.1994, e, posteriormente, revigorada pela Resolução do TST n. 121/2003, DJ 21.11.2003, possuindo, atualmente, a seguinte redação: "o adicional de insalubridade devido a empregado que, por força de lei, convenção coletiva ou sentença normativa, percebe salário profissional será sobre este calculado."<sup>29</sup>

Afirma Amauri Mascaro Nascimento que três figuras próximas são "salário mínimo, salário profissional e piso salarial, mas não se confundem."<sup>30</sup> Salário mínimo é o "valor menor que todo e qualquer empregador no país pode pagar ao assalariado."<sup>31</sup> Salário profissional é o "mínimo estabelecido para um tipo de profissão como a dos engenheiros, etc."<sup>32</sup> E piso salarial é o "mínimo previsto para uma categoria através de convenções coletivas ou sentenças normativas."<sup>33</sup>

A partir deste momento da pesquisa, torna-se imprescindível demonstrar a teoria que nos filiamos, qual seja: a de que o adicional de insalubridade deva incidir sobre a remuneração do trabalhador. Diga-se de passagem que adotamos como conceito

operacional de remuneração o disposto no art. 457 da CLT.

A partir dessa ordem de idéias, verifica-se que as Súmulas 17 e 228 do TST não se coadunam com os princípios que regem o direito do trabalho (princípio do *in dubio pro operario*; princípio da norma mais favorável; e princípio da condição mais benéfica), posto que em desacordo, inclusive e principalmente, com os princípios constitucionais que informam os direitos sociais, que abrangem a questão do adicional de insalubridade.

Nota-se que o problema encontrado na interpretação dada ao tema pelo TST, tem seu nascedouro na concepção equivocada do Direito, aqui entendido como um modelo liberal-individualista que sustenta essa disfunção, conforme nos ensina Lênio Luiz Streck; mas, por ser um campo que ultrapassa os estreitos limites propostos para este artigo, não iremos nos aprofundar no problema da idéia do que seja (ou deva ser) o Direito.<sup>34</sup>

A partir dessas premissas, não surpreende que institutos jurídicos importantes previstos na Constituição da República continuem ineficazes. Segundo ensina Lênio Luiz Streck: "há um certo fascínio pelo Direito infraconstitucional, a ponto de se 'adaptar' a Constituição às leis ordinárias (...) Enfim, continuamos a olhar o novo com os olhos do velho (...)." <sup>35</sup>

*"...as Súmulas 17 e 228 do TST não se coadunam com os princípios que regem o direito do trabalho (princípio do "in dubio pro operario;" princípio da norma mais favorável; e princípio da condição mais benéfica), posto que em desacordo, inclusive e principalmente, com os princípios constitucionais que informam os direitos sociais, que abrangem a questão do adicional de insalubridade."*

<sup>28</sup>CARRION, Valentim. Comentários à consolidação das leis do trabalho. p. 1102.

<sup>29</sup>CARRION, Valentim. Comentários à consolidação das leis do trabalho. p. 1084.

<sup>30</sup>NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Teoria jurídica do salário. p. 130.

<sup>31</sup>NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Teoria jurídica do salário. p. 130.

<sup>32</sup>NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Teoria jurídica do salário. p. 130.

<sup>33</sup>NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Teoria jurídica do salário. p. 130.

<sup>34</sup>STRECK, Lênio Luiz. Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 30.

<sup>35</sup>STRECK, Lênio Luiz. Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito. p. 30-31.

É justamente isso que vem ocorrendo, ou seja, ao invés do intérprete adaptar a legislação infraconstitucional, no caso o disposto no art. 192 da CLT, às normas constitucionais que tratam do adicional de remuneração para as atividades insalubres (art. 7º, XXIII, da CRFB), o que se vê, cristalinamente, é uma inversão de valores, negando a aplicabilidade e eficácia máxima das normas constitucionais.

O problema da eficácia das normas constitucionais passa, então, segundo Lênio Luiz Streck, pelo “tipo de justiça constitucional praticado em cada país e pelo redimensionamento do papel dos operadores do Direito.”<sup>36</sup> Em seguida afirma que “deve ficar claro que a função do Direito – no modelo instituído pelo Estado Democrático de Direito – não é mais aquela do Estado Liberal-Abstencionista.”<sup>37</sup>

Em termos de jurisdição constitucional, consoante ensinamento de Lênio Luiz Streck, “duas são as alternativas que se estabelecem no constitucionalismo contemporâneo (pós-guerra): ou os tribunais apenas garantem os direitos fixados no ordenamento-marcado, sem qualquer capacidade de estabelecer posições jurídicas singulares”<sup>38</sup>, ou vinculam-se à “eticidade substantiva da comunidade e podem, portanto, agir de forma a aproximar a norma da realidade”.<sup>39</sup>

Nesse sentido, afirma Paulo Bonavides que o intérprete constitucional deve “prender-se sempre à realidade da vida, à ‘concretude’ da existência, compreendida esta sobretudo pelo que tem de espiritual, enquanto processo unitário e renovador da própria realidade, submetida à lei de sua integração.”<sup>40</sup>

É essa realidade que o TST deixou passar ao largo por ocasião da edição da nova redação da Súmula 228, e revigoração da Súmula 17.

Não há dúvida que o art. 192 da CLT já deveria ter sido modificado pelo Poder Legislativo, o que será proposto a seguir com base nos preceitos da Política Jurídica, adequando-o à atual Constituição da República. No entanto, a inércia de um dos Poderes da República (no caso o Legislativo) pode e deve, segundo Lênio Luiz Streck, “ser supridas pela atuação do Poder Judiciário, justamente mediante a utilização dos mecanismos jurídicos previstos na Constituição que estabeleceu o Estado Democrático de Direito.”<sup>41</sup>

Para Lênio Luiz Streck a eficácia das normas constitucionais exige um “redimensionamento do papel do jurista e do Poder Judiciário [...] nesse complexo jogo de forças”<sup>42</sup>, na medida em que, segundo o autor, se coloca o seguinte paradoxo: “*uma Constituição rica em direitos (individuais, coletivos e sociais) e uma prática jurídica-judiciária que, reiteradamente, (só) nega a aplicação de tais direitos.*” (grifo do autor)<sup>43</sup>

O TST por se configurar um Tribunal Superior, órgão máximo em matéria infraconstitucional trabalhista, deveria ter determinado o conteúdo material da Constituição, expurgando o salário mínimo como base de cálculo da insalubridade, ou seja, além de não ter aplicado a remuneração, restringiu a eficácia da norma constitucional em atitude de flagrante inconstitucionalidade. Paulo Bonavides, discorrendo sobre o método interpretativo de concretização, “considera

<sup>36</sup>STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. p. 31-32.

<sup>37</sup>STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. p. 31-32.

<sup>38</sup>STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. p. 34-35.

<sup>39</sup>STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. p. 35.

<sup>40</sup>BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda. 2002. p. 437.

<sup>41</sup>STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. p. 33.

<sup>42</sup>STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. p. 29.

<sup>43</sup>STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. p. 29.

a interpretação constitucional uma concretização, admitindo que o intérprete, onde houver obscuridade, determine o conteúdo material da Constituição.<sup>44</sup>

A nova redação dada pelo TST à Súmula 228, que dispôs sobre a base de cálculo do adicional de insalubridade, implicou em retrocesso social, posto que mitigou a aplicação de um direito social positivado na Constituição da República (art. 7º, XXII).

Segundo Lenio Luiz Streck, tais “valores substantivos fazem parte do núcleo político da Constituição, que aponta para o resgate das promessas de igualdade, justiça social, realização dos direitos fundamentais.”<sup>45</sup> Em seguida, referido autor ensina que da “materialidade do texto constitucional extrai-se que o Estado Democrático de Direito, na esteira do constitucionalismo do pós-guerra, consagra o princípio da democracia econômica, social e cultural, mediante os seguintes pressupostos deontológicos (grifo do autor).<sup>46</sup> Um dos pressupostos de que fala o autor, é justamente a vedação de retrocesso nas garantias sociais. Em suas palavras: “implica a proibição de retrocesso social, cláusula que está implícita na principiologia do estado social constitucional”.<sup>47</sup>

Para Paulo Bonavides “a moderna interpretação da Constituição deriva de um estado de inconformismo de alguns juristas com o positivismo lógico-formal, que tanto prosperou na época do Estado liberal”<sup>48</sup>.

A Súmula 228 do TST foi criada de forma dissociada dos princípios que regem o Direito do Trabalho e, principalmente, com os da Constituição da República, método tí-

pico, segundo Paulo Bonavides, dos formalistas do positivismo: “A objeção [...] à técnica interpretativa dos formalistas do positivismo é indubitavelmente aquela referente à frieza ou indiferença com que eles, violentando a norma jurídica, costumam aplicá-la fora do conjunto no qual cobra seu preciso sentido.”<sup>49</sup>

José Afonso da Silva<sup>50</sup> afirma que não basta que a legislação infra-constitucional (ou atos normativos autônomos – ex. *Decretos do Presidente da República expedidos com base no art. 84, VI, da CRFB*) se coadune com os princípios e normas constitucionais, mas, também, se exige uma atuação positiva de acordo com a constituição, vedando, desta forma, a omissão na aplicação das normas constitucionais, tal qual ocorreu na edição da Súmula 228 pelo TST, quando se deixou (o TST) de fixar adequadamente, na condição de intérprete ‘concretizador’, já que houve falta de atuação do Poder Legislativo, a base de cálculo da insalubridade.

Dos princípios e regras interpretativas das normas constitucionais elaborados por Canotilho, citado por Alexandre de Moraes, adotamos em nosso artigo especialmente dois, quais sejam: o “princípio da máxima efetividade ou da eficiência”. Tal princípio informa que “a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe conceda”<sup>51</sup>; bem como o “princípio da força normativa da constituição”, que tem o condão de informar que “entre as interpretações possíveis, deve ser adotada aquela que garanta maior eficácia, aplicabilidade e permanência das normas constitucionais”.<sup>52</sup>

<sup>44</sup>BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. p. 439.

<sup>45</sup>STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito. p. 33.

<sup>46</sup>STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito. p. 33.

<sup>47</sup>STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito. p. 33-34.

<sup>48</sup>BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. p. 434.

<sup>49</sup>BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. p. 437.

<sup>50</sup>SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 22. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda. 2003. p. 46.

<sup>51</sup>MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 44.

<sup>52</sup>MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. p. 45.

Segundo se depreende da dicção da Súmula 228 do TST não houve observância de princípios peculiares ao Direito do Trabalho, quais sejam: princípio do *in dubio pro operario*; princípio da norma mais favorável; e princípio da condição mais benéfica. Ao intérprete, no caso de conflitos de normas trabalhistas, deverá lançar mão da norma mais favorável ao trabalhador, seja em caso de dúvida na aplicação da norma isoladamente considerada, seja na interpretação de duas ou mais normas trabalhistas. E, por fim, estando a remuneração como base de cálculo do adicional de insalubridade prevista na CRFB, conforme já defendido neste artigo, tal direito encontra-se incorporado ao patrimônio jurídico do trabalhador, não podendo ser mitigado por legislação ordinária ou entendimento jurisprudencial.

Se tivesse sido aplicado, pelo TST, o princípio da máxima eficiência/eficácia da norma constitucional (art. 7º, XXIII, da CRFB), a base de cálculo do adicional de insalubridade deveria ser a remuneração do empregado, e não o salário profissional do mesmo, em consonância com o também lembrado princípio da força normativa da constituição.

Por fim, não há como atribuir às Súmulas 17 e 228 do TST, interpretação conforme a constituição. Tal forma de interpretação somente será possível, segundo Alexandre de Moraes, "quando a norma apresentar vários significados, uns compatíveis com as normas constitucionais e outros não"<sup>53</sup>. Prosseguindo em seu pensamento, o autor adota ensinamento de Canotilho em que a interpretação conforme a constituição só é legítima quando "existe um espaço de

*decisão* (= espaço de interpretação) aberto a várias propostas interpretativas, umas em conformidade com a constituição e que devem ser preferidas, e outras em desconformidade com ela". (grifo do autor)<sup>54</sup>

As Súmulas 17 e 228 são bastante claras no que tange à opção adotada pelo TST para a base de cálculo do adicional de insalubridade (observando-se que salário profissional é diferente de remuneração) destoando, flagrantemente, da opção adotada pela CRFB.

Assim sendo, chega-se à conclusão inevitável da inconstitucionalidade material das Súmulas 17 e 228, ambas do TST, por não terem adotado a remuneração como base de cálculo da insalubridade. Tal entendimento não deriva somente do apontamento dos princípios constitucionais e do Direito do Trabalho ofendidos, mas, também e principalmente, por não se coadunar com um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, que foi alçado à categoria de direito fundamental e imutável, qual seja: a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CRFB).

*"...não há como atribuir às Súmulas 17 e 228 do TST, interpretação conforme a constituição."*

## 2.2 Proposta de alteração legislativa no que tange à base de cálculo do Adicional de Insalubridade: uma questão de Política Jurídica

Norberto Bobbio, quando trata dos fundamentos dos direitos do homem, traça um interessante paralelo sobre o direito instituído (*direito que se tem*), e o direito a ser instituído (*direito que se gostaria de ter*), *verbis*:

"O problema do fundamento de um direito apresenta-se diferentemente confor-

<sup>53</sup>MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. p. 45.

<sup>54</sup>MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. p. 45.

me se trate de buscar o fundamento de um *direito que se tem* ou de um *direito que se gostaria de ter*. No primeiro caso, investigo no ordenamento jurídico positivo, do qual faço parte como titular de direitos e deveres, se há uma norma válida que o reconheça e qual é essa norma; no segundo caso, tentarei buscar boas razões para defender a legitimidade do direito em questão e para convencer o maior número possível de pessoas (sobretudo as que detêm o poder direto ou indireto de produzir normas válidas naquele ordenamento) a reconhecê-lo” (grifo do autor).<sup>55</sup>

A atual redação do art. 192 da CLT já foi declarada, em parte (base de cálculo), inconstitucional pela 1ª Turma do STF, por ter vinculado o adicional de insalubridade ao salário mínimo. No entanto, tal norma somente deixará de existir, formalmente, em nosso ordenamento jurídico, enquanto não for suspensa por resolução do Senado Federal (art. 52, X, da CRFB), por ter sido declarada através do controle difuso de constitucionalidade<sup>56</sup>, ou enquanto não for revogada por ato normativo emanado do Congresso Nacional (lei ordinária).

Nessa parte da pesquisa, se cuidará somente, utilizando-se das palavras de Norberto Bobbio, “do direito que se gostaria de ter”<sup>57</sup>. Assim sendo, adotar-se-á os ensinamentos da Política Jurídica, a fim de se dar cientificidade à proposta de alteração legislativa (art. 192 da CLT) procedida neste trabalho acadêmico.

O conceito de Política Jurídica, tão diverso nos compêndios jurídicos, encontrou em Osvaldo Ferreira de Melo contornos

mais claros e objetivos. Assim, a Política Jurídica, pode ser conceituada como:

“1. Disciplina que tem como objeto o Direito *que deve ser e como deva ser*, em oposição funcional à Dogmática Jurídica, que trata da interpretação e da aplicação do Direito que é, ou seja, do Direito vigente. 2. Diz-se do conjunto de estratégias que visam à produção do conteúdo da norma, e sua adequação aos valores *Justiça (V)* e *Utilidade Social (V)*” (grifo do autor).<sup>58</sup>

Em seguida, o autor complementa seu conceito, indicando o alcance da Política Jurídica, ao dizer que se trata de um “complexo de medidas que têm como objetivo a correção, derrogação ou proposição de normas jurídicas [...], tendo como referente a realização dos valores jurídicos. 4. O mesmo que Política do Direito”<sup>59</sup>.

Osvaldo Ferreira de Melo, fazendo menção à Hans Kelsen, explica que o notável pensador, em momento algum afirmou, ou mesmo insinuou, que o Direito vigente fosse realmente a melhor alternativa para a conduta humana, *verbis*:

“Ao confrontar o objeto da Ciência do Direito com o da Política do Direito, [Política do Direito e Política Jurídica possuem o mesmo significado] Kelsen deixou a cargo desta não o exame de uma realidade a ser descrita, mas a possibilidade permanente de buscar o direito melhor, com o que resguardou também a perenidade do objeto do que entendia ser a Ciência do Direito, pois mesmo que um projeto de reconstrução axiológica venha a ser concretizado, esse objeto continuará sendo o de descrever as normas então reconstruídas”<sup>60</sup>.

<sup>55</sup>BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho, 19. Reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 1992, p. 15.

<sup>56</sup>“Verifica-se o controle difuso ou jurisdição constitucional quando se reconhece o seu exercício a todos os componentes do Poder Judiciário”. (SILVA, José Afonso da, *Curso de direito constitucional positivo*, p. 284).

<sup>57</sup>BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*, p. 15.

<sup>58</sup>MELO, Osvaldo Ferreira de. *Dicionário de política jurídica*. Florianópolis: OAB Editora, 2000, p. 74.

<sup>59</sup>Importante ressaltar que Melo considera a Política Jurídica como *disciplina*, enquanto que para César Luiz Pasold, trata-se de *ciência*, conforme este assevera no prefácio da obra de Osvaldo Ferreira de Melo. (MELO, Osvaldo Ferreira de. *Temas atuais de política do direito*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1998, p. 11).

<sup>60</sup>MELO, Osvaldo Ferreira de. *Dicionário de política jurídica*, p. 130.

Nesse sentido, Osvaldo Ferreira de Melo afirma que "Se a investigação do caso concreto resultar na convicção de estarmos na presença de uma norma que perdeu seu princípio vital e por isso sua capacidade para resolver um conflito, teremos encontrado um elemento desativado no sistema jurídico<sup>61</sup>". E arremata: "Será o caso de afastar do sistema essa norma indesejada socialmente e propor, com apoio do conhecimento político-jurídico, a norma adequada<sup>62</sup>".

Todos os fundamentos encontrados sobre a indesejabilidade da atual redação ao art. 192 da CLT já foram descritos neste artigo. Mas, por sua pertinência temática, recomendável trazer novamente ensinamento de Sebastião Geraldo de Oliveira<sup>63</sup>, o qual entende que a atual base de cálculo não é socialmente adequada, por não estimular os empresários a adequarem o ambiente do trabalho, deixando, desta forma, de dar guarida a um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito: "os valores sociais do trabalho" (art. 1º, IV, da CRFB).

No caso da Política Jurídica, seus valores fundamentais são a busca do *justo* e do *socialmente útil*, parâmetros a partir dos quais propõe o *Direito que deva ser*, ou seja, do *Direito desejado* pela Sociedade

*"No caso da Política Jurídica, seus valores fundamentais são a busca do justo e do socialmente útil, parâmetros a partir dos quais propõe o Direito que deva ser, ou seja, do Direito desejado pela Sociedade (um Direito melhor)."*

de<sup>64</sup> (um Direito melhor). Osvaldo Ferreira de Melo afirma que "a norma jurídica, para ganhar um mínimo de adesão social que a faça obedecida e portanto materialmente eficaz, deve ser matizada pelo sentimento e idéia do ético, do legítimo, do justo e do útil"<sup>65</sup>.

O trabalho exercido em condições insalubres, segundo Eduardo Gabriel Saad, possui as mesmas mazelas dos outros adicionais (periculosidade, por exemplo), informando que "a diferença reside no fato de que as causas insalubres de ordinário geram doenças de forma lenta, devagar, ao passo que os explosivos e inflamáveis — de regra — têm ação simultânea, rápida, instantânea"<sup>66</sup>. Prosseguindo em seu pensamento, o autor encontra um conflito de normas inexplicável: "motivos de ordem humana ou econômica só sugerem a igualdade no cálculo dos adicionais de insalubridade e de periculosidade."<sup>67</sup> E, finaliza dizendo: "Mas, estranhamente, a CLT manda calcular o primeiro com base no salário mínimo e, o segundo, sobre o salário contratualmente ajustado e despojado das gratificações, prêmios e participação nos lucros."<sup>68</sup>

Sebastião Geraldo de Oliveira<sup>69</sup> encontrou, mesmo que implicitamente, uma

<sup>61</sup>MELO, Osvaldo Ferreira de. Dicionário de política jurídica. p. 17.

<sup>62</sup>MELO, Osvaldo Ferreira de. Dicionário de política jurídica. p. 17.

<sup>63</sup>OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. Proteção jurídica à saúde do trabalhador. p. 346.

<sup>64</sup>"Lato sensu, sistema social em que se identifica uma comunidade de interesses e alguns fins comuns, embora difusos. É nesta acepção que, na linguagem político-jurídica, se enuncia a *Justiça Social* e a *Utilidade Social* da norma." (grifo do autor) (MELO, Osvaldo Ferreira de. Dicionário de política jurídica. p. 89).

<sup>65</sup>MELO, Osvaldo Ferreira de. Dicionário de política jurídica. p. 20.

<sup>66</sup>SAAD, Eduardo Gabriel. Consolidação das leis do trabalho comentada. p. 182.

<sup>67</sup>SAAD, Eduardo Gabriel. Consolidação das leis do trabalho comentada. p. 182.

<sup>68</sup>SAAD, Eduardo Gabriel. Consolidação das leis do trabalho comentada. p. 182.

<sup>69</sup>OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. Proteção jurídica à saúde do trabalhador. p. 346.

violação ao princípio da igualdade material positivado na Constituição da República (art. 5º, *caput*, da CRFB), que diferencia, de modo injustificável, a base de cálculo para os empregados regidos pela CLT (art. 192), e dos servidores públicos regidos pela Lei n. 8.112/90.

A ofensa ao princípio da isonomia (igualdade material) justifica, com mais um sólido fundamento, a proposta de alteração/correção do art. 192 da CLT por parte do Poder Legislativo, especialmente em razão do Poder Judiciário não poder funcionar, segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal, como legislador positivo, ainda que sob fundamento de isonomia (salvo em raras exceções – sentença normativa proferida pela Justiça do Trabalho).

Não há dúvida que o direito vigente que dispõe sobre a base de cálculo da insalubridade – art. 192 da CLT - (e inclusive as Súmulas 17 e 228 do TST) não possuem, conforme amplamente demonstrado neste artigo, adequação aos valores: “Justiça<sup>70</sup>” e “Utilidade Social<sup>71</sup>”, valores estes, aliás, demonstrados com base nos ensinamentos da Política Jurídica.

A alteração se faz necessária e urgente, devendo-se adotar a remuneração como base de cálculo da insalubridade, a fim de torná-lo mais justo, legítimo e útil. As propostas de reformas e correções na legislação vigente, segundo nos ensina Osvaldo Ferreira de Melo, é uma das tarefas da Política Jurídica:

“O político do direito não precisa de armaduras, uniformes ou distintivos. É uma figura bem mais prosaica e objetiva, em que

peça sua importância social. Será o advogado, o parecerista, o professor, o assessor jurídico, o juiz, o legislador, enfim todo aquele que, impregnado de humanismo jurídico e treinado na crítica social, apresente-se com a perspectiva das possibilidades, ponha sua sensibilidade e sua experiência a serviço da construção de um direito que pareça mais justo, legítimo e útil”<sup>72</sup>.

No entanto, conforme alerta Osvaldo Ferreira de Melo, a tarefa de propor reformas e correções na legislação vigente, deve “significar para o Político do Direito apenas uma preocupação imediata que a conjuntura do cotidiano lhe vai impondo<sup>73</sup>”. Para o autor, o “futuro exigirá não apenas leis reformadas ou corrigidas, mas o próprio Direito reconceituado, cujo alcance não se resume a permitir, impedir ou sancionar condutas do dia-a-dia, mas que seja capaz de reordenar, em novas bases éticas, toda a convivência social<sup>74</sup>”. E conclui: “redefinindo o papel do Estado e dos cidadãos perante as reais necessidades da vida, historicamente escamoteadas pela retórica do Poder que pretendeu sempre justificar formas injustas de dominações e privilégios<sup>75</sup>”.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 19. Reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda. 2002.

<sup>70</sup> “Valor fundamental do Direito e por isso objetivo permanente de toda ação político-jurídica.” (MELO, Osvaldo Ferreira de. *Dicionário de política jurídica*. p. 56).

<sup>71</sup> “Num critério político-jurídico, uma das qualidades que deve ter a norma e, assim, merecer integrar um sistema jurídico. Consiste sempre na resposta adequada a uma legítima necessidade coletiva.” (MELO, Osvaldo Ferreira de. *Dicionário de política jurídica*. p. 96).

<sup>72</sup> MELO, Osvaldo Ferreira de. *Fundamentos da política jurídica*. p. 132.

<sup>73</sup> MELO, Osvaldo Ferreira de. *Fundamentos da política jurídica*. p. 133.

<sup>74</sup> MELO, Osvaldo Ferreira de. *Fundamentos da política jurídica*. p. 133.

<sup>75</sup> MELO, Osvaldo Ferreira de. *Fundamentos da política jurídica*. p. 133.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. PINTO, Antonio Luiz de Toledo; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos; CÉSPEDES, Lívia (Org.). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 33. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRASIL. Decreto-Lei 5.452, de 1º de maio de 1943. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Obra coletiva de autoria da Editora Rideel com a colaboração de Anne Joyce Angher. 8 ed. São Paulo: Rideel, 2002.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Razoabilidade – Proporcionalidade. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1063. Relator: Min. Celso de Mello. 18 mai. 2004. **Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região**, Porto Alegre, ano 15, n. 52, p. 567, jun. 2004.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Adicional de insalubridade. Recurso de Revista nº 548.698/199.2. Relator: Min. José Luciano de Castilho Pereira. 30 jan. 2004. **Síntese trabalhista, administrativa e previdenciária**, São Paulo, ano XV, n. 178, p. 72, abr. 2004.

CARRION, Valentin. **Comentários à consolidação das leis do trabalho**. 29. ed. atual. por Eduardo Carrion. São Paulo: Saraiva, 2004.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2004. p. 735.

DESIDERI, Susy Lani. **Da insalubridade**. 1. ed. São Paulo: Julex Edições. 1998.



## **VI - ATOS NORMATIVOS**



## ATOS NORMATIVOS

**COMUNICAÇÃO CR N. 17, DO TRT/SP 15ª REGIÃO, de 1º.7.05 - DOE 6.7.05, p.1.**

Comunica, para conhecimento, o teor da Lei n. 11.126, de 27.6.05, que dispõe sobre o direito do portador de deficiência visual de ingressar e permanecer em ambientes de uso coletivo acompanhado de cão-guia, publicada no DOU, seção 1, de 28.6.05.

**COMUNICAÇÃO CR N. 19, DO TRT/SP 15ª REGIÃO, de 8.7.05 - DOE 12.7.05 e 15.7.05, p. 1.**

Comunica, para conhecimento, o teor da Portaria n. 1.293, de 5.7.05, publicada no DOU, seção 1, de 6.7.05.

**ASSENTO REGIMENTAL N. 5, DO TRT/SP 15ª REGIÃO, de 7.7.05 - DOE 13.7.05 e 15.7.05, p.1.**

Acrescenta um novo parágrafo ao art. 72 do Regimento Interno.

**ASSENTO REGIMENTAL N. 6, DO TRT/SP 15ª REGIÃO, de 7.7.05 - DOE 13.7.05, p.1.**

Altera o art. 103 do Regimento Interno.

**ASSENTO REGIMENTAL N. 7, DO TRT/SP 15ª REGIÃO, de 11.7.05 - DOE 13.7.05, p.1.**

Altera o inciso XI do art. 22 do Regimento Interno.

**RESOLUÇÃO ADMINISTRATIVA N. 8, DO TRT/SP 15ª REGIÃO, de 11.7.05 - DOE 13.7.05, p.1.**

Altera a competência territorial envolvendo o Fórum Trabalhista de Araraquara e a Vara do Trabalho de Américo Brasiliense.

**RESOLUÇÃO ADMINISTRATIVA N. 7, DO TRT/SP 15ª REGIÃO, de 8.7.05 - DOE 15.7.05, p.1.**

Acrescenta o § 5º do art. 1º e altera a redação do art. 2º da Resolução Administrativa n. 5/97, de 1º.4.97, que dispõe sobre o programa de auxílio-alimentação no âmbito do TRT/SP 15ª Região.

**ATO REGULAMENTAR GP N. 5, DO TRT/SP 15ª REGIÃO, de 1º.7.05 - DOE 15.7.05, p.1.**

Regulamenta as atividades relacionadas aos estagiários no âmbito do TRT/SP 15ª Região, revogando as disposições em contrário; em especial o Ato Regulamentar GP n. 3/02.

**PORTARIA GP-CR N. 31, DO TRT/SP 15ª REGIÃO, de 14.7.05 - DOE 20.7.05, p.1.**

Restabelece a distribuição dos feitos em fase de conhecimento para as 12 (doze) Varas do Trabalho de Campinas, eqüitativamente, a partir da publicação desta portaria.

**COMUNICAÇÃO CR N. 21, DO TRT/SP 15ª REGIÃO, de 1º.8.05 - DOE 2.8.05, p.1.**

Comunica, para conhecimento, o teor do Ato GDGCJ GP n. 173, do TST, de 21.7.05, publicado no DJU, seção 1, de 29.7.05.

**PORTARIA GP N. 33, DO TRT/SP 15ª REGIÃO, de 16.8.05 - DOE 18.8.05, p.1.**

Dispõe sobre a regulamentação da divulgação e da afixação de cartazes nos quadros de avisos e em quaisquer partes das instalações do edifício-sede do Tribunal, dos fóruns e das Varas do Trabalho da 15ª Região.

**COMUNICAÇÃO CR N. 22, DO TRT/SP 15ª REGIÃO, de 16.8.05 - DOE 19.8.05, p.1.**

Comunica, para conhecimento, o teor do Ato n. 179, do TST, de 5.8.05, publicado no DJU de 9.8.05.

**PROVIMENTO GP-CR N. 12, DO TRT/SP 15ª REGIÃO, de 18.8.05 - DOE 23.8.05, p.1.**

Altera a redação do parágrafo único do art. 7º do capítulo "NOT" da Consolidação das Normas da Corregedoria, para regulamentar a forma da citação inicial nas ações movidas pela Fazenda Pública.

**COMUNICAÇÃO CR N. 23, DO TRT/SP 15ª REGIÃO, de 19.8.05 - DOE 23.8.05, p.1.**

Comunica, para conhecimento, o Ofício n. 357/05 - Gabinete do Ministério da Fazenda - Procuradoria Seccional da Fazenda Nacional em Campinas/SP.

**RESOLUÇÃO ADMINISTRATIVA N. 10, DO TRT/SP 15ª REGIÃO, de 17.8.05 - DOE 24.8.05, p.1.**

Dispõe sobre o programa de incentivo à formação infantil básica no âmbito da 15ª Região da Justiça do Trabalho.

**PORTARIA GP N. 34, DO TRT/SP 15ª REGIÃO, de 17.8.05 - DOE 24.8.05, p.1.**

Fixa em R\$ 150,00 o valor mensal do benefício de formação infantil básica, de que trata a Resolução Administrativa n. 10/05.

**PORTARIA GP N. 35, DO TRT/SP 15ª REGIÃO, de 17.8.05 - DOE 24.8.05, p.1.**

Dispõe sobre a delegação de competência para a diretora de pessoal.

**PORTARIA GP-CR N. 36, DO TRT/SP 15ª REGIÃO, de 22.8.05 - DOE 25.8.05, p.1.**

Restabelece a distribuição dos feitos em fase de conhecimento para as 4 (quatro) Varas do Trabalho de São José do Rio Preto, equitativamente, a partir da publicação desta portaria.

**RESOLUÇÃO ADMINISTRATIVA N. 09, DO TRT/SP 15ª REGIÃO, de 15.8.05 - DOE 29.8.05, p.1.**

Regulamenta a aplicação do art. 34 e seguintes da Lei n. 8.666/93, no âmbito do TRT/SP 15ª Região.

**PORTARIA GP-CR N. 37, DO TRT/SP 15ª REGIÃO, de 26.8.05 - DOE 2.9.05, p.1.**

Mantém de 5.9.05 a 8.12.06 a distribuição dos processos baixados do 2º grau, e de 5.9.05 a 5.3.06 a distribuição dos processos na fase de conhecimento somente para a nova Vara do Trabalho a ser instalada em Piracicaba.

**PORTARIA GP-CR N. 38, DO TRT/SP 15ª REGIÃO, de 26.8.05 - DOE 5.9.05, p.1.**

Mantém de 6.9.05 a 8.12.06 a distribuição dos processos baixados do 2º grau, e de 6.9.05 a 6.7.06 a distribuição dos processos na fase de conhecimento somente para a nova Vara do Trabalho a ser instalada em Jacareí.

**COMUNICADO DA PRESIDÊNCIA N. 30, DO TRT/SP 15ª REGIÃO, de 1º.9.05 - DOE 5.9.05, p.1.**

Comunica que, a partir de 13.9.05 e 21.9.05, os protocolos administrativo e judicial de 2º grau, respectivamente, passarão a funcionar no andar térreo do edifício-sede deste Tribunal, mantendo-se o horário de atendimento, das 12 às 18 horas.

**RESOLUÇÃO N. 11, DO TRT/SP 15ª REGIÃO, de 26.8.05 - DOE 13.9.05, p.1.**

Modifica a tabela de temporalidade dos documentos administrativos e processos trabalhistas - tabela única de assuntos do TRT/SP 15ª Região.

**PORTARIA GP-CR N. 40, DO TRT/SP 15ª REGIÃO, de 9.9.05 - DOE 14.9.05, p.1.**

Autoriza os Juízes de 1º grau a suspenderem por 60 (sessenta) dias as intimações e notificações aos procuradores da Fazenda Nacional, nos processos em que o INSS figure como parte/interessado, por força do previsto no art. 114, VIII, da CF, exceto nas ações que exijam apreciação imediata.

**PROVIMENTO GP-CR N. 13, DO TRT/SP 15ª REGIÃO, de 9.9.05 - DOE 15.9.05, p.1.**

Altera disposições do capítulo "CARG" da Consolidação das Normas da Corregedoria e dá outras providências para regulamentar o acesso às atas de audiências, sentenças e decisões de primeira instância, por intermédio da *internet*.

**PORTARIA GP-EMN. 1, DO TRT/SP 15ª REGIÃO, de 16.9.05 - DOE 20.9.05, p.1.**

Dispõe sobre normas para realização de cursos internos e participação de servidores em cursos externos.

**PORTARIA GP N. 41, DO TRT/SP 15ª REGIÃO, de 19.9.05 - DOE 22.9.05, p.1.**

Dispõe sobre a delegação de competência ao assessor de segurança.

**RECOMENDAÇÃO CR N. 1, DO TRT/SP 15ª REGIÃO, de 23.9.05 - DOE 28.8.05, p.1.**

Recomenda aos Juízes de 1ª instância que se abstenham de solicitar prontuários médicos ao Hospital de Clínicas da Unicamp, substituindo-os por relatórios médicos.

**PROVIMENTO GP-CR N. 14, DO TRT/SP 15ª REGIÃO, de 29.9.05 - DOE 3.10.05, p.1.**

Padroniza os procedimentos para registro e atuação de processos.

**PORTARIA GP-CR N. 45, DO TRT/SP 15ª REGIÃO, de 7.10.05 - DOE 14.10.05, p.1.**

Revoga a Portaria GP-CR n. 30/04, em relação ao dia 28.10.05 - Dia do Servidor Público - art. 236 da Lei n. 8.112/90 - e transfere as comemorações para o dia 31.10.05, ficando suspensas as atividades judiciárias e administrativas no Tribunal e nas Varas do Trabalho, e ficando prorrogados para o dia 3 subsequente os prazos que porventura se iniciem ou se completem naqueles dias.

**PORTARIA GP N. 46, DO TRT/SP 15ª REGIÃO, de 17.10.05 - DOE 20.10.05, p.1.**

Atribui provisoriamente aos diretores de secretaria e de distribuição dos feitos de 1ª instância o encargo de realizar o recebimento provisório dos equipamentos e sua identificação.

**COMUNICAÇÃO CR N. 24, DO TRT/SP 15ª REGIÃO, de 13.10.05 - DOE 21.10.05, p.1.**

Comunica que não haverá recebimento de arquivos, nem circulação de cadernos da IMESP nos dias: 24.10, 28.10 e 2.11.05.

**RESOLUÇÃO ADMINISTRATIVA N. 12, DO TRT/SP 15ª REGIÃO, de 26.10.05 - DOE 31.10.05, p.1.**

Altera a competência territorial das Varas do Trabalho de Atibaia e Bragança Paulista.

**COMUNICADO N. 22, DO TRT/SP 15ª REGIÃO, de 28.10.05 - DOE 7.11.05, p.1.**

Divulga o calendário de eventos e prazos a serem observados pelos servidores da Justiça do Trabalho da 15ª Região, os quais serão rigorosamente obedecidos quando do processamento da folha de pagamento normal do mês de dezembro de 2005, de férias e seus consequentes no exercício de 2006.

**ATO N. 7, DO TRT/SP 15ª REGIÃO, de 10.10.05 - DOU 8.11.05, p. 20.**

Publica os quadros demonstrativos de cargos efetivos, em comissão e funções comissionadas, de acordo com o disposto no art. 85 da Lei de Diretrizes Orçamentárias-LDO-2006.

**COMUNICAÇÃO CR N. 25, DO TRT/SP 15ª REGIÃO, de 8.11.05 - DOE 11.11.05, p.1.**

Comunica, para conhecimento, o teor do Provimento n. 6/05, publicado no DJU de 3.11.05 - p.253 - seção 1, que estabelece instruções para operacionalização da nova versão do sistema BACEN-JUD.

**COMUNICAÇÃO CR N. 26, DO TRT/SP 15ª REGIÃO, de 8.11.05 - DOE 11.11.05, p.2.**

Comunica, para conhecimento, o teor da Resolução n. 8/05, publicado no DJU de 3.11.05 - p.329 - seção 1, que estabelece a Tabela Única para Atualização e Conversão de Débitos Trabalhistas - Sistema Único de Cálculo (SUCJT).

**ASSENTO REGIMENTAL N. 8, DO TRT/SP 15ª REGIÃO, de 7.11.05 - DOE 11.11.05, p.51.**

Altera o parágrafo único do art. 23, o inciso II do § 2º do art. 107 e o § 2º do art. 135, do Regimento Interno.

**PORTARIA GP-CR N. 47, DO TRT/SP 15ª REGIÃO, de 17.11.05 - DOE 18.11.05, p.4.**

Mantém, de 21.11.05 a 8.12.06 a distribuição dos processos baixados do 2º grau e dos processos na fase de conhecimento somente para a nova Vara do Trabalho de Lençóis Paulista.

**PORTARIA GP-CR N. 48, DO TRT/SP 15ª REGIÃO, de 17.11.05 - DOE 18.11.05, p.4.**

Restabelece a distribuição dos feitos em fase de conhecimento para as 4 (quatro) Varas do Trabalho de Sorocaba, equitativamente, a partir da publicação desta portaria.

**PROVIMENTO GP-CR N. 15, DO TRT/SP 15ª REGIÃO, de 17.11.05 - DOE 22.11.05, p.1.**

Altera o art. 3º do capítulo "NOT" da Consolidação das Normas da Corregedoria, com relação à obrigatoriedade da notificação pessoal das partes para a audiência inicial e permite a ciência concomitante do(s) respectivo(s) advogado(s) acerca do referido ato processual.

**COMUNICAÇÃO CR N. 27, DO TRT/SP 15ª REGIÃO, de 28.11.05 - DOE 1º.12.05, p.1.**

Comunica, conforme informação obtida na data 23.11.05, por intermédio do e-mail, recebido pela secretaria de informática, que não haverá publicações no Diário Oficial do Estado no dia 8.12.05, e que os arquivos enviados no dia 7.12.05, serão publicados no dia 9.12.05, sexta-feira.

**PROVIMENTO N. 16, DO TRT/SP 15ª REGIÃO, de 17.11.05 - DOE 1º.12.05, p. 1.**

Altera o capítulo "DISP", da Consolidação das Normas da Corregedoria, adequando-o aos dispositivos acrescentados pelo Provimento GP-CR n. 14/05 (capítulo "AUT", da CNC). "DISP" da Consolidação das Normas da Corregedoria.

**ATO REGULAMENTAR GP N. 6, DO TRT/SP 15ª REGIÃO, de 14.9.05 - DOE 1.12.05, p.2.**

Revoga o Ato Regulamentar GP n. 1, de 1º.2.02 e fica restabelecido o Ato Regulamentar GP n. 12, de 7.11.01, em sua redação original.

**RESOLUÇÃO ADMINISTRATIVA N. 13, DO TRT/SP 15ª REGIÃO, de 28.11.05 - DOE 1º.12.05, p.2.**  
Dispõe sobre o plantão judiciário no âmbito do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região.

**RECOMENDAÇÃO GP-CR N. 01, DO TRT/SP 15ª REGIÃO, de 24.11.05 - DOE 5.12.05, p.1.**  
Recomenda aos MM. Juizes de 1ª instância desta Região que observem as circunstâncias de cada caso, nos acordos submetidos à homologação judicial, fora das audiências, e, apenas quando verificada a necessidade de ratificação, se realize perante o juiz.

**PORTARIA GP-CR N. 55, DO TRT/SP 15ª REGIÃO, de 5.12.05 - DOE 6.12.05, p.1.**  
Suspende a distribuição de processos nas Varas do Trabalho de Araraquara.

**PORTARIA GP-CR N. 56, DO TRT/SP 15ª REGIÃO, de 5.12.05 - DOE 6.12.05, p.1.**  
Suspende a distribuição de processos nas Varas do Trabalho de Ribeirão Preto.

**ATO REGULAMENTAR N. 8, DO TRT/SP 15ª REGIÃO, de 5.12.05 - DOE 7.12.05, p.1.**  
Altera e complementa o Ato Regulamentar n. 4/04, que disciplina as remoções a pedido no âmbito do TRT/SP 15ª Região.

**PROVIMENTO GP-CR N. 19, DO TRT/SP 15ª REGIÃO, de 30.11.05 - DOE 13.12.05, p.1.**  
Modifica o capítulo "CART" (das cartas precatórias e rogatórias) da Consolidação das Normas da Corregedoria, para regulamentar o procedimento relativo ao convênio BACEN JUD, quando a execução se der por intermédio de carta precatória e dá outras providências.

**PROVIMENTO GP-CR N. 18, DO TRT/SP 15ª REGIÃO, de 1º.12.05 - DOE 13.12.05, p.1.**  
Altera o capítulo "AUT", da Consolidação das Normas da Corregedoria, nos respectivos art. 1º, incisos II e III; art. 2º, inciso III e respectiva letra "d"; art. 3º, caput e §§ 1º, 2º e 3º; art. 5º, incisos I e VII e art. 12, caput.

**PROVIMENTO GP-CR N. 17, DO TRT/SP 15ª REGIÃO, de 28.11.05 - DOE 13.12.05, p.1.**  
Autoriza o deslocamento das Varas do Trabalho de Araraquara, em sistema de rodízio, ao município de Américo Brasiliense, para realização de audiências dos processos originados nos municípios de Américo Brasiliense, Motuca, Rincão e Santa Lúcia, e recebimento de ações novas.

## **VI - JURISPRUDÊNCIA**



## 1ª SEÇÃO DE DISSÍDIOS INDIVIDUAIS

**01 - HABEAS CORPUS. PREVENTIVO. DEPOSITÁRIO INFIEL. PENHORA ONLINE. ORDEM DE BLOQUEIO DE VALOR. ILEGALIDADE DO ATO DE AMEAÇA AO DIREITO CONSTITUCIONAL DE LOCOMOÇÃO DO GERENTE DE BANCO**

Limitando-se a ordem de bloqueio eletrônico de valor à constrição de saldo credor encontrado no dia de captura do numerário, afigura-se ilegal a ameaça do direito de locomoção da paciente que deu cumprimento àquela determinação consoante as alterações implementadas no sistema BACEN JUD. TRT/SP 15ª Região 1580-2005-000-15-00-3 - Ac. 1ª SDI 677/05-PDII. Rel. Helena Rosa Mônaco da Silva Lins Coelho. DOE 25.11.05, p. 3.

**02 - MANDADO DE SEGURANÇA. CONCESSÃO. HONORÁRIOS PERICIAIS PRÉVIOS E DIREITO DE AÇÃO**

O direito de ação, constitucionalmente garantido, não pode ser inviabilizado através de determinação judicial para recolhimento de honorários prévios periciais. TRT/SP 15ª Região 00204-2005-000-15-00-1 - Ac. 1ª SDI 443/05-PDII. Rel. Ana Maria de Vasconcellos. DOE 29.7.05, p. 10.

**03 - MANDADO DE SEGURANÇA. ILEGITIMIDADE DE PARTE. EXTINÇÃO SEM JULGAMENTO DE MÉRITO**

Para que se obtenha uma tutela jurisdicional de mérito, as partes devem ser as titulares do interesse em conflito; o pedido deve ser juridicamente possível, ou seja, a postulação não deve encontrar óbice em nosso ordenamento jurídico, e o autor deve possuir interesse de agir, face à resistência do réu, bem como à utilização correta do meio adequado para a formulação do pedido. Ausente alguma dessas condições, o provimento postulado pelo demandante não poderá ser emitido, devendo o processo ser extinto sem julgamento do mérito. Nos dizeres de CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO (*in Instituições de Direito Processual Civil*, São Paulo: Malheiros. 4. ed., 2004, p. 306), "a legitimidade *ad causam* é a qualidade para estar em juízo, como demandante ou demandado, em relação a determinado conflito trazido ao exame do juiz". Registre-se, ainda, que considerando-se a relação jurídica *in statu assertionis*, ou seja, à vista do que se afirmou, somente há que se cogitar de ilegitimidade de parte, se, em raciocínio lógico-dedutivo, restar indubitável o exercício arbitrário do direito de ação proposta

por parte (ou contra terceiro) **flagrantemente** estranha aos fatos que compõem a causa de pedir. Restando evidente a ilegitimidade de parte, deve o impetrante ser declarado carecedor da ação, reclamando, assim, o decreto de extinção do processo sem julgamento de mérito, nos termos do art. 267, VI, do CPC. **MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO JUDICIAL. INEXISTÊNCIA DE RECURSO COM EFEITO SUSPENSIVO. POSSIBILIDADE DE DANO IRREPARÁVEL. CABIMENTO. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA N. 267, STF. É cediço que não se dará mandado de segurança contra despacho ou decisão judicial, quando haja recurso previsto nas leis processuais (art. 5º, incisos II, Lei n. 1.533/51). Nesse sentido, já firmou, há muito, o Colendo STF entendimento segundo o qual não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição (Súmula n. 267). No mesmo trilhar, aliás, a Orientação Jurisprudencial SDI-II, TST, n. 92. Entretanto, o entendimento consagrado na súmula de jurisprudência dominante da Suprema Corte não pode ser tomado com rigidez, merecendo abrandamento se o recurso de que dispõe a parte não for apto para impedir ou fazer cessar lesão irreparável a direito líquido e certo do impetrante. Assim, verificando-se que o recurso processual não é capaz de salvaguardar o direito invocado, cabível o *writ*. Inteligência da Súmula n. 267, STF. TRT/SP 15ª Região 1746-2004-000-15-00-0 - Ac. 1ª SDI**

435/05-PDII. Rel. Luís Carlos Cândido Martins Sotero da Silva. DOE 22.7.05, p. 3.

**04 - MANDADO DE SEGURANÇA. REQUERIMENTO DE EXTRAÇÃO GRATUITA DE CARTA DE SENTENÇA. EXISTÊNCIA DE DECLARAÇÃO DE MISERABILIDADE, FIRMADA PELO REQUERENTE OU POR SEU PROCURADOR. REQUISITO ESSENCIAL PREENCHIDO. AUSÊNCIA DE ASSISTÊNCIA SINDICAL. IRRELEVÂNCIA. CONCESSÃO. INTELIGÊNCIA DAS LEIS NS. 1.060/50, 5.584/70, 7.115/83 E DO ART. 790, § 3º DA CLT**

Consoante melhor doutrina, são concedidos os benefícios da justiça gratuita, ainda que no curso da ação, ao requerente que apresenta declaração de seu estado de miserabilidade, firmada por ele próprio ou por seu procurador, mesmo se o interessado não estiver patrocinado pelo sindicato de sua categoria profissional. É certo que, nos termos do art. 14 da Lei n. 5.584/70, a assistência judiciária será prestada ao trabalhador pelo sindicato da categoria a que pertencer; entretanto, não se pode confundir assistência judiciária com justiça gratuita, que é espécie de assistência jurídica (em sentido amplo) e que se orienta unicamente pelo pressuposto do estado de miserabilidade da parte, a teor do art. 790, § 3º da CLT. TRT/SP 15ª Região 1853-2004-000-15-00-9 - Ac. 1ª SDI 437/05-PDII. Rel. Luís Carlos Cândido Martins Sotero da Silva. DOE 22.7.05, p. 3.

## 2ª SEÇÃO DE DISSÍDIOS INDIVIDUAIS

**01 - AÇÃO RESCISÓRIA. DECISÃO HOMOLOGATÓRIA QUE REVOGA DECISÃO ANTERIOR, HOMOLOGATÓRIA DO MESMO ACORDO. AFRONTA À NORMA DE ORDEM PÚBLICA (CLT, ART. 831, PARÁGRAFO ÚNICO). VIOLAÇÃO DE LEI. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO**

A legitimação ativa do Ministério Público do Trabalho, para propor a ação rescisória quando se objetiva desconstituir decisão em que se alega a existência de conluio praticado pelas partes, com a finalidade de fraudar a lei, encontra previsão expressa no CPC, art. 487, III, "a" e "b". Não há literal disposição legal, contudo, quando em questão a incolumidade da lei, eventualmente fraudada. No entanto, em ação rescisória proposta pelo Ministério Público, com lastro em violação de lei, incide o entendimento expresso na Súmula n. 407 do C. TST (ex-OJ n. 83 da 2ª SBDI), segundo a qual "a legitimidade *ad causam* do Ministério Público para propor ação rescisória, ainda que não tenha sido parte no processo que deu origem à decisão rescindenda, não está limitada às alíneas "a" e "b" do inciso III do art.

487 do CPC, uma vez que traduzem hipóteses meramente exemplificativas". Em tais casos, não se questiona se houve prejuízos para a parte ou para terceiros, mas, sim, procura-se preservar a ordem jurídica, da qual o Ministério Público foi eleito fiscal. Ação rescisória que se julga procedente, após reconhecer a legitimação ativa do Ministério Público do Trabalho para postular, com fulcro no art. 485, V, do CPC, a rescisão de sentença homologatória de acordo proferida com violação de lei (art. 831, parágrafo único, da CLT) por ter revogado homologação anterior, atinente à mesma avença. TRT/SP 15ª Região 443-2004-000-15-00-0 - Ac. 2ª SDI 405/05-PDI2. Rel. Desig. I. Renato Buratto. DOE 25.11.05, p. 6.

**02 - AÇÃO RESCISÓRIA. SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO REQUERIDA EM AÇÃO CAUTELAR**

Um dos pressupostos específicos para a concessão de liminar é a presença do *fumus boni iuris*; tratando-se de suspensão de execução, a plausibilidade (não a certeza) de procedência da ação rescisória deve ser suficientemente forte para postergar a execução, pois a certeza do direito, assegurado

por decisão transitada em julgado, milita a favor da exeqüente. O ajuizamento da ação rescisória, por si só, não configura esse requisito. É o suficiente para o indeferimento da liminar, pois inexistindo o *fumus boni iuris*, inócuo perquirir sobre a existência do *periculum in mora*, uma vez que ambos os pressupostos são indispensáveis à concessão da medida. TRT/SP 15ª Região 1974-2004-000-15-40-5 - Ac. 2ª SDI 332/05-PDI2. Rel. Fany Fajerstein. DOE 14.10.05, p. 6.

03 - AÇÃO RESCISÓRIA. VIOLAÇÃO A DISPOSITIVO DE LEI. MATÉRIA CONTROVERTIDA. INEXISTÊNCIA

## DE VIOLAÇÃO A DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL

Inexiste violação a dispositivo de lei na decisão que, manifestando-se sobre matéria controvertida nos tribunais, decidiu de acordo com uma das correntes jurisprudenciais de interpretação ao respectivo texto legal; e julga-se improcedente a pretensão se não caracterizada a violação a dispositivo constitucional. TRT/SP 15ª Região 1205-2004-000-15-00-2 - Ac. 2ª SDI 206/05-PDI2. Rel. Eduardo Benedito de Oliveira Zanella. DOE 22.7.05, p. 5.

# DIREITO MATERIAL

## 01 - AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANOS MORAIS. DIREITOS DIFUSOS E COLETIVOS. POSSIBILIDADE

É perfeitamente cabível o ajuizamento de Ação Civil Pública para a reparação de danos morais a interesses difusos e coletivos, a qual encontra previsão expressa no inciso V do art. 1º da Lei n. 7.347/85. O dano moral difuso caracteriza-se como uma ofensa ao direito de toda e qualquer pessoa (e não de um direito específico da personalidade). É o que se verifica, por exemplo, com a poluição causada em um acidente ambiental, a qual acarreta uma lesão difusa à integridade corporal de toda a população. *In casu*, restou comprovado nos autos que a reclamada procedeu à demissão de trabalhadores motivada apenas pelo ajuizamento de ação contra a empresa, atentando, pois, contra a garantia constitucional do direito de ação, cuja lesão não se limita aos empregados demitidos, mas estende-se para toda a coletividade obreira, na medida em que visa tangenciar todo o sistema de normas que norteia a proteção do trabalhador e as garantias constitucionais previstas para todos os brasileiros. Nessa circunstância, absolutamente correta a condenação da empresa ao pagamento de multa em favor do FAT - Fundo de Amparo ao Trabalhador. Recurso

ordinário da requerida a que se nega provimento. TRT/SP 15ª Região 1277-2003-071-15-00-6 - Ac. 6ª Câmara 62.195/05-PATR. Rel. Ana Paula Pellegrina Lockmann. DOE 19.12.05, p. 42.

## 02 - ACIDENTE DE TRABALHO. RESPONSABILIDADE DO EMPREGADOR PELA REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS E MATERIAIS

Não basta apenas a comprovação do acidente de trabalho e do nexo de causalidade com o dano experimentado para impor ao empregador a obrigação de indenizar. A responsabilidade, no caso, não decorre simplesmente do risco do empreendimento. O art. 7º, XXVIII, da CF, prevê a obrigação de indenizar quando o empregador incorrer em culpa ou dolo, o que afasta a responsabilidade objetiva. TRT/SP 15ª Região 238-2004-065-15-00-0 - Ac. 7ª Câmara 41.169/05-PATR. Rel. Fabio Grasselli. DOE 2.9.05, p. 71.

## 03 - ACORDO JUDICIAL. TRÂNSITO EM JULGADO. INSS. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA

Inexiste óbice legal para a celebração de acordo judicial pelas partes, mesmo após o trânsito em julgado da sentença da fase de

conhecimento, mas seus efeitos devem ser limitados às partes acordantes. O INSS, como um terceiro interessado, não pode sofrer os prejuízos decorrentes da transação pactuada, devendo a execução prosseguir em relação à contribuição previdenciária, a ser calculada de forma proporcional sobre as verbas reconhecidas em sentença. TRT/SP 15ª Região 781-2001-092-15-00-8 - Ac. 10ª Câmara 48.494/05-PATR. Rel. Elency Pereira Neves. DOE 7.10.05, p. 79.

#### 04 - ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO. SALÁRIO NORMATIVO OU CONTRATUAL

O adicional de insalubridade deve ser calculado sobre o salário normativo ou contratual e não mais sobre o salário mínimo, embora haja controvérsia acerca da inconstitucionalidade do art. 192 da CLT, por equidade com o adicional de periculosidade (art. 193, CLT), não sendo razoável estabelecer base remuneratória totalmente díspar para condições de trabalho em atividades insalubres e perigosas, pois a exposição do trabalhador a agentes nocivos à saúde não é menos prejudicial do que o contato com inflamáveis em situação de risco acentuado; afinal a saúde é direito tutelado constitucionalmente (arts. 7º, XXII e XXIII, e 196 da CF/88). Inteligência da Súmula n. 17 do C. TST. TRT/SP 15ª Região 147-2004-067-15-00-8 - Ac. 11ª Câmara 30.187/05-PATR. Rel. Edison dos Santos Pelegrini. DOE 1º.7.05, p. 39.

#### 05 - APOSENTADORIA ESPONTÂNEA. EFEITOS

§ § A aposentadoria voluntária não extingue o contrato de trabalho, em havendo continuidade na prestação dos serviços para o empregador, derivando de tal conclusão a unicidade contratual. O empregado regido pela CLT mantém com a previdência uma relação jurídica distinta daquela que há entre si e o empregador, que decorre do contrato de trabalho. Uma relação jurídica de direito público, que o obreiro mantém com a previdência social, não pode desconstituir direitos oriundos da relação de direito priva-

do (o contrato de trabalho). Além disso, o art. 453 da CLT trata da *accessio temporis*, o que não se confunde com a continuidade do contrato de trabalho. Cumpre ser salientado que o STF (ADIn 1.770-3 - Medida Liminar - Ilmar Galvão) suspendeu a eficácia dos § primeiro e segundo do art. 453 da CLT, que classificavam a aposentadoria proporcional como causa extintiva do contrato de trabalho, por colidir com o art. 7º, I, da CF, sendo que a legislação previdenciária não exige o prévio desligamento do trabalho. TRT/SP 15ª Região 1615-2000-013-15-00-6 - Ac. 11ª Câmara 40.980/05-PATR. Rel. Flavio Nunes Campos. DOE 2.9.05, p. 95.

#### 06 - ASSÉDIO MORAL. INSISTÊNCIA DO EMPREGADOR EM DETERMINAR O CUMPRIMENTO DE TRANSFERÊNCIA ILEGAL DO EMPREGADO. CARACTERIZAÇÃO

Os elementos dos autos comprovam que o empregador já havia manifestado a intenção de despedir o reclamante, pois chegou a dispensá-lo sem justa causa, vindo a reintegrá-lo no emprego posteriormente em face de estabilidade provisória de que o reclamante era portador. Não obstante a sua estabilidade no emprego, o empregador determinou ilícitamente a sua transferência do local de trabalho, tendo este resistido, colocando-se à disposição da empresa no local onde sempre atendeu, apesar do recolhimento de seu crachá. Pois bem, restando comprovado nos autos que a transferência pretendida pela empresa era ilegal, a insistente convocação do obreiro (apesar da justa recusa por parte deste), para que assumisse seu emprego em outra cidade, com a publicação, inclusive, de fato que denegriu a imagem do trabalhador (publicação de notícia de abandono de emprego sem justificativa da necessidade de serviço em jornal da cidade) constitui assédio moral, assegurando ao trabalhador a reparação civil pelo dano moral sofrido, uma vez que o *jus variandi* do empregador encontra limites no *jus resistendae* do empregado, não lhe sendo lícito ultrapassar os limites do bom senso

quando da manifestação de sua autoridade e de seu poder de mando, na medida em que este não é absoluto. Recurso Ordinário não provido. TRT/SP 15ª Região 760-2004-121-15-00-6 - Ac. 5ª Câmara 41.994/05-PATR. Rel. Lorival Ferreira dos Santos. DOE 2.9.05, p. 59.

#### 07 - COMISSÃO DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA. CCP. CONSTITUCIONALIDADE. EXTENSÃO DA QUITAÇÃO CONFERIDA EXTRAJUDICIALMENTE. PAGAMENTO DE VERBAS RESCISÓRIAS. EFICÁCIA LIBERATÓRIA RESTRITA

O art. 625-D, da CLT, não padece de inconstitucionalidade, na medida em que a submissão da demanda trabalhista à CCP é uma faculdade concedida ao trabalhador e não um dever de ordem processual, como condição para o exercício do direito de ação; até porque a própria criação da comissão é facultativa, não se afigurando razoável que o mesmo princípio da facultatividade deixe de ser aplicado ao destinatário desse serviço: ao trabalhador. Entender-se de modo diverso, seria *fazer ouvidos moucos* aos reclamos dos jurisdicionados laborais, desprestigiando a própria Justiça do Trabalho. O termo de conciliação lavrado na CCP é título executivo extrajudicial e tem eficácia liberatória geral, desde que não haja ressalvas e se trate de legítima transação, pois a conciliação extrajudicial tem a sua importância - e não pode ser relegada -, inclusive como meio de contribuir com a solução das causas operárias e o desafogo do Judiciário (art. 625-E, CLT). Agora, a eficácia da conciliação extrajudicial pressupõe a licitude da transação que, por sua vez, requer concessões mútuas pelos interessados a prevenir ou terminarem litígio (art. 840, CC/02). Acordo entabulado na CCP somente para possibilitar o pagamento das verbas rescisórias, parceladamente, a quitação perseguida abrange apenas o valor das parcelas especificadas na avença e no TRCT, a teor do § 2º do art. 477 da CLT. Descabendo falar em eficácia liberatória geral e absoluta do extinto contrato de em-

prego, uma vez que não houve demanda - litígio - solucionado conciliatoriamente pela CCP, apenas formalizou-se a rescisão contratual numa situação diferenciada: pagamento dos haveres rescisórios em suaves parcelas. Inexiste contrapartida que justifique a quitação plena, geral e irrevogável da extinta relação jurídica de labor. Recurso do reclamante provido. TRT/SP 15ª Região 503-20004-038-15-00-8 - Ac. 11ª Câmara 47.784/05-PATR. Rel. Edison dos Santos Pelegrini. DOE 30.9.05, p. 64.

#### 08 - COMISSÃO DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA. FRAUDE

A Comissão de Conciliação Prévia não substitui o Sindicato na atribuição prevista no § 1º do art. 477 da CLT. Considera-se fraudulento o ato do empregador que leva seus empregados a outra cidade para, perante Comissão de Conciliação Prévia, obter quitação geral dos contratos com o simples pagamento de verbas rescisórias. TRT/SP 15ª Região 342-2003-004-15-00-4 - Ac. 2ª Câmara 50.552/05-PATR. Rel. Thelma Helena Monteiro de Toledo Vieira. DOE 21.10.05, p. 36.

#### 09 - COMISSÃO DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA. TRANSAÇÃO. NÃO VALIDADE. VÍCIO DE CONSENTIMENTO

As Comissões de Conciliação Prévia foram criadas pelo legislador com a finalidade de reduzir reclamações perante esta Justiça Especializada, prevenindo litígios, mediante a realização de acordos extrajudiciais envolvendo direitos que possuam um mínimo de controvérsia, indispensável para caracterizar a denominada *res dubia*, figura integrante da transação. Admitir o contrário, ou seja, que tais conciliações possam envolver exclusivamente direitos incontroversos, invariavelmente de natureza indisponível, implica permitir a sua mera renúncia, além de uma autêntica revogação, por via transversa, das garantias legais e constitucionais mínimas ainda asseguradas aos empregados pelo ordenamento jurídico pátrio, com fraude a direitos trabalhistas de caráter irrenunciável. Ademais, entre as atribuições

das Comissões de Conciliação Prévia não se encontra a de homologar rescisões contratuais, função essa que pertence aos órgãos previstos no art. 477 da CLT. A transação de direitos trabalhistas deve ser analisada com base em critérios rígidos, especialmente no que se refere aos requisitos de validade para os atos jurídicos em geral, como a capacidade do agente, a licitude do objeto e, especialmente, a existência de concessões mútuas. Assim, constatando-se que a quitação quanto às verbas rescisórias e o extinto contrato de trabalho decorreu de ato viciado, não há como se reconhecer sua validade (CLT, art. 9º). TRT/SP 15ª Região 1126-2004-001-15-00-8 - Ac. 10ª Câmara 48.669/05-PATR. Rel. Fernando da Silva Borges. DOE 7.10.05, p. 84.

#### 10 - COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. SERVIDOR ESTADUAL. UNICIDADE CONTRATUAL

Não tendo havido solução de continuidade na prestação de serviços, e como nenhum termo de pagamento rescisório foi produzido, resta configurada a unicidade contratual desde a admissão em 1965, frente aos precisos termos do art. 453 da CLT. Irrelevante tenha existido período de vinculação ao regime estatutário, que não pode ser excluído do tempo de serviço, mormente quando sequer impugnada a alegação de estar sendo considerada a unicidade contratual para cálculo de licença-prêmio, sexta-parte e quinquênios. O legislador, com amparo na Lei Estadual n. 4.819/58, combinada com a Lei Estadual n. 1.386/51, instituiu norma dispondo sobre critérios para complementação de aposentadoria, cuja aplicação assegura ao servidor público celetista admitido antes da edição da Lei Estadual n. 200/74, proventos integrais idênticos àqueles conferidos ao funcionário público estatutário. A complementação traduz mera garantia da integralidade. Admitido em 1965 pelo regime jurídico da CLT, nos moldes da Lei Estadual n. 200/74, o autor tem direito adquirido à complementação de aposentadoria. TRT/SP 15ª Região 860-2004-106-15-00-0 - Ac. 10ª Câmara 57.252/05-PATR. Rel. João Alberto Alves Machado. DOE 25.11.05, p. 43.

#### 11 - CONTRATO A PRAZO. SUPERVENIÊNCIA DE ACIDENTE DE TRABALHO. IMPOSSIBILIDADE DE EXTINÇÃO NO TERMO NORMAL. PRORROGAÇÃO PARA O PRIMEIRO DIA SUBSEQUENTE À CESSAÇÃO DA CAUSA SUSPENSIVA

A suspensão do contrato impede que seja extinto por iniciativa do empregador, sem justa causa, ou pela ocorrência condição resolutive ou termo ajustados entre os contratantes. Nesta última hipótese, o termo final estabelecido pelas partes é prorrogado automaticamente para o primeiro dia subsequente à cessação da causa suspensiva, por interpretação do art. 471 da CLT. Vale dizer que, ocorrendo o afastamento no final do contrato a prazo, este só se extingue após a cessação do benefício previdenciário, como se o termo final fora ajustado para o dia seguinte. TRT/SP 15ª Região 487-2004-088-15-00-0 - Ac. 3ª Câmara 49.872/05-PATR. Rel. Ricardo Regis Laraia. DOE 14.10.05, p. 37.

#### 12 - CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. ACORDO SEM RECONHECIMENTO DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO. INCIDÊNCIA

Em se tratando de decisão homologatória de acordo sem reconhecimento de vínculo empregatício, a empresa ou pessoa física a ela equiparada está obrigada a recolher a contribuição previdenciária na alíquota de 20% (vinte por cento) sobre o valor total, na forma do art. 1º, I, da LC n. 84/96 e arts. 22, III, da n. Lei 8.212/1991 e 276, § 9º, do Decreto n. 3.048/99. TRT/SP 15ª Região 423-2003-085-15-00-9 - Ac. 1ª Câmara 35.889/05-PATR. Rel. João Batista da Silva. DOE 5.8.05, p. 21.

#### 13 - CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS AUTÔNOMOS À PESSOA OU ENTIDADE FAMILIAR

O recolhimento de contribuição previdenciária quando o trabalho é realizado no âmbito familiar somente ocorre na hipótese de vínculo empregatício. A legislação previdenciária equipara o contribuinte indi-

vidual à empresa (art. 15, parágrafo único), mas não há como equiparar a pessoa ou entidade familiar e empresa, porque estes não são contribuintes individuais. Com efeito, na situação de contribuinte individual estão apenas as figuras elencadas no art. 12, inciso V, da Lei n. 8.212/91. Não é devida a contribuição previdenciária sobre os acordos por eles realizados perante a Justiça do Trabalho. TRT/SP 15ª Região 640-2004-080-15-00-8 Ac. 4ª Câmara 54.323/05-PATR. Rel. Regina Dirce Gago de Faria Monegatto. DOE 4.11.05, p. 83.

#### 14 - CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. RECOLHIMENTO. CONCILIAÇÃO HOMOLOGADA ANTERIORMENTE AO JULGAMENTO

Ao decidir sobre a incidência da contribuição previdenciária, incumbe ao Juízo verificar se os valores especificados na conciliação encontram-se em consonância com aqueles discriminados na inicial. Na hipótese de não-observância, deve determinar o recolhimento da contribuição sobre a diferença, a ser apurada em liquidação. TRT/SP 15ª Região 1350-2004-071-15-00-0 - Ac. 2ª Câmara 34.627/05-PATR. Rel. Eduardo Benedito de Oliveira Zanella. DOE 29.7.05, p. 57.

#### 15 - CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. JUROS

Indevidos juros para cálculo das contribuições previdenciárias quando a apuração decorrer de acordo, posto que conforme vem decidindo a majoritária corrente jurisprudencial, com base na lei, o fato gerador das contribuições previdenciárias é o pagamento dos salários. Inteligência do art. 11 da Lei n. 8.212/91. TRT/SP 15ª Região 1278-2001-079-15-00-0 - Ac. 6ª Câmara 54.758/05-PATR. Rel. Carlos Augusto Escanfella. DOE 11.11.05, p. 90.

#### 16 - CORREÇÃO MONETÁRIA. E JUROS DE MORA. DIFERENÇAS. DEPÓSITO JUDICIAL

O depósito judicial não faz cessar a obrigação do devedor quanto à incidência de correção monetária e juros de mora. Lei n.

8.177/91. Cômputo de juros de 1% ao mês *pro rata die* e correção monetária. Data do efetivo pagamento é a oportunidade em que o numerário se torna efetivamente disponível ao trabalhador. Depósito para garantia de embargos não tem natureza de satisfação do crédito. Obrigação do devedor de responder por diferenças daí decorrentes. TRT/SP 15ª Região 2046-1999-120-15-85-0 - Ac. 7ª Câmara 55.420/05-PATR. Rel. Andrea Guelfi Cunha. DOE 18.11.05, p. 69.

#### 17 - DANO MORAL. INDENIZAÇÃO. EMPRÉSTIMO BANCÁRIO. SERASA

Plenamente cabível a condenação da reclamada no pagamento de uma indenização por dano moral, em razão de ter esta determinado que seus empregados contratassem um empréstimo bancário em nome próprio, para recebimento dos valores a título de salários por ela devidos e, como se não bastasse isso, ter deixado de quitá-los junto à instituição financeira na data do vencimento, gerando uma série de contratemplos ao reclamante, inclusive a inserção do seu nome no SERASA. Tal prática deve ser coibida, sob pena de se permitir que a empregadora passe a transferir para seus trabalhadores os ônus do seu negócio, e ainda prejudique aqueles que empreenderam suas forças de trabalho para que ela alcançasse seus objetivos comerciais. TRT/SP 15ª Região 1612-2004-075-15-00-2 - Ac. 10ª Câmara 43.756/05-PATR. Rel. Elency Pereira Neves. DOE 9.9.05, p. 59.

#### 18 - DANOS MORAIS

O direito patronal ao despedimento imotivado, ainda que potestativo, não é absoluto e tem de ser exercido nos limites éticos, morais e jurídicos que se exigem de todos os demais direitos exercíveis em um Estado Democrático de Direito (art. 1º *caput* da Lei Maior). Evidentemente, não parece justo nem razoável que se ignore a dor interna sofrida pelo trabalhador imotivadamente despedido e que, enquanto pai de família, tem de zelar pela sobrevivência própria e dos que dele dependem, o que seguramente lhe causa angústia, tristeza e não

raramente desespero e sofrimento. Contudo, tal lesão pessoal - indiscutivelmente sofrida pelo reclamante ao ser despedido injustamente - é idêntica àquela que atinge diariamente a todos os outros milhares de empregados que perdem seus empregos em nosso país, e tal *dor interna*, embora existente, não pode ser tida por injusta, ao menos a princípio, uma vez que não decorre de conduta ilícita do empregador, mas sim, do malfadado e regular exercício do direito potestativo à rescisão contratual desmotivada, nos termos do inciso I do art. 7º da Lei Maior. Entendo que o fato de o reclamante e um colega de trabalho seu terem sido, ambos, os únicos despedidos imotivadamente, quando eram os únicos na empresa que moviam ação em face do sindicato profissional e que não gozavam de qualquer estabilidade, isso poucas semanas após serem *aconselhados* pela reclamada a desistirem da ação ajuizada em face do sindicato reivindicando a nulidade do estatuto e o cancelamento das eleições sindicais, sem que se extraia da contestação ofertada pela empresa qualquer outra justificativa para a despedida imotivada e súbita do obreiro, senão o malfadado uso do direito patronal potestativo à rescisão imotivada do contrato, evidencia, por certo, ato ilícito do empregador. Presentes todos os requisitos para a reparação civil (ação ou omissão; culpa ou dolo, relação de causalidade entre conduta e resultado danoso e o dano injusto sofrido pela vítima) o deferimento da indenização a título de danos morais se faz medida de rigor. TRT/SP 15ª Região 2642-2003-044-15-00-7 - Ac. 11ª Câmara 42.480/05-PATR. Rel. Fany Fajerstein. DOE 9.9.05, p. 68.

#### 19 - DANOS MORAIS. EXPOSIÇÃO DO TRABALHADOR À SITUAÇÃO VEXATÓRIA

Incorre no dever de reparar danos morais a empresa que, na vigência do contrato de trabalho, expõe o empregado a situações vexatórias, ainda que denominadas de *brincadeiras*, como é o caso de obrigá-lo a ves-

tir, quando não atinge a meta de vendas estipulada, o colete do *mico*, calcinha vermelha ou fantasia de frango sobre a cabeça ou, ainda, a atravessar o *corredor polônês* enquanto é agredido com atos obscenos pelos colegas de trabalho. TRT/SP 15ª Região 939-2004-004-15-00-0 - Ac. 5ª Câmara 44.114/05-PATR. Rel. Marcelo Magalhães Rufino. DOE 16.9.05, p. 29.

#### 20 - DIREITO DO TRABALHO. ENQUADRAMENTO SINDICAL. ATIVIDADE ECONÔMICA

A CF de 1988 trouxe, como consequência, maior dificuldade ao intérprete da lei na análise do correto enquadramento sindical, face à ampliação da liberdade sindical, sendo vedada ao Poder Público a interferência e intervenção na organização sindical, proliferando, com isso, sindicatos sob as mais variadas classificações de atividades, não sendo dado ao Estado o poder de fixar quaisquer parâmetros para a classificação. Assim, muito embora determinada atividade econômica comporte a primeira impressão de enquadramento puro e simples como tal, faz-se mister examinar, em observância ao princípio da primazia da realidade, a atividade exercida e se o objetivo não significa uma intenção de burla a direitos trabalhistas. No dizer de Oscar Barreto Prado, citado por Maria Helena Diniz, estabelecimento comercial é o "complexo de bens, materiais e imateriais, que constituem o instrumento utilizado pelo comerciante para a exploração de determinada atividade mercantil" (*In Dicionário Jurídico*, autora citada, Editora Saraiva, vol. 2, p. 397). A par da expressão *prestação de serviços* consignada no contrato social, em verdade, a Reclamada fabrica produtos plásticos e, portanto, seu enquadramento somente pode ser na categoria econômica da indústria de material plástico e seus empregados na categoria profissional correspondente, como pretende a inicial. Recurso a que se dá provimento. TRT/SP 15ª Região 466-2004-038-15-00-8 - Ac. 3ª Câmara 60.513/05-PATR. Rel. Luciane Storel da Silva. DOE 12.12.05, p. 9.

**21 - DIREITO DO TRABALHO. JORNADA DE TRABALHO SEMANAL MÓVEL E VARIÁVEL AJUSTADA COM ANTECEDÊNCIA DE DEZ (10) DIAS. REMUNERAÇÃO POR UNIDADE DE TEMPO. TRANSFERÊNCIA AO EMPREGADO DOS RISCOS DA ATIVIDADE ECONÔMICA. ILEGALIDADE**

Nula é a estipulação contratual que impõe ao empregado o cumprimento de jornada semanal de no mínimo oito e no máximo quarenta e quatro horas, em *escala móvel e variável*, da qual o obreiro somente tomará conhecimento com dez dias de antecedência, com pagamento de salários por unidade de tempo, visto que ofende princípios básicos de proteção ao trabalhador. O sistema é nefasto, na medida em que impossibilita o contratado de se auto-organizar social e financeiramente. Não há a certeza da jornada que irá cumprir e o quanto irá perceber. Impõe ao empregado manter-se à disposição do empregador durante a totalidade das horas semanais (44), mas este remunerará somente as efetivamente trabalhadas, implicando ilegal transferência dos riscos da atividade econômica. Constitui modo sutil de o empregador fugir ao cumprimento do mínimo legal ou piso da categoria profissional, sem que o empregado tenha a perspectiva de complementar sua renda, buscando, talvez, outra atividade profissional. Incidência do art. 9º da CLT. Recurso ordinário a que se dá provimento para acolher o pedido de diferenças salariais. TRT/SP 15ª Região 1825-2004-113-15-00-6 - Ac. 3ª Câmara 52.615/05-PATR. Rel. Luiz José Dezena da Silva. DOE 4.11.05, p. 76.

**22 - DIREITOS INDIVIDUAIS. DE CUNHO SUPRALEGAL. SUPRESSÃO OU REDUÇÃO PELA VIA DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA. POSSIBILIDADE**

O adicional por tempo de serviço, por consubstanciar parcela não inserida no âmbito da legislação estatal, pode ter sua existência e/ou seus parâmetros disciplinados por normas coletivas, ainda quando sejam estas a ele posteriores. Exegese dos arts. 7º, inciso XXVI, da CF, e 444, 619 e 622 da CLT. Recurso conhecido e desprovido. TRT/SP

15ª Região 788-2004-095-15-00-1 - Ac. 4ª Câmara 46.221/05-PATR. Rel. Manoel Carlos Toledo Filho. DOE 23.9.05, p. 66.

**23 - EMPREGADA DOMÉSTICA. SALÁRIO-MATERNIDADE. INDENIZAÇÃO SUBSTITUTIVA**

Em princípio, é do INSS a obrigação de arcar com o pagamento do salário-maternidade à empregada doméstica; todavia, se a extinção do contrato de trabalho inviabiliza a obtenção do benefício perante o órgão previdenciário, consoante se infere do disposto no art. 97 do Decreto n. 3.048/99, que estabelece, como requisito essencial ao direito, a vigência do pacto laboral, cabe ao empregador, que obistou o seu direito ao recebimento do citado benefício, a obrigação de pagar indenização substitutiva, com base do parágrafo único do art. 927 do CC. TRT/SP 15ª Região 1841-2004-096-15-00-8 - Ac. 12ª Câmara 56.828/05-PATR. Rel. Susana Graciela Santiso. DOE 18.11.05, p. 96.

**24 - EMPREGADO DOMÉSTICO. CASEIRO. TRANSMUDAÇÃO PARA RURÍCOLA. IMPOSSIBILIDADE. DESCARACTERIZAÇÃO DA ATIVIDADE RURAL**

Caseiro que trabalha em chácara, a qual não se destina à exploração de atividade econômica, mas ao lazer, não autoriza o enquadramento do trabalhador como rurícola. Somente caracterizaria a atividade rural a comercialização de animais e produtos agrícolas com objetivos empresariais, visando lucro. Não há prova neste sentido. Exploração de atividade econômica afigura-se como condição *sine qua non* à configuração como empregado rural. Recurso a que se nega provimento. TRT/SP 15ª Região 509-2005-041-15-00-9 - Ac. 5ª Câmara 59.933/05-PATR. Rel. Helena Rosa Mônaco da Silva Lins Coelho. DOE 12.12.05, p. 24.

**25 - ENTIDADES FILANTRÓPICAS. RESPONSABILIDADE PELA CORREÇÃO DO FGTS DECORRENTE DA APLICAÇÃO DA LC N. 110/01**

As entidades filantrópicas que não depositaram o FGTS de seus empregados na rede

bancária, utilizando a prerrogativa do Decreto-Lei n. 194/67, são as gestoras dessas contas e respondem pelas diferenças de correção monetária decorrentes da aplicação da LC n. 110/01. TRT/SP 15ª Região 1168-2003-062-15-00-8 - Ac. 2ª Câmara 29.287/05-PATR. Rel. Antonio Miguel Pereira. DOE 1º.7.05, p. 10.

#### 26 - ESTABILIDADE. POR ACIDENTE DE TRABALHO. ENCERRAMENTO DAS ATIVIDADES EMPRESARIAIS. CONSEQUÊNCIAS

As garantias de emprego deferidas pela Constituição ou pela legislação inferior podem ser divididas quanto à finalidade, repartindo-se as de cunho social ou comunitário das de cunho personalíssimo, vinculadas diretamente à saúde do trabalhador. No primeiro caso, a estabilidade garantida pela norma jurídica objetiva proteger interesses coletivos da categoria da qual faz parte o empregado. Já quanto aos casos de origem personalíssima, a finalidade da norma é a proteção do próprio trabalhador. No segundo caso é pertinente a indenização do período de estabilidade, ainda que a empresa tenha encerrado suas atividades no sítio onde atuara o empregado. TRT/SP 15ª Região 2017-2001-020-15-00-3 - Ac. 2ª Câmara 50.479/05-PATR. Rel. Regina Dirce Gago de Faria Monegatto. DOE 21.10.05, p. 34.

#### 27 - ESTABILIDADE PROVISÓRIA. DOENÇA PROFISSIONAL. CONFIGURAÇÃO. AFASTAMENTO PREVIDENCIÁRIO. DESNECESSIDADE

A necessidade absoluta do afastamento previdenciário, como requisito essencial para a configuração da doença profissional ou do trabalho, em casos em que não se revista da imprevisão e violência de uma lesão típica de acidente do trabalho propriamente dito, mas que seja possível ao empregado conviver com o incômodo e a dor suportável, não raro por temor ao desemprego e pelas dificuldades encontradas por quem procura o órgão previdenciário, deve ser repudiada pelo senso comum. Nexa de causalidade entre a doença diagnosticada e as atividades desen-

volvidas pela obreira, devidamente demonstrado pela prova pericial. A simples dispensa, sem antes se propiciar a percepção de auxílio-doença, inequivocamente de direito, caracteriza a clara intenção da empregadora, de obstar a incidência da garantia prevista no art. 118 da Lei n. 8.213/91, impondo-se, neste caso, a declaração de ilicitude do ato de desligamento e do direito à estabilidade no emprego, com o pagamento dos salários e demais vantagens decorrentes. TRT/SP 15ª Região 081-2003-099-15-00-0 - Ac. 1ª Câmara 44.640/05-PATR. Rel. Claudinei Sapata Marques. DOE 16.9.05, p. 22.

#### 28 - EXTINÇÃO DO ESTABELECIMENTO. POR MOTIVO DE DESPEJO. GARANTIA DE EMPREGO POR ACIDENTE DO TRABALHO. DEVIDA INDENIZAÇÃO AO EMPREGADO

O fechamento do estabelecimento empresarial por motivo de despejo não exclui o empregado da proteção que lhe confere o art. 118 da Lei n. 8.213/91, pois a norma visa à recuperação da saúde do trabalhador, sem perder de vista sua maior dificuldade em recolocar-se no mercado de trabalho. Impossibilitada a reintegração, o reclamante faz jus à indenização correspondente aos salários e demais vantagens contratuais do período entre o despedimento e o término da garantia provisória de emprego. TRT/SP 15ª Região 057-2004-114-15-00-0 - Ac. 2ª Câmara 56.383/05-PATR. Rel. Thelma Helena Monteiro de Toledo Vieira. DOE 18.11.05, p. 41.

#### 29 - FRANQUIA. E RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA

O Sistema de *Franchising* compreende a distribuição de produtos combinada com uma prestação de serviços, variável de acordo com o avençado pelas partes envolvidas. Não se confunde com contrato de fornecimento, pois o fornecedor não é obrigado a prestar assistência técnica, mas o franqueador sim. É um contrato bilateral, consensual, oneroso, de execução continuada e atípico, pois não está regulado por lei específica, abrangendo enorme campo de

atuação (serviços, idéias, marcas, equipamentos). O consumidor, ao se utilizar dos produtos ou serviços oferecidos pelo franqueado, está optando pelo sucesso de uma marca e esperando o mesmo tratamento e qualidade oferecidos pelo franqueador. Os estudiosos a respeito da matéria distinguem, em nível de competência, a competência transferida: a) franquia de marca e produto, com utilização de canal alternativo de distribuição; b) franquia de marca e produto, com utilização de canal exclusivo de distribuição; c) franquia de conversão, ou seja, utiliza-se de negócios já existentes em franquias de determinada marca; d) franquia de formato de negócio. Trata-se, na realidade, de contrato mercantil, regulado pela Lei n. 8.955/94, em que o franqueador fornece a *circular de oferta de franquia*, mas não se responsabiliza pela administração, que cabe ao franqueado. Não se confunde com responsabilidade subsidiária. Adotar-se posicionamento diverso é subverter o instituto, inviabilizando a aplicação do sistema de franquia na atividade econômica de nosso país. TRT/SP 15ª Região 131-2004-095-15-00-4 - Ac. 11ª Câmara 45.017/05-PATR. Rel. Nora Magnólia Costa Rotondaro. DOE 16.9.05, p. 58.

### 30 - GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. COMUNICAÇÃO DO EMPREGADOR. DESNECESSIDADE

Consoante a teoria da responsabilidade objetiva do empregador, basta a confirmação da gravidez para a empregada, com a demonstração do estado gravídico da reclamante no período de vigência do contrato de trabalho, para assegurar o direito à estabilidade prevista no art. 10, II, "b", do ADCT da CF/88, pois o intuito do legislador constituinte foi, essencialmente, proteger os direitos do nascituro. Aplicação do entendimento firmado na Súmula n. 244, I, do C. TST. TRT/SP 15ª Região 2564-2003-109-15-00-1 - Ac. 8ª Câmara 36.820/05-PATR. Rel. Irene Araium Luz. DOE 12.8.05, p. 48.

### 31 - GUELTA. CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA

Gueltas são valores pagos habitualmente aos empregados de determinada empresa pelos

fabricantes dos produtos por ela vendidos. Conquanto se trate de valores pagos por terceiro, como as gorjetas, têm natureza salarial, pois decorrem da prestação dos serviços. TRT/SP 15ª Região 193-2003-032-15-00-2 - Ac. 4ª Câmara 56.785/05-PATR. Rel. Maria Inês Corrêa de Cerqueira César Targa. DOE 18.11.05, p. 58.

### 32 - INDENIZAÇÃO. POR DANO MORAL. FIXAÇÃO DO QUANTUM DEVIDO

Sem sombra de dúvida ficou caracterizado o dano moral, merecendo ser indenizado pela lesão do seu patrimônio moral, consistente nos sofrimentos impostos pela reclamada, quando optou por prejudicar-lhe, efetuando uma denúncia desfundamentada. Difícil é arbitrar o valor da indenização. Doutrinadores dizem que se deve acautelar-se ao fixar o valor indenizatório para que não haja ganho fácil. Outros dizem para não tomar como base o tempo de serviço do trabalhador ofendido, porque não se pode atribuir valores diferentes pelos danos morais idênticos praticados contra a honorabilidade de dois ou mais trabalhadores apenas pelo tempo diferente de trabalho. Mas deixa-me mais tranqüilo ao deparar com a Súmula de n. 37, do STJ, que consolidou: "são cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato." Entendo que em todo o dano moral está implícito o dano material, isto porque quando a pessoa está deprimida o seu rendimento intelectual está afetado e há prejuízo de ordem econômica, o mesmo acontecendo quando está desempregada pela divulgação de fato desonroso, como no caso *sub judice*. De toda sorte, ao arbitrar indenização por danos morais, não se pode deixar de considerar as condições de quem necessita e de quem se exige, para que não se cometam absurdos. Assim entendo por bem ratificar o valor da indenização fixada em R\$10.000,00, pois justa e razoável e bastante ponderada pelo MM. Juízo de Primeiro Grau, acrescida de juros de mora e correção monetária, também na forma que consta da r. sentença recorrida. TRT/SP 15ª

Região 799-2004-044-15-00-9 - Ac. 6ª Câmara 31.627/05-PATR. Rel. Luiz Carlos de Araújo. DOE 8.7.05, p. 30.

### 33 - INTERVALO INTRAJORNADA. DURAÇÃO. CONFORMIDADE COM A CARGA HORÁRIA EFETIVA

O art. 71 da CLT determina o descanso na proporção mínima de uma hora em razão de "qualquer trabalho contínuo que exceda de seis horas diárias", e não conforme a jornada prevista em lei ou contrato. Assim, sendo a jornada efetiva superior àquele limite, o repouso deve durar o previsto no *caput* de tal artigo. TRT/SP 15ª Região 270-2002-014-15-00-1 - Ac. 3ª Câmara 31.307/05-PATR. Rel. Ricardo Regis Laraia. DOE 8.7.05, p. 17.

### 34 - INTERVENÇÃO. DO PODER PÚBLICO MUNICIPAL. SUCESSÃO. RESPONSABILIDADE. SOLIDARIEDADE. SUBSIDIARIEDADE. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. RISCO ADMINISTRATIVO

A intervenção do Poder Público, consistente no apoderamento de bens e serviços por meio de requisição, a qual não se confunde com desapropriação, para garantia da continuidade da prestação de serviços médico-hospitalares à população, consoante arts. 196 a 200 da atual CF, não configura sucessão trabalhista, nos termos dos arts. 10 e 448 da CLT, na medida em que, saneadas as irregularidades e restabelecida a normalidade e, em consequência, cessada a causa que deu origem à intervenção, as atividades são restituídas aos legítimos responsáveis e, muito menos, em responsabilidade solidária do Poder Público, uma vez que a solidariedade resulta da lei ou do contrato e, tampouco, em responsabilidade subsidiária, já que esta emerge da terceirização lícita, que não é a hipótese. A questão, *data venia*, é outra, pois o cerne da controvérsia diz respeito à responsabilidade civil da Administração Pública, sendo inquestionável que o § 6º do art. 37 da atual CF, ao enunciar que as pessoas jurídicas de Direito Público e as de

Direito Privado, prestadoras de serviços públicos, responderão pelos danos causados por seus agentes que, nessa qualidade, causaram a terceiros, abandonou a teoria subjetiva da culpa, adotando a teoria da responsabilidade objetiva, sob a modalidade do risco administrativo e tornando indiscutível, no caso, que o Município de Itapetininga é responsável pelos atos praticados pelo interventor nomeado e, é claro, durante todo o período dessa intervenção. Remessa oficial não conhecida. Recurso voluntário do Município conhecido e parcialmente provido. TRT/SP 15ª Região 1369-2003-041-15-00-4 - Ac. 3ª Câmara 45.006/05-PATR. Rel. Samuel Corrêa Leite. DOE 16.9.05, p. 28.

### 35 - JUSTA CAUSA. ABSOLVIÇÃO NO ÂMBITO PENAL POR FALTA OU INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. VINCULAÇÃO. COISA JULGADA. EFEITOS

De acordo com as regras que regem o Direito Processual como um todo, decisão transitada em julgado e proferida por Juízo Criminal em que a pessoa do trabalhador (réu) é absolvida em virtude da falta de provas ou de sua insuficiência - CPP, art. 386, incisos II e VI - não é capaz de gerar efeitos de vinculação no âmbito trabalhista, justamente por não haver a efetiva declaração de inexistência do ato tido por ilícito. Trocando em miúdos, essa vinculação só ocorrerá quando a decisão no Foro Criminal declarar a improcedência da ação penal (e consequente absolvição do réu) por inexistência ou desconstituição do fato, ou ainda naquelas hipóteses descritas no art. 65 do CPP. Assim sendo, nada impede que o Juízo Trabalhista, ainda que ciente do resultado dessa decisão, venha rever e interpretar de modo diverso aquelas mesmas provas produzidas nos autos da ação penal, e que fazem referência à materialidade de suposto ato ilícito e antijurídico, justificador da justa causa aplicada pelo ex-empregador (vítima). TRT/SP 15ª Região 105-2003-100-15-00-6 - Ac. 9ª Câmara 41.827/05-PATR. Rel. Gerson Lacerda Pistori. DOE 2.9.05, p. 87.

**36 - MANDADO DE SEGURANÇA. ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA DIRIGENTE SINDICAL. ILEGALIDADE. CONCESSÃO DA SEGURANÇA REQUERIDA**

Decisão que concede, em sede de reclamatória trabalhista, antecipação dos efeitos da tutela vindicada, a fim de determinar reintegração de trabalhador que foi indicado como suplente de delegado de federação, resulta afrontosa ao teor dos arts. 522, 523 e 543, §§ 3º e 4º da CLT, uma vez que a ocupação de tal cargo, por expressa previsão legal, não decorre de eleição pela categoria profissional, mas sim de mera designação pela diretoria sindical. Em desrespeito aos termos dos arts. 522 e 543, § 3º da CLT, também é a reintegração pautada em eleição do trabalhador, em 17º lugar, para composição de diretoria administrativa de federação. Por fim, sem qualquer supedâneo legal, e, portanto, em ataque ao teor do inciso II do art. 5º da CF, reconhecimento de estabilidade decorrente de propalada eleição para ocupar cargo diretivo em relação a base territorial diversa daquela em que existiu a relação de emprego entre a impetrante e o litisconsorte. TRT/SP 15ª Região 615-2005-000-15-00-7 - Ac. 1ª SDI 540/05-PDII. Rel. Desig. Luiz Roberto Nunes. DOE 16.9.05, p. 2.

**37 - MANDADO DE SEGURANÇA. CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. ALVARÁ JUDICIAL PARA PAGAMENTO DE SEGURO DESEMPREGO, NÃO AUTORIZADO PELO MINISTÉRIO DO TRABALHO. ATO ILEGAL, VIOLADOR DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO DA IMPETRANTE**

Considerando que, nos termos da Lei n. 7.998, de 11.01.90, que regula o Programa do Seguro-Desemprego, previsto no art. 7º, II, da CF, e institui o Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT), vinculado ao Ministério do Trabalho, e da legislação complementar, compete ao CODEFAT e ao Ministério do Trabalho estabelecer os procedimentos necessários ao recebimento do citado benefi-

cio e autorizar o seu pagamento, bem como compete à impetrante, como banco oficial, o pagamento do seguro-desemprego conforme normas a serem definidas pelos gestores do FAT (art. 15), afigura-se ilegal e abusiva a determinação de cumprimento imediato de alvará judicial para levantamento do seguro desemprego, dirigida à impetrante, e não ao órgão oficial legitimado para tanto, o qual, inclusive, recusou-se a cumprir a mesma ordem a ele inicialmente dirigida, como restou incontroverso nos autos. Por conseguinte, não estando a impetrante legalmente obrigada a cumprir referida ordem. Segurança concedida. TRT/SP 15ª Região 1346-2005-000-15-00-6 - Ac. 1ª SDI 668/05-PDII. Rel. Samuel Corrêa Leite. DOE 25.11.05, p. 3.

**38 - MULTA DE 40% SOBRE EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. AUSÊNCIA DE PROVA DO RECEBIMENTO DO PRINCIPAL. DOCUMENTO ESSENCIAL. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM APRECIÇÃO DO MÉRITO**

Detectada a falta de prova essencial ao conhecimento do pedido deduzido pelo autor, não autoriza, *data venia*, decisão de mérito, posto que não tem o Juiz fundamento para ditar procedência ou improcedência da pretensão, a qual deve fundar em convencimento apoiado em solo rígido, formado por fatos, provas e fundamento legal (inteligência do art. 130, do CPC). A ausência da prova não pode ser relegada a mera discussão de valor à fase de liquidação, trata-se de elemento imprescindível ao conhecimento do pedido, que dele é acessório. A multa de 40% só existirá se, e somente se, o trabalhador comprovar o recebimento do valor principal - a correção -, de forma que, ausente tal condição, é caso de extinção do processo, sem apreciação do mérito, cuja apreciação restou prejudicada pela ausência de demonstração de interesse do autor à demanda por ele instaurada. TRT/SP 15ª Região 1214-2003-016-15-00-8 - Ac. 9ª Câmara 33.335/05-PATR. Rel. Dagoberto Nishina de Azevedo DOE 22.7.05, p. 35.

### 39 - NEGOCIAÇÃO COLETIVA. DE PARTICIPAÇÃO NOS RESULTADOS DEVE RESPEITAR O PRINCÍPIO DA ISONOMIA (ART. 5º, CF)

Se os safristas têm direito à participação proporcional nos resultados da empresa, aqueles que laboram na safra e entressafra também o possuem. Se os admitidos durante a vigência do acordo laboram apenas 10 meses no exercício de apuração dos resultados têm direito à participação proporcional, o reclamante, admitido bem antes da norma coletiva e que laborou por 10 meses em 2002, também possui idêntico direito à participação proporcional. TRT/SP 15ª Região 050-2003-079-15-00-4 - Ac. 8ª Câmara 62.129/05-PATR. Rel. Flavio Allegretti de Campos Cooper. DOE 19.12.05, p. 62.

### 40 - NEGOCIAÇÃO COLETIVA. EFICÁCIA NORMATIVA

Em nosso sistema jurídico a simples negociação coletiva não detém eficácia normativa, sendo necessário para tanto que exista um acordo ou convenção coletiva, (inteligência dos incisos XIV e XXVI do art. 7º da CF/88 em face do princípio da unidade da Constituição). TRT/SP 15ª Região 220-2004-096-15-00-7 - Ac. 2ª Câmara 52.820/05-PATR. Rel. Tereza Aparecida Asta Gemignani. DOE 4.11.05, p. 64.

### 41 - PASTOR EVANGÉLICO. MINISTRO DE CONFISSÃO RELIGIOSA. SACERDÓCIO OU EMPREGO? RELAÇÃO DE EMPREGO INEXISTENTE

Ministro de confissão religiosa não presta serviços para a denominação, mas, como autêntico intermediário entre o sacro e o profano, exerce o seu sacerdócio por intermédio dela, o que afasta os requisitos da alteridade e subordinação. Não ganha almas para a denominação, mas para Deus. Não é meio de subir na vida, mas, em decorrência dos votos prestados, abnegação de vida em prol da Vida Eterna, própria e dos fiéis. Assim, o verdadeiro ministro não trabalha para a denominação, mas para Deus, sendo a hierarquia eclesialística da instituição mero ins-

trumento para otimizar a divulgação do Evangelho. Não se pode esquecer ainda que o verdadeiro ministro, que deve viver de forma digna com os valores pagos pela denominação, não exerce o seu ministério em troca de um salário, sob pena de, em pele de cordeiro, se transformar num execrável mercador da fé cristã. Relação de emprego não reconhecida, pois não foram preenchidos os requisitos do art. 3º da CLT. TRT/SP 15ª Região 2526-2003-032-15-00-8 - Ac. 6ª Câmara 45.529/05-PATR. Rel. Samuel Hugo Lima. DOE 16.9.05, p. 44.

### 42 - PERÍCIA. AFERIÇÃO DE DOENÇA PROFISSIONAL. FISIOTERAPEUTA. INVALIDADE

No Processo do Trabalho, a perícia para apuração de doença profissional deve ser realizada, preferencialmente, por Médico do Trabalho, por aplicação do art. 195, *caput*, da CLT, e, onde não houver, por médico regularmente inscrito no órgão de classe, aplicando-se o art. 146, § 3º, do CPC. O profissional de fisioterapia não detém habilitação para realização de perícia com o objetivo de constatar doença profissional de LER/DORT e o respectivonexo causal, pois esta profissão detém habilitação privativa para executar métodos e técnicas fisioterápicos com a finalidade de restaurar, desenvolver e conservar a capacidade física do paciente (art. 3º do Decreto-Lei n. 938, de 13.10.69). TRT/SP 15ª Região 948-2003-073-15-00-4 - Ac. 1ª Câmara 44.522/05-PATR. Rel. João Batista da Silva. DOE 16.9.05, p. 19.

### 43 - PRESCRIÇÃO. INTERRUPTÃO PELO AJUIZAMENTO DE AÇÃO TRABALHISTA QUE FOI, POSTERIORMENTE, ARQUIVADA

A interrupção da prescrição trabalhista preserva as parcelas anteriores a cinco anos contados do ajuizamento da primeira ação trabalhista. Assim, para declarar prescritas as parcelas do contrato de trabalho, deverá o juiz observar a data do ajuizamento da ação que foi arquivada, sob pena de admitir-se que a prescrição interrompida continuou gerando efeitos quanto às parcelas

devidas. TRT/SP 15ª Região 598-2003-061-15-00-6 - Ac. 4ª Câmara 54.196/05-PATR. Rel. Renato Henry Sant'Anna. DOE 4.11.05, p. 80.

#### 44 - PRESCRIÇÃO. RENÚNCIA. PRÁTICA DE ATOS INCOMPATÍVEIS

Considera-se renúncia à prescrição quando o Município pratica atos incompatíveis com a prescrição, pois no caso em tela o Município fez acordo com a CEF, nele incluiu a reclamante como sua beneficiária, não podendo em segunda instância invocar o instituto da prescrição na forma do art. 191 do CC consoante transcrevo: "A renúncia da prescrição pode ser expressa ou tácita, e só valerá, sendo feita, em prejuízo de terceiro depois que a prescrição se consumar; tácita é a renúncia quando se presume de fatos do interessado, incompatíveis com a prescrição." TRT/SP 15ª Região 1044-2004-052-15-00-6 - Ac. 12ª Câmara 62.593/05-PATR. Rel. Keila Nogueira Silva. DOE 19.12.05, p. 95.

#### 45 - RELAÇÃO DE TRABALHO. SERVIÇOS DE CORRETAGEM. COMPETÊNCIA DESTA JUSTIÇA ESPECIALIZADA

O contrato de corretagem, ainda que conduza ao resultado visado (aquisição do bem imóvel), está atrelado ao serviço de *intermediação* prestado pelo corretor, caracterizando, pois, a relação de trabalho, razão pela qual se revela patente a competência material da Justiça do Trabalho (art. 114, I, da CF/88), o que não se confunde com a relação de consumo em sentido estrito, a qual não se inclui no âmbito da competência desta Especializada, vez que possui como objeto o produto ou o serviço consumível, tendo em mira a defesa de direitos do cidadão na condição de consumidor, nos termos da Lei n. 8.078/90. TRT/SP 15ª Região 567-2005-032-15-00-1 - Ac. 8ª Câmara 58.303/05-PATR. Rel. Irene Araium Luz. DOE 2.12.05, p. 84.

#### 46 - SEGURO-DESEMPREGO. HABILITAÇÃO. INDENIZAÇÃO. CONVER-

#### SÃO. SUBSTITUIÇÃO POR MULTA DIÁRIA. IMPOSSIBILIDADE

A habilitação ao seguro-desemprego pode ser feita mediante a simples "apresentação da sentença judicial transitada em julgado, acórdão ou certidão judicial, onde conste os dados do trabalhador, da empresa e se o motivo da demissão foi sem justa causa" (art. 4º, inciso IV, das Resoluções CODEFAT n. 252, de 4.10.00, e n. 392, de 8.06.04), de modo que a conversão da obrigação de entrega de guias em indenização substitutiva do seguro desemprego não pode mais ser autorizada. Nesse particular, a tese da OJ n. 211 da SDI-I (hoje, Súmula n. 389-II), do C. TST, está superada pela alteração das normas que regem o benefício em questão. Do mesmo modo, não é legítimo o estabelecimento de multa diária, em caso de descumprimento de prazo para o fornecimento de guias para habilitação respectiva, exatamente porque o único documento que autoriza o pagamento do seguro desemprego é a "apresentação da sentença judicial transitada em julgado, acórdão ou certidão judicial, onde conste os dados do trabalhador, da empresa e se o motivo da demissão foi sem justa causa". TRT/SP 15ª Região 1083-2002-080-15-00-0 - Ac. 4ª Câmara 37.236/05-PATR. Rel. Paulo de Tarso Salomão. DOE 12.8.05, p. 40.

#### 47 - TRABALHO AVULSO. IRREGULARIDADE

Considerando-se as peculiaridades do trabalho avulso, este não se coaduna com a prestação de serviços de longa duração relacionados com a atividade-fim do tomador, em especial quando este é único e o labor se estende por período incompatível com a eventualidade exigida para esse tipo de contratação. Em casos tais, impõe-se o reconhecimento da nulidade da intermediação feita pelo sindicato, estabelecendo-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador de serviços. TRT/SP 15ª Região 6012004-074-15-00-9 - Ac. 9ª Câmara 56.107/05-PATR. Rel. Nildemar da Silva Ramos. DOE 18.11.05, p. 86.



## DIREITO PROCESSUAL

### 01 - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. POR DANOS MORAIS E MATERIAIS DECORRENTES DE ACIDENTE DE TRABALHO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO

A EC n. 45, de 8.12.04, que reformulou a redação do art. 114 da Carta Política de 1988, é clara ao fixar que compete à Justiça do Trabalho processar e julgar as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho (inciso VI), donde conclui-se estar definitivamente sepultada a antiga divergência jurisprudencial que assolava as nossas Cortes Superiores a respeito do critério preponderante de fixação da competência material, se assentado na natureza jurídica da causa de pedir ou na relação jurídica havida entre os litigantes. A dicção do art. 109, inciso I, da Constituição da República, também não altera a premissa retroadotada. Quando o texto constitucional elenca dentre as causas expressamente excluídas da competência da Justiça Federal de primeiro grau as relativas a acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça do Trabalho faz clara menção, no tocante às primeiras, àquelas ações acidentárias em que tomam parte, de um lado, o segurado obrigatório da Previdência Social e, de outro, o órgão gestor dos benefícios, e não propriamente às demandas entre trabalhadores e tomadores de serviço que objetivam reparação mais ampla fundada em norma de

direito civil. Tal conclusão vem lastreada no fato de que a competência da Justiça Federal é, regra geral, fixada *ratione personae*, razão por que as exceções estabelecidas seguem igual critério, ou seja, afastam as causas acidentárias em que tome parte o INSS e as reclamações trabalhistas em que tomem parte a União, entidade autárquica ou empresa pública federal. Recurso Ordinário a que se dá provimento. TRT/SP 15ª Região 387-2003-026-15-00-6 - Ac. 10ª Câmara 29.785/05-PATR. Rel. Marcos da Silva Pôrto. DOE 1º.7.05, p. 35.

### 02 - AÇÃO RESCISÓRIA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. IRRELEVÂNCIA

Por se tratar a rescisória de uma ação autônoma, que instaura uma nova relação jurídica processual e que, muitas vezes, baseia-se em motivos diversos daqueles que foram suscitados e debatidos nos autos do processo que deu origem à decisão rescindenda, não há que se falar em prequestionamento como requisito. Impor esse prévio questionar representa submeter a ação rescisória à inadequada disciplina característica do recurso extraordinário, ou os meios de impugnação às resoluções jurisdicionais que possuam semelhante natureza, como é o recurso de revista, nos domínios do processo do trabalho. Ademais, o STF já decidiu que não se aplica à ação rescisória a neces-

sidade de prequestionamento da matéria em relação à sentença ou acórdão rescindendo (STF pleno, RE 89.754-4-SP, j. 28.2.80, Min. Cordeiro Guerra, DJ 27.08.81, p. 2535; Embs. 732-8-r. julgado, j. 28.2.80, Min. Soares Muñoz, RTJ 99/17). **AÇÃO RESCISÓRIA. DIFERENÇAS SALARIAIS EXISTENTES ENTRE OS REAJUSTES PREVISTOS NA LEGISLAÇÃO FEDERAL E AQUELES CONCEDIDOS PELA MUNICIPALIDADE. PORTARIA DE POLÍTICA SALARIAL N. 42/92. BASE DE CÁLCULO PARA A INCIDÊNCIA DO REAJUSTE NELA PREVISTO: O SALÁRIO DO MÊS DE SETEMBRO DE 1991, COM A DEDUÇÃO DA ANTECIPAÇÃO CONCEDIDA PELA PORTARIA N. 907/91, OU O SALÁRIO DO MÊS DE AGOSTO DESSE MESMO ANO, SOB PENA DE LOCUPLETAMENTO ILÍCITO. VIOLAÇÃO À LEI. NÃO OCORRÊNCIA.** A base salarial a ser considerada para que haja a incidência do reajuste previsto na Portaria de Política Salarial n. 42/92 (119.82342%) corresponde ou ao salário do mês de setembro de 1991 - com a dedução da antecipação concedida pela Portaria n. 907/91 -, ou ao salário do mês de agosto desse mesmo ano, ou seja, o reajuste deverá incidir sobre o montante de Cr\$130.290,44, sob pena de ocorrência do locupletamento ilícito. Aliás, não é crível o pedido de simultaneidade de antecipação com reajuste salarial, haja vista o princípio do *non bis in idem*. Esta, inclusive, é a iterativa jurisprudência do TST no sentido da inviabilidade do pedido de concomitância desses dois mecanismos, incidindo na hipótese a Súmula n. 333 dessa Egrégia Corte. Por tudo isso, inexistente qualquer afronta à literal disposição de lei. Aliás, ressalte-se que a violação à lei, para ensejar a propositura da ação rescisória, há que ser clara, inequívoca, literal, como a simples interpretação gramatical do inciso V, do art. 485, do CPC, demonstra. TRT/SP 15ª Região 179-2004-000-15-00-5 - Ac. 2ª SDI 192/05-PDI2. Rel. Olga Aida Joaquim Gomieri. DOE 22.7.05, p. 4.

03 - ACIDENTE DO TRABALHO. INDENIZAÇÃO. AÇÃO EM FACE DO EM-

PREGADOR. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO.

Antes mesmo da vigência da EC n. 45/04, que dispôs ser desta Especializada a competência para processar e julgar ações de indenização por dano moral ou patrimonial decorrentes da relação de trabalho, o art. 114 da Carta Magna já dispunha ser da competência desta Justiça Laboral, as ações movidas em face do empregador, mesmo as relativas a acidentes de trabalho. O art. 109, inciso I e § 3º, afasta a competência da Justiça Federal, remetendo para a alçada da Justiça Estadual apenas as ações em que são partes segurados e beneficiários e Instituição de Previdência. A estas se aplicam as Súmulas ns. 501, do STF, e 15, do STJ. Conclusão decorrente da interpretação sistemática do atual texto Constitucional. Exceção de Incompetência corretamente rejeitada. DANOS MORAIS. INDENIZAÇÃO. PRESCRIÇÃO TRABALHISTA. Tratando-se de ação que visa obter reparação de dano moral decorrente da relação de emprego, a natureza trabalhista da pretensão atrai não só a competência específica prevista no art. 114 da CF, como também a incidência do prazo prescricional previsto no art. 7º, XXIX, da referida Carta. Inviável a contagem do prazo genérico estabelecido no art. 205 do atual CC. A fundamentação jurídica do pleito não afasta o caráter trabalhista do crédito, nem justifica tratamento diferenciado em relação aos demais títulos advindos do vínculo empregatício. TRT/SP 15ª Região 1923-2004-053-15-00-4 - Ac. 4ª Câmara 54.238/05-PATR. Rel. Mariane Khayat. DOE 4.11.05, p. 81.

04 - ADITAMENTO. DA INICIAL. PEDIDO FORMULADO EM RÉPLICA. IMPOSSIBILIDADE DE DEFERIMENTO

Não se pode acatar pedido de aditamento da inicial formulado em réplica, sob pena de se cercear direito de defesa da parte adversa, eis que formulado em momento processual inoportuno, nos termos do disposto no art. 294 do CPC. **AÇÃO RESCISÓRIA. CARÊNCIA DE AÇÃO POR IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. PEDIDO DE RESCISÃO DE SENTENÇA, QUANDO HÁ ACÓRDÃO. EFEITO**

**SUPLETÓRIO. RECURSO PARCIAL. INOCORRÊNCIA DA HIPÓTESE ARGÜIDA.** Havendo recurso de apenas parte da sentença, o trânsito em julgado da decisão ocorre em momentos distintos, conforme tenha se esgotado o debate das matérias nela tratadas. Em face da autonomia existente entre as diversas partes constitutivas da sentença, o biênio para o ajuizamento da ação rescisória visando desconstituir parte do comando jurisdicional que não foi matéria de recurso, conta-se de seu trânsito em julgado. **AÇÃO RESCISÓRIA. CARÊNCIA DE AÇÃO POR IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. PEDIDO DE RESCISÃO DE SENTENÇA, QUANDO HÁ ACÓRDÃO. EFEITO SUPLETÓRIO. RECURSO PARCIAL. INOCORRÊNCIA DA HIPÓTESE ARGÜIDA.** Não havendo insurgência de uma das partes, as decisões desfavoráveis a esta na pendência judicial (que, portanto, não foram matéria de recurso), assumem caráter definitivo e imutável já em primeiro grau, fazendo com que a pretensão desconstitutiva se volte exclusivamente para a sentença originária, que não é substituída pelo acórdão nos pontos mencionados. **AÇÃO RESCISÓRIA. CONTROVÉRSIA. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. NECESSIDADE DE ANÁLISE.** A alegação de violação do texto constitucional afasta a aplicação da Súmula n. 343 do C. STF, tratamento diferenciado que se deve, essencialmente, à relevância da Constituição Federal e à gravidade contida no descumprimento de seus preceitos, e que objetiva, primordialmente, a preservação da supremacia da lei fundamental e sua aplicação uniforme. **AÇÃO RESCISÓRIA. RÉ: MUNICIPALIDADE. CARÊNCIA DE AÇÃO POR IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. PEDIDO DE RESCISÃO DE SENTENÇA, QUANDO HÁ ACÓRDÃO. EFEITO SUPLETÓRIO. RECURSO PARCIAL. INOCORRÊNCIA DA HIPÓTESE ARGÜIDA.** Não há que se falar em impossibilidade jurídica do pedido, eis que, embora este Egrégio Tribunal tenha analisado a demanda em grau recursal, isto somente ocorreu em função da remessa obrigatória, eis que inexistente recurso das partes envolvidas, donde se conclui que o reexame da sentença se restringiu às matérias desfavoráveis

ao Município, pois vedada a *reformatio in pejus* em detrimento da entidade estatal. O efeito supletório do art. 512 do CPC limita-se ao que foi objeto de recurso, convolvendo-se a coisa julgada quanto aos aspectos que refogem a esta hipótese (não recorridos, portanto). **AÇÃO RESCISÓRIA. RÉ: MUNICIPALIDADE CONTROVÉRSIA. MATÉRIA CONSTITUCIONAL.** Considerando-se que a presente ação rescisória, fundada no art. 485, V, do CPC, tem como escopo a violação literal do art. 41 da Constituição da República, afasta-se, em princípio, a aplicação da Súmula n. 343 do C. STF, já que, em se tratando de *texto constitucional*, a ação demonstra-se cabível mesmo nos casos em que há controvérsia interpretativa nos Tribunais. **AÇÃO RESCISÓRIA. VIOLAÇÃO LITERAL DO TEXTO CONSTITUCIONAL. EXEGESE DETERMINADA PELO STF. PRONUNCIAMENTO APTO A RESCINDIR JULGADOS EM SENTIDO CONTRÁRIO.** Muito embora caiba ao STF, que detém legitimidade constitucional para tanto, dar a palavra definitiva quanto à exegese e à aplicação da Carta Magna, nem todo pronunciamento deste autoriza a rescisão de sentenças ou acórdãos contrários à interpretação por ele adotada, pois sua manifestação em decisões desprovidas de eficácia *erga omnes* pode representar apenas uma das possíveis na *divergência jurisprudencial*. Portanto, a diretriz quanto à melhor interpretação, para autorizar a rescisão de um julgado por violação ao texto constitucional, deverá ser manifestada por meio de decisões de eficácia subjetiva universal e efeito vinculante. **AÇÃO RESCISÓRIA. VIOLAÇÃO LITERAL DO TEXTO CONSTITUCIONAL. EXEGESE DETERMINADA PELO STF. PRONUNCIAMENTO APTO A RESCINDIR JULGADOS EM SENTIDO CONTRÁRIO.** O precedente do STF tomado em controle difuso, s.m.j., não representa a palavra final em temas constitucionais, não podendo obrigar a uniformização da controvérsia interpretativa, nem o ajustamento das decisões em sede de ação rescisória. **AÇÃO RESCISÓRIA. VIOLAÇÃO LITERAL DO TEXTO CONSTITUCIONAL. RELEVÂNCIA ÍMPAR. EXEGESE DETERMINADA PELO STF.** A necessidade de apreciação da alegação

de violação do texto constitucional, pela decisão rescindenda, deve-se, essencialmente, à relevância da Constituição Federal e à gravidade contida no descumprimento de seus preceitos, e objetiva, primordialmente, a preservação da supremacia da lei fundamental e sua aplicação uniforme. Tratando-se de interpretação aberrante, que viola a literalidade do dispositivo, não há maiores problemas, eis que a necessidade de retificação se faz patente. Entretanto, tratando-se de interpretação razoável e havendo divergência nos Tribunais acerca de qualquer uma das regras insertas na CF, caberá ao STF, que detém legitimidade constitucional para tanto, dar a palavra definitiva quanto à exegese e à aplicação da Carta Magna (art. 102). **AÇÃO RESCISÓRIA. VIOLAÇÃO DE TEXTO CONSTITUCIONAL. SERVIDOR CELETISTA QUE TEVE SUPOSTO DIREITO À ESTABILIDADE RECUSADO. INEXISTÊNCIA DE INTERPRETAÇÃO DO STF DOTADA DE EFICÁCIA SUBJETIVA UNIVERSAL E EFEITO VINCULANTE.** Admitir o corte rescisório de decisão que aborda tema constitucional a respeito do qual não tenha havido pronunciamento da Excelsa Corte - de eficácia subjetiva universal e efeito vinculante - significa transformar a ação rescisória em recurso ordinário com prazo de dois anos, sem qualquer contribuição à guarda da Constituição (ao revés, com manifesto comprometimento do princípio da segurança). **AÇÃO RESCISÓRIA. VIOLAÇÃO DE TEXTO CONSTITUCIONAL. SERVIDOR CELETISTA QUE TEVE SUPOSTO DIREITO À ESTABILIDADE RECUSADO. INEXISTÊNCIA DE INTERPRETAÇÃO DO STF DOTADA DE EFICÁCIA SUBJETIVA UNIVERSAL E EFEITO VINCULANTE.** Constatando-se que a decisão utilizada como precedente para o acatamento da pretensão autoral diverge do posicionamento externado em outros julgamentos do STF, não se pode vislumbrar que a Excelsa Corte, na proteção dos valores constitucionais e na harmonização dos conflitos da interpretação do direito, tenha, até o momento, efetivamente indicado a posição a ser adotada quanto ao tema (estabilidade de celetistas concursados antes da EC n. 19/98). TRT/SP 15ª Região 2223-2004-000-15-00-1 - Ac. 2ª SDI 0387/05-PDI2. Rel. Olga Aida Joaquim Gomieri. DOE 25.11.05, p. 5.

**05 - AGRAVO DE PETIÇÃO. EMBARGOS DE TERCEIRO. ADQUIRENTE DE BOA-FÉ. FRAUDE À EXECUÇÃO NÃO CONFIGURADA.**

É do credor o ônus de provar que o adquirente, pessoa física, tinha ciência de que o vendedor, também pessoa física, era sócio da pessoa jurídica demandada e que esta era insolvente por ocasião do negócio jurídico concretizado no curso da reclamação trabalhista para se configurar a fraude à execução. Inexistindo prova, presume-se a boa-fé do terceiro adquirente. Agravo de petição a que se nega provimento. TRT/SP 15ª Região 395-2004-036-15-00-0 - Ac. 7ª Câmara 35.653/05-PATR. Rel. Edison Giorno. DOE 5.8.05, p. 35.

**06 - ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. EM FACE DO ENTE PÚBLICO. CABIMENTO**

A antecipação dos efeitos da tutela em face do ente público é perfeitamente aplicável, sendo certo que a limitação contida no art. 1º da Lei n. 9.494/97 refere-se apenas e tão-somente ou à reclassificação, enquadramento funcional e aumento de proventos de servidores públicos ou a normas de caráter procedimental ou de competência - hipóteses estranhas à presente (reintegração ao emprego). Demais disso, a antecipação dos efeitos da tutela está expressamente autorizada pela SBDI-02 do C. TST através de suas OJs ns. 64 e 142. **NULIDADE DO PEDIDO DE DISPENSA DECORRENTE DE VÍCIO NA MANIFESTAÇÃO DE VONTADE POR PARTE DO EMPREGADO. TIPIFICAÇÃO.** Nos termos dos arts. 3º, II e 166 do Novo CC, é nulo o negócio jurídico quando celebrado por quem, por enfermidade ou deficiência mental, não tiver o necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil. Na hipótese em apreço, comprovada a alegação inicial de que o autor, quando de seu pedido de dispensa passava por surto psiquiátrico, é de se ter por viciada sua manifestação de vontade, a qual deve ser considerada nula, para todos efeitos legais. Pedido de reintegração procedente. TRT/SP 15ª Região 1452-2003-085-15-00-8 - Ac. 1ª Câmara 43.243/05-PATR. Rel. Luiz Roberto Nunes. DOE 9.9.05, p. 32.

#### 07 - ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA. ÉPOCA PRÓPRIA. INAPLICABILIDADE DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 459 DA CLT

A faculdade prevista no parágrafo único do art. 459 da Lei Social não deixa de possuir típico estado de tolerância que não pode e não deve interferir no direito do trabalhador em ver atualizados seus salários através dos índices financeiros correspondentes aos próprios meses em que ele suou sua camisa. Ademais, essa liberalidade não se aplica aos créditos trabalhistas decorrentes de decisões judiciais, pois sua funcionalidade tem por justificativa apenas prover o empregador de melhores condições econômicas para suportar as saídas de caixa no final de cada mês, hipótese essa totalmente inadequada quando o lançamento contábil é decorrência do pagamento de título judicial trabalhista. TRT/SP 15ª Região 1596-2003-092-15-00-2 Ac. 9ª Câmara 31.499/05-PATR. Rel. Gerson Lacerda Pistori. DOE 8.7.05, p. 46.

#### 08 - CELERIDADE. INFORMALIDADE E AMPLA DEFESA NO PROCESSO LABORAL

O processo trabalhista prestigia a celeridade, desprezando formalidades excessivas e obsoletas, sem, contudo, deixar de observar os direitos fundamentais que garantem o devido processo legal e a ampla defesa consagrados no art. 5º, LV, da Constituição. Um dos exemplos desta informalidade útil está no art. 794, da CLT, dispositivo precioso que permite aproveitar os atos praticados, desde que respeitado o direito à integral defesa da parte e, por aplicação subsidiária, o disposto no art. 249, § 2º, do CPC. TRT/SP 15ª Região 626-2005-131-15-00-3 Ac. 10ª Câmara 57.103/05-PATR. Rel. Dagoberto Nishina de Azevedo. DOE 25.11.05, p. 39.

#### 09 - COMPETÊNCIA. DIREITO DE ESPECTRO NACIONAL. SINDICATO

Embora se discuta título de interesse nacional, em razão da chamada carreira única nacional, a competência para processar e julgar a ação não se desloca para o TST, por força do art. 2º, inciso I, alínea 'a', da Lei n. 7.701, de 21.12.88, pois tal disposição se dirige aos dissídios coletivos, enquanto o Sindicato Local pretende a aplicação de normas do Direito Coletivo, já vigente, restri-

tamente aos trabalhadores locais. Em hipótese de interpretação dispar, caberá ao órgão hierarquicamente competente sua uniformização. VIGÊNCIA. DIREITO COLETIVO TRANSITÓRIO OU PERMANENTE. É ordinário o entendimento, na forma do § 3º do art. 614 da CLT, que as cláusulas do Acordo Coletivo tenham vigência transitória, no máximo por dois (2) anos; contudo, há cláusulas que, por sua natureza, devem ter vigência permanente, como, por exemplo, cláusulas que disciplinem aposentadoria, estabilidade ou promoção. Nestas hipóteses, a transitoriedade da cláusula deve ser específica. TRT/SP 15ª Região 1455-2001-090-15-00-5 Ac. 12ª Câmara 44.091/05-PATR. Rel. José Pitas. DOE 16.9.05, p. 70.

#### 10 - COMPETÊNCIA TERRITORIAL. FACULDADE DE ESCOLHA DO EMPREGADO TRANSFERIDO. INTELIGÊNCIA DO ART. 651 DA CLT

O caput do art. 651 da CLT prevê que será competente a Vara do Trabalho com jurisdição na localidade da prestação de serviços, nada disciplinando expressamente acerca do empregado transferido. Não tem base legal a alegação de que a competência fixar-se-ia com base na última localidade trabalhada. O art. 651 consolidado é decorrência do princípio protecionista do processo do trabalho. Se no processo civil a regra da competência territorial é o domicílio do réu (art. 94, CPC), o processo do trabalho, objetivando proteger o empregado, fixou como regra o local da prestação de serviços (art. 651, CLT), onde normalmente reside. Ou seja, se no processo civil o autor tem o ônus de ir ao encontro do réu, onde quer que ele se encontre, no processo do trabalho é o réu que tem que vir para se defender. Invoque-se ainda o disposto no § 3º da CLT, que, apesar de se referir a empresas que tenham atividades nômades, garante a tais empregados a faculdade de aforar reclamações nas localidades onde prestou serviços. Assim, compete ao empregado transferido propor reclamação trabalhista em qualquer localidade onde tenha trabalhado, sob pena de se ferir de morte o princípio protecionista do processo do trabalho. TRT/SP 15ª Região 370-2004-108-15-00-6 Ac. 6ª Câmara 39.298/05-PATR. Rel. Samuel Hugo Lima. DOE 19.8.05, p. 57.

## 11 - COMPETÊNCIA TERRITORIAL. TERCEIRIZAÇÃO

A competência territorial envolvendo empregado contratado por empresa prestadora de serviços que promove suas atividades em várias localidades, de acordo com as necessidades dos tomadores, é definida pela exceção prevista no § 3º. do art. 651 da CLT. TRT/SP 15ª Região 246-2004-028-15-00-7 Ac. 7ª Câmara 55.552/05-PATR. Rel. Fabio Grasselli. DOE 18.11.05, p. 73.

## 12 - CONFLITO DE COMPETÊNCIA. ENTRE JUIZ DE TRIBUNAL E VARA DO TRABALHO PERTENCENTE À MESMA REGIÃO. IMPOSSIBILIDADE

A hierarquia existente entre o juízo de primeira instância e o Tribunal ao qual se encontra vinculado exclui a existência de eventual conflito de competência. Por outro lado, apenas os órgãos colegiados do Tribunal podem decidir sobre competência, sendo juridicamente inviável decisão monocrática a respeito, exceto na hipótese de existir jurisprudência dominante sobre a questão suscitada (art. 120, parágrafo único, CPC), circunstância que inoocorre *in casu*. Conflito negativo de competência que se declara incabível. TRT/SP 15ª Região 1915-2004-000-15-00-2 Ac. TP 93/05-PPLJ. Rel. Fernando da Silva Borges. DOE 7.10.05, p. 2.

## 13 - CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO. NATUREZA JURÍDICA DE EXECUÇÃO INVERTIDA. REVELIA. PAGAMENTO DAS RESCISÓRIAS. EFICÁCIA. QUITAÇÃO DO EXTINTO CONTRATO. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA

Tem a ação de consignação natureza de execução invertida; assim, seu objeto restringe-se ao pagamento da quantia ou da coisa devida (CPC, art. 890). Destarte, o conteúdo declaratório da respectiva sentença de procedência não pode ir além do referido limite, quitação da quantia ou da coisa devida. Isso, por óbvio, se aplica também na hipótese de revelia do consignado, importa realçar, pois a lei (CPC, art. 897) não faz distinção quanto aos fundamentos da alen-tada procedência da ação, valendo realçar que referido limite, na seara trabalhista, encontra supedâneo no art. 477, da CLT, que prevê o pagamento rescisório sem natureza de transação (CC, art. 840). TRT/SP 15ª

Região 337-2003-095-15-00-3 Ac. 10ª Câmara 29.725/05-PATR. Rel. Valdevir Roberto Zanardi. DOE 1º.7.05, p. 33.

## 14 - CURADOR ESPECIAL. NOMEAÇÃO PARA O RÉU REVEL. INCOMPATIBILIDADE COM O PROCESSO DO TRABALHO

A CLT não é omissa no que se refere à figura do Curador Especial, pois previu a hipótese no art. 793, preferindo não fazê-lo no caso do art. 880. Não se aplica, portanto, o art. 769 consolidado. Em consonância com os princípios da celeridade e informalidade, optou o legislador pela desnecessidade de instituir na execução trabalhista a figura do Curador Especial. Assim, conclui-se que a nomeação de curador especial para o réu revel constitui procedimento incompatível com as normas processuais trabalhistas. TRT/SP 15ª Região 1092-2001-062-15-00-9 Ac. 6ª Câmara 52.775/05-PATR. Rel. Ana Paula Pellegrina Lockmann. DOE 4.11.05, p. 94.

## 15 - EMBARGOS DECLARATÓRIOS. ALCANCE

Embargos declaratórios não constituem meio processual adequado para suscitar, em liquidação, matéria que deveria ter sido debatida na fase de conhecimento, sob pena de levar a eternização da lide e a violação do devido processo legal. TRT/SP 15ª Região 800-1992-071-15-00-3 Ac. 7ª Câmara 55.570/05-PATR. Rel. Tereza Aparecida Asta Gemignani. DOE 18.11.05, p. 74.

## 16 - EMBARGOS DECLARATÓRIOS. INTERRUÇÃO

Na forma do art. 538, *caput* e parágrafo único do CPC, os embargos declaratórios devem ser conhecidos e o prazo para o recurso subsequente interrompido para qualquer das partes. Portanto, a não interrupção do prazo pelo não conhecimento só pode ocorrer, na hipótese de intempestividade dos Embargos. TRT/SP 15ª Região 531-2002-016-15-01-9 - Ac. 12ª Câmara 40.384/05-PATR. Rel. José Pitas. DOE 26.8.05, p. 70.

## 17 - GREVE. INTERDITO PROIBITÓRIO. CONFLITO DE NATUREZA TRABALHISTA. COMPETÊNCIA FUNCIONAL DO JUIZ DE PRIMEIRA INSTÂNCIA

Os aspectos possessórios concernentes à realização de piquetes vinculados a movimentos paredistas não desvirtuam a natureza trabalhista do conflito, o que atrai a competência material desta Justiça Especializada para dirimi-lo, pertencendo, ademais, a atribuição funcional correlativa ao juiz de primeira instância, mercê do contexto institucional que dimana da atual redação conferida ao art. 114 da CF, ilação que só pode ser afastada em se tratando de dissídios coletivos em sentido estrito. TRT/SP 15ª Região 1537-2005-000-15-00-8 - Ac. SDC 90/05-PADC. Rel. Manoel Carlos Toledo Filho. DOE 25.10.05, p. 4.

**18 - HONORÁRIOS DE ADVOGADO. NA JUSTIÇA DO TRABALHO. ART. 404 DO ATUAL CC. REVOGAÇÃO DO ART. 20 DO CPC E DISPOSITIVOS DA LEI N. 5.584/70 (INTELIGÊNCIA DO ART. 2º, § 2º DA LICC)**

Os honorários, na atual sistemática legal, não decorrem mais da sucumbência, mas sim do inadimplemento da obrigação, constituindo-se reparação por perdas e danos, previamente estabelecida em Lei, juntamente com a correção do débito, os juros de mora e as custas do processo. Interpretação que vai ao encontro do princípio maior de justiça, já que o trabalhador não terá mais que subtrair de seu crédito alimentar, o valor dos honorários advocatícios. Recurso da Reclamada a que se dá parcial provimento, apenas para limitar o valor da verba, ao limite fixado para tanto pela OAB, a fim de que sejam também observados, quanto a tal aspecto, os termos da Lei. TRT/SP 15ª Região 230-2004-119-15-00-1 - Ac. 12ª Câmara 32.905/05-PATR. Rel. Maria da Graça Bonança Barbosa. DOE 15.7.05, p. 53.

**19 - JULGAMENTO EXTRA PETITA. NULIDADE. INEXISTÊNCIA**

Pode ser deferida a reintegração no emprego, no procedimento sumaríssimo, ainda que o pedido constante da exordial seja apenas de indenização equivalente, se por ocasião da sentença ainda estiver vigorando a garantia de emprego questionada e se o juiz se convencer ser esta a decisão mais justa e equânime para o caso concreto, que atenda aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum, nos termos do art. 852-I, § 1º da

CLT. TRT/SP 15ª Região 1654-2004-004-15-00-6 - Ac. 2ª Câmara 54.649/05-PATR. Rel. José Otávio de Souza Ferreira. DOE 11.11.05, p. 79.

**20 - JUSTIÇA GRATUITA. DEPÓSITO RECURSAL. EMPREGADOR**

O depósito recursal e o adimplemento das custas processuais constituem-se em requisitos indispensáveis ao conhecimento dos recursos interpostos, conforme disposição legal contida, respectivamente, nos arts. 899, § 1º e 789, § 4º da CLT. A previsão, tendo em vista a literalidade da lei, é a de que a assistência judiciária na Justiça do Trabalho de que trata o art. 790, § 3º e a Lei n. 5584/70 pode ser deferida ao trabalhador, não agasalhando, a figura do empregador, uma vez que este não ganha *salário*, excetuando-se tão somente os casos de microempresas, quando os patrimônios da pessoa individual e física se confundem. Todavia, o fato de o empregador encontrar-se em situação de dificuldade financeira não garante, por si só, quer a isenção, quer a suspensão da obrigatoriedade de efetuar o depósito recursal, seja porque se trata de garantia de juízo, seja porque o art. 3º da Lei n. 1.060/50 não abarca, em seu rol, referida hipótese, sendo pois vedado seu deferimento. A inexistência de efetivação do depósito recursal acarreta deserção, não havendo falar em violação ao princípio da ampla defesa. TRT/SP 15ª Região 1077-2004-071-15-00-4 - Ac. 5ª Câmara 40.678/05-PATR. Rel. Ernesto da Luz Pinto Dória. DOE 2.9.05, p. 51.

**21 - MINISTÉRIO PÚBLICO. ILEGITIMIDADE PASSIVA. FALTA DE PERSONALIDADE JURÍDICA PRÓPRIA**

Em que pese a autonomia funcional e administrativa constitucionalmente reconhecida ao Ministério Público, trata-se de instituição e como tal carece de personalidade jurídica própria. Neste sentido, não tem legitimidade passiva, sendo certo que sua legitimidade processual está circunscrita à defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. As funções institucionais do MP dependem de legitimidade processual decorrente de expresse reconhecimento do texto constitucional e de regulamentação específica de

legislação infraconstitucional. Hipótese alheia à dos autos, nos quais consta o MPT da 15ª Região no pólo passivo de ação ordinária declaratório-condenatória. Recurso ordinário que se conhece, ao qual se nega provimento, para, reconhecendo-se *ex officio* (§ 4º, art. 301, X, CPC) carência da ação por ilegitimidade passiva (art. 267, VI, CPC), manter-se o dispositivo do r. decisório recorrido. À unanimidade! TRT/SP 15ª Região 1029-2003-093-15-00-2 - Ac. 12ª Câmara 47.703/05-PATR. Rel. Luiz Felipe Paim da Luz Bruno Lobo. DOE 30.9.05, p. 71.

## 22 - NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. OPORTUNIDADE DE ARGÜIÇÃO

A nulidade por cerceamento de defesa, nesta Justiça Especializada, deve ser objeto de expressa argüição pela parte a quem aproveita, na esteira do art. 795, *caput*, da CLT. Sendo característica dos dissídios individuais trabalhistas a concentração de atos em audiência, corolário do princípio da oralidade, a eventual nulidade deve ser argüida nas alegações finais, que constituem a primeira oportunidade para que a parte expresse a sua irresignação, seja oralmente, seja através de memoriais. Não evita a preclusão da matéria o simples registro de *protesto* na ata da audiência, sendo esta figura totalmente estranha ao processo do trabalho. Reforça este remate a circunstância do art. 523, § 3º, do CPC, que disciplina o chamado *agravo retido*, ser absolutamente incompatível com os ritos procedimentais trabalhistas, haja vista que a CLT, na esteira de seu art. 893, § 1º, consagra a idéia da irrecorribilidade de imediato das decisões interlocutórias. TRT/SP 15ª Região 1794-2003-075-15-00-0 - Ac. 9ª Câmara 33.416/05-PATR. Rel. Marcos da Silva Pôrto. DOE 22.7.05, p. 38.

## 23 - PETIÇÃO INICIAL. INDEFERIDA. DECISÃO PRIMÁRIA QUE SE CONFIRMA

A inicial é confusa e não diz ao Estado qual o pronunciamento que pretende, merecendo o indeferimento. Da *mihi factum, dabo tibi jus*. Alega, em dado momento, que pretende ressarcimento de danos; noutra, declaração de existência de relação jurídica; enfim, traduz ao Judiciário incerteza, impre-

cisão, dúvida, institutos sobre os quais não se estabelece qualquer edificação segura. TRT/SP 15ª Região 1982-2004-064-15-00-6 - Ac. 6ª Câmara 54.960/05-PATR. Rel. Ana Maria de Vasconcellos. DOE 11.11.05, p. 92.

## 24 - PROCESSO DO TRABALHO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ARTS. 395 E 404 DO NCC. IMPOSSIBILIDADE

A aplicação dos arts. 395 e 404 do novo CC, com o intuito de ver deferidos honorários advocatícios no Processo do Trabalho não é viável diante do que rezam os arts. 8º e 769 da CLT, que admitem a aplicação subsidiária do Direito Comum, Material ou Processual, apenas no caso de omissão e de compatibilidade com os princípios e normas trabalhistas, o que não se verifica, diante da regulamentação vigente (art. 791 da CLT e Lei n. 5.584/70 - Enunciados ns. 219 e 329 do C. TST). TRT/SP 15ª Região 258-2005-005-15-00-9 - Ac. 4ª Câmara 54.281/05-PATR. Rel. Mariane Khayat. DOE 4.11.05, p. 82.

## 25 - PROCESSO DO TRABALHO. RECURSO ORDINÁRIO. AUSÊNCIA DE REVISOR. APLICAÇÃO DO ART. 551 DO CPC. HIPÓTESE DE SILÊNCIO ELOQUENTE DO LEGISLADOR CONSOLIDADO. NÃO APLICAÇÃO DA SUPLETIVIDADE PREVISTA NO ART. 769 DA CLT

O julgador somente poderá importar regras do direito processual comum, para inserção no processo do trabalho, de forma subsidiária e, mesmo assim, deve cuidar para que não haja incompatibilidade (CLT, art. 769). Não basta, portanto, a simples omissão do texto consolidado. É preciso que a regra a ser importada não se contraponha não só aos preceitos expressos, mas também, e sobretudo, aos princípios do processo laboral. Portanto, o juiz deve distinguir os casos de omissão daqueles típicos de silêncio eloquente. Assim, considerando que um dos princípios informadores do processo do trabalho é o da celeridade, há que se concluir que quando o legislador consolidado, ao tratar do recurso ordinário, não cuidou da figura do revisor, o fez de forma proposital, a fim de prestigiar a agilidade na tramitação proces-

sual. Caso típico de silêncio eloquente e não de omissão, motivo por que não há como se aplicar, de forma supletiva, a regra contida art. 551 do CPC. Nulidade não configurada. TRT/SP 15ª Região 1927-2001-058-15-00-1 - Ac. 3ª Câmara 33.936/05-PATR. Rel. Luiz José Dezena da Silva. DOE 22.7.05, p. 16.

#### 26 - PROVA. CARTÕES DE PONTO. CÓPIAS JUNTADAS PELO RECLAMANTE. MOMENTO PARA FAZÊ-LO

Quando se trata da juntada de documentos, no caso, cartões de ponto, que ficam sob os cuidados daadora de serviço, que, não raro guarda-os, para empregar uma locução simples, mas rica em significado, *a sete chaves*, não corresponde ao que comumente acontece, esperar possa e/ou tenha o obreiro, logo ao ingressar com uma reclamatória, cartões de ponto em mãos, de maneira que alimentar o entendimento de que lhe cumpre instruir a peça primeira com os mesmos, pode saciar um formalismo excessivo, mas deixará esfomeada a realidade, dieta essa que não se deve nem receitar, nem impor. **NORMA COLETIVA QUE ESTABELECE SITUAÇÃO EM QUE MOTORISTA TEM SUA JORNADA REGIDA PELO ART. 62, 'A', DA CLT. IMPOSSIBILIDADE.** Escudando-se a reclamada, para ter como indevidas as horas extras postuladas, no quanto estabelecido em cláusula de norma coletiva, que estabelece que motorista que exerce suas atividades em percursos, quer municipais, quer intermunicipais, quer, ainda interestaduais e/ou internacionais terá suas jornadas disciplinada pelo art. 62 'a' da CLT, não havendo, no caso, obrigação de se manter controle de jornada, há reputar írrita aludida cláusula, por fugir, em passos largos, da razão de ser de um instrumento coletivo, ao dispor de maneira contrária aos interesses e direitos do trabalhador, e sem qualquer contrapartida, a qual, em situações quejandas, haveria de restar cumpridamente demonstrada, sendo de todo em todo insuficiente mera alusão à teoria do conglobamento, pois, no caso concreto, apenas uma parcela dos integrantes da categoria estaria sendo atingida, o que, para se justificar, para quem entenda viável alguma justificativa, exigiria a demonstração de algum benefício concreto para essa parcela de tra-

balhadores, pena de restar magoado o princípio da igualdade, de estatura constitucional, mesmo porque, ainda para quem tenha como possível se estabeleça tal cláusula, como concertaram os personagens de um clássico da literatura universal, o aceitável é "Um por todos, todos por um", quando a situação é idêntica para todos, e não, como parece ser o caso, fixar-se o "Alguns por todos". TRT/SP 15ª Região 1133-2004-042-15-00-5 - Ac. 5ª Câmara 51.769/05-PATR. Rel. Francisco Alberto da Motta Peixoto Giordani. DOE 4.11.05, p. 88.

#### 27 - RECONVENÇÃO. RITO SUMARÍSSIMO. CABIMENTO

Sendo omissa a Lei n. 9.957/00 sobre o cabimento da reconvenção nos processos que tramitam pelo rito sumaríssimo, aplica-se, supletivamente, o quanto disposto pelo art. 31, da Lei n. 9.099/95, o qual não admite esse tipo de ação proposta pelo réu, devendo ser mantida a decisão que extinguiu a reconvenção pelo entendimento de que incompatível com o procedimento sumaríssimo. TRT/SP 15ª Região 138-2005-061-15-00-0 - Ac. 7ª Câmara 44.277/05-PATR. Rel. Gisela Rodrigues Magalhães de Araújo e Moraes. DOE 16.9.05, p. 46.

#### 28 - RECURSO ADESIVO. E O PRINCÍPIO DA UNIRRECORRIBILIDADE

O recurso do reclamante não foi processado por ter sido protocolizado fora do prazo legal. Exaurida a oportunidade de obter novo pronunciamento pelo órgão *ad quem* em relação aos pedidos não acolhidos pela sentença de piso. A tentativa de contornar o impasse, utilizando-se de Recurso Adesivo, ao ser intimado para apresentar contrarrazões, não merece abrigo. Há nítido ferimento ao Princípio da Unirrecorribilidade. TRT/SP 15ª Região 413-2003-017-15-00-5 - Ac. 11ª Câmara 45.053/05-PATR. Rel. Nora Magnólia Costa Rotondaro. DOE 16.9.05, p. 59.

#### 29 - RECURSO DE MULTA. SISTEMA DE RECURSOS TRABALHISTAS. INEXISTÊNCIA

O Recurso de Multa não está previsto no sistema de recursos trabalhistas, constatando-se ainda que inexistente a devida adequação da medida processual adotada com a

decisão impugnada pela parte. Agravo regimental não provido. TRT/SP 15ª Região 1684-2000-075-15-40-0 - Ac. TP 70/05-PPLJ. Rel. Antônio Miguel Pereira. DOE 15.7.05, p. 2.

### 30 - RECURSO ORDINÁRIO. EFEITO DEVOLUTIVO. QUESTÃO SUBJACENTE À MATÉRIA RECORRIDA, NÃO APRECIADA PELA PRIMEIRA INSTÂNCIA. CONHECIMENTO INDEPENDENTE DE EMBARGOS DECLARATÓRIOS

Embora a questão da interrupção da prescrição não tenha sido apreciada pelo MM. Juízo *a quo*, a mesma pode ser conhecida pelo Tribunal, independentemente da existência de embargos declaratórios que questionem a matéria, com base no art. 515 do CPC, de aplicação subsidiária ao processo trabalhista (art. 769 da CLT), disciplinador do princípio *tantum devolutum quantum appellatum*. TRT/SP 15ª Região 406-2005-032-15-00-8 - Ac. 2ª Câmara 56.542/05-PATR. Rel. José Otávio de Souza Ferreira. DOE 18.11.05, p. 44.

### 31 - REMESSA OFICIAL. NÃO CONHECIMENTO

Quando o valor da condenação importa em valor inferior a 60 salários mínimos, a remessa oficial não deve ser analisada. O art. 475, § 2º, do CPC, é aplicável subsidiariamente ao Processo do Trabalho e ao Decreto n. 779/69, que não se refere a condenações de pequeno valor. Afinal, o Processo do Trabalho é informado pela celeridade. TRT/SP 15ª Região 2565-2002-017-15-85-4 - Ac. 4ª Câmara 55.307/05-PATR. Rel. Maria Inês Corrêa de Cerqueira César Targa. DOE 18.11.05, p. 54.

### 32 - SALÁRIO. TEMPESTIVIDADE DO PAGAMENTO. ÔNUS DA PROVA

A prova do pagamento de salários e de sua tempestividade é essencialmente documental (art. 464 CLT), sendo ônus do empregador, como fato extintivo da obrigação (art. 333, II, CPC). Nesse caso, cabe-lhe zelar para que seja consignada pelo empregado, no recibo, a data do pagamento. Ausente essa informação, impossibilitado fica o juízo, na falta de outros elementos de convencimento, a concluir pelo seu tempestivo acerto. TRT/SP 15ª Região 371-2005-037-15-00-9 - Ac. 8ª Câmara 58.203/05-PATR. Rel. Vera Teresa Martins Crespo. DOE 2.12.05, p. 82.

### 33 - SUSPENSÃO. DA DETERMINAÇÃO DE PROCESSAMENTO DA PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. INOCORRÊNCIA

Não viola direito líquido e certo do impetrante a determinação de processamento de medida cautelar incidental para produção antecipada de provas, estando pendente de julgamento o conflito de competência suscitado na ação principal, perante o C. STJ. Nos termos do art. 113, § 2º do CPC, "declarada a incompetência absoluta, somente os atos decisórios serão nulos, remetendo-se os autos ao juízo competente". Por outro lado, a celeridade, ao lado da efetividade e da segurança, constitui valor fundamental na entrega da prestação jurisdicional. Esta poderia ser prejudicada ou inutilizada pela demora no julgamento do conflito de competência em razão da doença que acomete o autor e de sua idade avançada. Segurança denegada. TRT/SP 15ª Região 1289-2005-000-15-00-5 - Ac. 1ª SDI 0662/05-PDII. Rel. Manuel Soares Ferreira Carradita. DOE 25.11.05, p. 3.

## DIREITO RURAL

### 01 - COLHEITA DA LARANJA. ALEGAÇÃO DA RECLAMADA DE CONTRATAÇÃO COM O PRODUTOR SOB A FORMA DE FRUTA POSTA

Prova oral que evidencia a contratação do gato pelo comprador da Reclamada, que faz os pagamentos, visita os pomares e combina as condições da colheita. Matéria-prima que somente é obtida com o labor dos colhedores, que ganham R\$0,40 pela caixa da laranja, sem qualquer outro direito trabalhista. Fraude caracterizada na forma do art. 9º da CLT. Incidência do disposto no inciso I do Enunciado n. 331 do C.TST. Vínculo que se reconhece com a empresa produtora do suco de laranja. TRT/SP 15ª Região 930-2004-037-15-00-0 - Ac. 12ª Câmara 32.899/05-PATR. Rel. Maria da Graça Bonança Barbosa. DOE 15.7.05, p. 53.

### 02 - CONTRATOS DE SAFRA. NULIDADE DA CLÁUSULA DE TEMPORALIDADE QUANDO INOBSERVADA SUA FORMALIZAÇÃO (ART. 29, DA CLT)

A validade da cláusula de temporalidade contratual, nos contratos ditos de safra, não depende apenas das variações estacionais da atividade agrária, mas também de sua formalização, que é essencial à validade do ato (art. 29, da CLT, de aplicação subsidiária por força do art. 4º, do Decreto n. 73.626/74). A condição especial não se confunde

com condição essencial, que pode presumir-se existente (art. 447, da CLT, de aplicação subsidiária *idem*). A sucessão de contratos tácitos, com lapsos de intervalo inferior a seis meses, nos quais a alegação da temporalidade não se considera válida implica em considerá-los uno e por prazo indeterminado, máxime considerando que ao final das ditas safras nenhuma indenização fora paga (interpretação sistemática dos arts. 451, 452 e 453, da CLT, *idem* aplicáveis subsidiariamente às relações de trabalho rural). Recurso ordinário do reclamante, a que se dá provimento parcial, negando-se provimento ao da reclamada, para declarar a unicidade contratual, reconhecer tratar-se de contrato a prazo indeterminado, remover decreto prescricional extintivo e determinar a remessa dos autos à Vara de origem, a fim de que conheça da totalidade das pretensões formuladas na exordial. TRT/SP 15ª Região 1069-2002-047-15-00-2 - Ac. 12ª Câmara 37.409/05-PATR. Rel. Luiz Felipe Paim da Luz Bruno Lobo. DOE 12.8.05, p. 62.

### 03 - EC N. 28. PRESCRIÇÃO. RURÍCULA.

A vigência do contrato de trabalho constituía causa impeditiva do início e curso da prescrição para o rurícola, princípio contido no art. 175 do Estatuto do Trabalhador Rural, no art. 10º da Lei n. 5.889/73 e no art. 7º, inciso XXIX, alínea "b" da CF de 1988.

As lesões de direito praticadas em data anterior a 29.5.00 não eram dotadas do poder de deflagrar o curso do prazo prescricional, em virtude da causa impeditiva, e, portanto, para as violações de direito anteriores a 29.5.00 a causa suficiente para início da prescrição não é a lesão, mas sim a EC n. 28, que removeu a causa impeditiva. O conceito de prescrição pressupõe a perda do direito de ação pela inércia do seu titular, desde que ultrapassado o prazo definido pela lei, na ausência de causas suspensivas, interruptivas ou impeditivas. No período anterior a 29.5.00 não pode ter havido início ou transcurso do prazo prescricional, sendo impossível aperfeiçoar-se a inércia do titular do direito, porquanto pendente causa impeditiva. Para as violações de direito anteriores a 29.5.00, o prazo prescricional conta-se da data de remoção da causa impeditiva, que ocorreu com o advento da EC n. 28. Não se podem considerar prescritos os direitos anteriores a 29.5.95, a pretexto de ter a lei eficácia imediata e geral, pois estaríamos reunindo em um mesmo momento a data de início e de aperfeiçoamento da prescrição. Recurso Ordinário a que se nega provimento, nesse particular. TRT/SP 15ª Região 1168-2002-036-15-00-0 - Ac. 10ª Câmara 40.400/05-PATR. Rel. João Alberto Alves Machado. DOE 26.8.05, p. 59.

#### **04 - INTERVALO. TRABALHO RURAL. ART. 71 DA CLT. INAPLICABILIDADE**

A norma específica afasta a incidência de

qualquer outra de caráter geral. Como o art. 5º, da Lei n. 5.889/73, regulou integralmente o intervalo para refeição e descanso no trabalho rural, o disposto no art. 71 e §§ da CLT não se aplica aos rurícolas. SEGURO-DESEMPREGO. HABILITAÇÃO. INDENIZAÇÃO. CONVERSÃO. IMPOSSIBILIDADE. A habilitação ao seguro-desemprego pode ser feita mediante a simples "apresentação da sentença judicial transitada em julgado, acórdão ou certidão judicial, onde conste os dados do trabalhador, da empresa e se o motivo da demissão foi sem justa causa" (art. 4º, inciso IV, das Resoluções CODEFAT n. 252, de 4.10.00, e n. 392, de 8.6.04), de modo que a conversão da obrigação de entrega de guias em indenização substitutiva do seguro-desemprego não pode mais ser autorizada. Nesse particular, a tese da OJ n. 211 da SDI-I (hoje, Súmula n. 389-II), do C. TST, está superada pela alteração das normas que regem o benefício em questão. DIVISOR. UNIDADE DE PRODUÇÃO. ADICIONAL DE HORAS EXTRAS. O salário por unidade de produção remunera a totalidade das horas efetivamente trabalhadas (normais e extras). Uma vez não apuradas separadamente tais verbas, o divisor a ser utilizado deve corresponder à totalidade das horas trabalhadas (Súmula n. 340 do C. TST). TRT/SP 15ª Região 637-2005-011-15-00-0 Ac. 4ª Câmara 57.917/05-PATR. Rel. Paulo de Tarso Salomão. DOE 2.12.05, p. 64.

## EXECUÇÃO

### 01 - AGRAVO DE PETIÇÃO. ARREMA- TAÇÃO PELO CREDOR-EXEQUENTE. POSSIBILIDADE. NULIDADE INEXIS- TENTE

Mais do que o art. 690 do CPC não impedir que o exequente arremate o bem em hasta pública, seu § 2º expressamente autoriza sua participação, sem que o mesmo tenha que exibir o preço, exceto na hipótese de o valor de seu crédito ser inferior ao valor da arrematação, o que não é o caso dos autos, valendo ressaltar que se é possível a participação do credor como arrematante no Processo Civil, por muito mais razão é de se admitir sua participação no Processo do Trabalho, onde o crédito decorre da inadimplência de verbas trabalhistas, cuja natureza é alimentar. Agravo não provido. TRT/SP 15ª Região 313-2000-067-15-85-5 - Ac. 5ª Câmara 30.790/05-PATR. Rel. Lorival Ferreira dos Santos. DOE 8.7.05, p. 26.

### 02 - APLICAÇÃO. DA TAXA SELIC (ART. 406 DO NCC) ÀS DÍVIDAS TRA- BALHISTAS

Se as dívidas quirografárias com juros não convenionados são atualizadas pelos juros da taxa SELIC, segundo o art. 406 do CC vigente, as dívidas trabalhistas tuteladas com preferência a todas as outras (art. 186, CTN e art. 83, I, LF) não podem se sujeitar a tra-

tamento desigual, sendo tal preceito atraído pelo art. 8º, parágrafo único da CLT, com o que se revoga o art. 39, *caput*, da Lei n. 8.177/91, na parte que regula a atualização monetária, também chamada de juros em sentido amplo, sob pena de subversão dos princípios do Direito do Trabalho. TRT/SP 15ª Região 1318-2004-067-15-00-6 - Ac. 8ª Câmara 29.482/05-PATR. DOE 1º.7.05, p. 26. Rel. Flavio Allegretti de Campos Cooper,

### 03 - AVALIAÇÃO. FÉ PÚBLICA DO OFICIAL DE JUSTIÇA E PROVA TÉCNICA

As avaliações estimadas pelos meirinhos nos autos de penhora gozam de presunção relativa, sujeita à impugnação por meios técnicos, apesar do costumeiro argumento, muitas vezes esposado para "encerrar" a discussão sobre avaliação de haveres judicialmente apreendidos, segundo o qual os zelosos oficiais de justiça gozam de fé pública e, por isso, hipoteticamente, as avaliações que fazem também espelhariam a verdade. Essa ficção, no entanto, não os torna profissionais do setor imobiliário. A fé pública que a lei outorga aos incansáveis meirinhos refere-se tão-somente à verdade das respectivas certidões. Esta fé pública goza de presunção *juris tantum*, como não pode ser olvidado. Não se pode pretender, por óbvio, que o dever legal de atestar fielmente os fatos

se transmude em domínio, pelos oficiais de justiça, de conhecimentos técnicos atinentes a outros ramos do saber humano. Se isso fosse viável, os peritos judiciais seriam completamente prescindíveis, inclusive os da área médica. Nas hipóteses em que haja dúvida razoável, deve prevalecer a prova técnica, mormente quando a avaliação do Sr. Oficial não refletir a realidade do mercado.

**EDITAL. FALTA DE PUBLICAÇÃO EM JORNAL LOCAL (CLT, ART. 888). NULIDADE.** O edital foi publicado no Diário Oficial do Estado, não suprimindo integralmente, portanto, as exigências contidas no art. 888 da CLT, ante a ausência de publicação em jornal local. No caso dos autos, a cidade em que se localiza a Vara do Trabalho tem jornal de ampla circulação. Ora, é por demais sabido que o público não diretamente interessado jamais consulta o diário oficial. Ao revés, se o leilão fosse divulgado mediante jornal de ampla circulação naquela Cidade, um número muito maior de possíveis candidatos à arrematação teria conhecimento da hasta pública. Tal equívoco acarretou inequívoco prejuízo à reclamada, pois implicou no fato de a praça designada não ter atraído licitantes, resultando "negativa". Mas, o que realmente conta é a exigência legal, imperativa, verdadeiro preceito imposto pelo legislador ao promulgar o art. 888 consolidado, não facultando ao juiz mandar publicar o edital em jornal local, mas tornando obrigatório esse requisito de validade. No magistério de NELSON NERY JUNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY, ao comentarem o art. 154 do CPC, "é válido o ato realizado no processo sem se revestir de forma especial, a menos que a lei prescreva como deva ser praticado" (CPC Comentado, 6. ed., SP: Ed. RT, 2002, p. 508). Inválido é, quando, ao ser praticado de outro modo, não vier a preencher a finalidade essencial que é objeto do respectivo regramento legal. Este é o caso dos autos, ensejando, dessarte, a nulidade do edital.

**VALOR DE MERCADO. VALIDADE.** Agravo de petição a que se dá provimento para determinar a reavaliação do imóvel penhorado, reconhecendo a validade do valor de mercado apurado no laudo técnico juntado pela reclamada. TRT/SP 15ª Região 1509-2001-013-15-00-3 - Ac. 7ª Câmara

29.413/05-PATR. Rel. I. Renato Buratto. DOE 1º.7.05, p. 24.

#### 04 - CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. ACORDO EM FASE DE EXECUÇÃO. HOMOLOGAÇÃO. RECURSO

O recurso oponível contra a decisão que homologa acordo firmado na fase de execução é o agravo de petição, ante os termos do art. 897, a, da CLT.

**CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. ACORDO POSTERIOR AO TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA. POSSIBILIDADE. CONSEQUÊNCIA.**- A CLT confere destacado privilégio à conciliação (art. 764), não havendo, pois, nenhum óbice à composição entre as partes após o trânsito em julgado da decisão tomada na fase de conhecimento. Ao fazê-lo, porém, há renúncia tácita do pronunciamento acerca das pretensões deduzidas em Juízo, expungindo-se do mundo jurídico, por conseguinte, a sentença condenatória, que cede espaço à decisão homologatória da avença. Nessa hipótese, as parcelas componentes do acordo é que passam a ter relevância jurídica para efeito da exação previdenciária.

**CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. ACORDO POSTERIOR AO TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA. FATO GERADOR. EXPECTATIVA DE DIREITO.**- A teor do art. 195, I, a, da CF, o fato gerador da contribuição previdenciária só se perfaz com a efetiva disponibilização do crédito em favor do trabalhador, existindo para o INSS até então mera expectativa de integração ao seu patrimônio do tributo correspondente aos créditos trabalhistas reconhecidos na sentença. TRT/SP 15ª Região 1446-2001-067-15-00-7 - Ac. 11ª Câmara 36.518/05-PATR. Rel. Maria Cecília Fernandes Alvares Leite. DOE 5.8.05, p. 45.

#### 05 - EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. NÃO CONHECIDA. AGRAVO DE PETIÇÃO INCABÍVEL

Somente se admite exceção de pré-executividade, no processo do trabalho, para atender às situações especialíssimas, eis que não depende de garantia do juízo. A decisão que a rejeita ou não a conhece, por se referir a incidente no curso do processo, tem natureza interlocutória e somente poderá ser discutida em embargos à execução, com a

regular garantia do juízo, e não em agravo de petição. Todavia, em se acolhendo a exceção de pré-executividade, com a extinção do processo de execução trabalhista, o agravo de petição será o recurso cabível. TRT/SP 15ª Região 1207-1989-043-15-01-2 - Ac. 7ª Câmara 33.726/05-PATR. Rel. Gisela Rodrigues Magalhães de Araújo e Moraes. DOE 22.7.05, p. 28.

#### 06 - EXECUÇÃO. ARREMATACÃO. CREDOR LICITANTE

Há que se distinguir a arrematação da adjudicação. Essa é ato do credor que opta pela satisfação do seu direito através da encampação ao seu patrimônio dos bens do devedor levados a hasta pública. Aquela sugere a compra, por terceiros, dos bens do devedor levados à praça, satisfazendo o direito do credor através do produto obtido com a venda daqueles bens. O credor/exequente encontra respaldo legal para adjudicar os bens apreendidos pelo valor da avaliação, em primeira praça, ou sendo esta negativa e seguindo-se o leilão, preferirá sobre os demais licitantes pelo valor do maior lance - (art. 888, §§ 1º e 3º, CLT e art. 24 da Lei n. 6.830/80). Entender-se possível a arrematação requerida pelo exequente mediante valor inferior ao da avaliação, afronta princípio específico do processo de execução que trata do proceder-se de maneira menos gravosa ao devedor (art. 620 do CPC), vez que a execução forçada pelas vias judiciais do devido processo legal guarda por fim a satisfação do direito do credor, com a completa prestação da tutela jurisdicional, sem, no entanto, promover a dizimação patrimonial do devedor. Equivocado, pois, o deferimento da arrematação pelo autor do bem no montante de seu crédito exequendo, devendo a mesma ser anulada. TRT/SP 15ª Região 1611-1987-042-15-85-8 - Ac. 11ª Câmara 30.229/05-PATR. Rel. Maria Cecília Fernandes Alvares Leite. DOE 1º.7.05, p. 41.

#### 07 - EXECUÇÃO. EXCESSO DE PENHORA. ARGUMENTO QUE NÃO PODE SER VALIDAMENTE UTILIZADO APENAS PARA ETERNIZAR UM PROCESSO

Sempre útil o observar que figuras como a do excesso de penhora não existem para que

quem delas se valha tente fugir a um comando judicial, visando a eternizar um processo, esgrimindo-as para não cumprir obrigação que judicialmente lhe foi imposta, não sendo, para isso, admitidas. DEPOSITÁRIO. NOMEAÇÃO. POSSIBILIDADE. Possível a nomeação compulsória de depositário pelo Juiz, não cabendo cuidar de ilegalidade ou abuso de poder na espécie, mesmo porque não é algo estranho ao direito positivo pátrio (Lei n. 8.866/94), além do que, o próprio art. 2º, da CLT, autoriza referido procedimento, relevando salientar que tal entendimento reflete a preocupação hodierna de se partilhar os ônus e as consequências de possível demora na entrega da prestação jurisdicional entre o autor e o réu. TRT/SP 15ª Região 678-2001-012-15-00-0 - Ac. 5ª Câmara 51.332/05-PATR. Rel. Francisco Alberto da Motta Peixoto Giordani. DOE 4.11.05, p. 84.

#### 08 - HABEAS CORPUS. CONSTRIÇÃO DE SEMOVENTES. PERECIMENTO DO BEM POR NEGLIGÊNCIA DO DEPOSITÁRIO. ÔNUS DA PROVA DO FIEL CUMPRIMENTO DO ENCARGO. INFIDELIDADE CARACTERIZADA. ORDEM QUE NÃO SE CONCEDE.

Doenças graves que acometem o gado constrito não constituem força maior a desobrigar o depositário se não há provas de que agiu de forma cuidadosa e diligente com o bem que estava sob sua guarda. É do depositário o ônus de provar que teve todo o cuidado necessário com a saúde dos animais e que não foi responsável pela doença que tornou necessário o abate. A notícia tardia ao Juízo a respeito das condições dos bovinos representa forte indicativo da negligência. Deve ser considerado infiel o depositário que não demonstra o adequado cumprimento do encargo, diante da doença e morte do gado. AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA O ABATE DOS ANIMAIS CONSTRITOS. DESCONSTITUIÇÃO DO ARRESTO. DESONERAÇÃO DO DEPOSITÁRIO. NÃO CABIMENTO. CARACTERIZAÇÃO DA INFIDELIDADE. NÃO CONCESSÃO DO HABEAS CORPUS.- A desconstituição da constrição que decorre unicamente do desaparecimento de seu objeto por culpa do depositário não tem o condão de afastar sua infidelidade.

Desonerá-lo, porque desconstituída a penhora ou arresto, implicaria prestigiar o exercício irresponsável e infiel do encargo. Caracterizada anteriormente a infidelidade da paciente, deve ser rejeitada a alegação de ilegalidade ou abuso por parte da autoridade dita coatora que determina o depósito da importância correspondente ao valor do bem que se perdeu. TRT/SP 15ª Região 1159-2005-000-15-2 - Ac. 1ª SDI 485/05-PDII. Rel. Rita de Cássia Scagliusi do Carmo. DOE 12.8.05, p. 3.

#### 09 - HABEAS CORPUS. DEPOSITÁRIO INFIEL. FURTO DO BEM DEPOSITADO. PRISÃO CIVIL

A lavratura de Boletim de Ocorrência comunicando o furto de veículo constitui documento unilateral, pois firmado pelo próprio interessado, não fazendo prova da ausência de culpa do depositário. A apresentação de outros elementos probantes ou indiciários do fato cumpria ao depositário, independentemente de designação de audiência pelo Juízo com essa finalidade, pois somente àquele, como responsável pela guarda e conservação da coisa, interessa demonstrar a veracidade de suas alegações, de forma a exonerar-se da obrigação de responder pelos prejuízos que, por dolo ou culpa, causar à parte (arts. 148 e 150 do CPC). TRT/SP 15ª Região 1577-2005-000-15-00-0 - Ac. 1ª SDI 676/05-PDII. Rel. Luiz Carlos de Araújo. DOE 25.11.05, p. 3.

#### 10 - JUROS DE MORA. TAXA SELIC. ART. 406, DO CC. LEI N. 8.177/91. JUROS DE 1% AO MÊS, SIMPLES E PRO RATA. PREVALÊNCIA DA ÚLTIMA

Relativamente aos juros de mora, em que pese ser tentadora a tese adotada na origem, a qual defende a incidência da taxa SELIC respaldada na previsão do art. 406, do CC, não se vislumbra, *data venia*, como manter esse entendimento. Isto porque, lei geral a desnudada no CC, sucumbe ela à especial traduzida na Lei n. 8.177/91, diante do conteúdo do § 2º, do art. 2º, da LICC, maximizando, ainda, em favor da última, a mera supletividade daquela (CLT, art. 8º, parágrafo único). TRT/SP 15ª Região 704-2004-067-15-00-0 - Ac. 10ª Câmara 32.642/05-PATR. Rel. Valdevir Roberto Zanardi. DOE 15.7.05, p. 44.

#### 11 - MANDADO DE SEGURANÇA. BLOQUEIO EM CONTA CORRENTE UTILIZADA EXCLUSIVAMENTE PARA RECEBIMENTO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. SEGURANÇA CONCEDIDA

Diante de sua natureza alimentícia e com fundamento legal no art. 649, inciso VII, do CPC, não podem ser penhoradas as pensões percebidas do INSS, sob pena de se configurar violação a direito líquido e certo do impetrante. TRT/SP 15ª Região 1340-2005-000-15-00-9 - Ac. 1ª SDI 667/05-PDII. Rel. Manuel Soares Ferreira Carradita. DOE 25.11.05, p. 3.

#### 12 - MULTA. POR DESCUMPRIMENTO DE ACORDO JUDICIAL. ATRASO DE UM DIA NO PAGAMENTO DA TERCEIRA DE SETE PARCELAS. PAGAMENTO INTEGRAL E TEMPESTIVO DAS DEMAIS. INCIDÊNCIA DA MULTA PACTUADA. POSSIBILIDADE DE SUA REDUÇÃO PELO JUÍZO DA EXECUÇÃO. ART. 413 DO CCB

De acordo com o art. 413 do CCB, o Juiz tem o dever de reduzir a cláusula penal ajustada pelas partes se a obrigação é parcialmente cumprida. No caso dos autos, apenas uma de sete parcelas foi paga com atraso, e ainda assim de apenas um dia, circunstância que não justifica a incidência da multa pactuada de 50% sobre o valor total transacionado. Todavia, se faz exigível a sanção do inadimplemento, tendo em vista a necessidade de valorização da composição judicial, objetivo primeiro da prestação jurisdicional trabalhista. Agravo parcialmente provido para admitir a incidência da multa e fixá-la em patamar que se julga razoável em face do cumprimento integral da avença. TRT/SP 15ª Região 1318-2003-022-15-00-4 - Ac. 5ª Câmara 52.425/05-PATR. Rel. Marcelo Magalhães Rufino. DOE 4.11.05, p. 91.

#### 13 - PRESCRIÇÃO. INTERCORRENTE. PROCESSO DO TRABALHO. APLICA-

**BILIDADE. SÚMULA N. 327 DO STF E ART. 884, § 1º, DA CLT. COMPATIBILIDADE**

Embora a Súmula n. 114 do C. TST sinalize em sentido oposto, revela-se aplicável a prescrição intercorrente no Processo Laboral. Tal instituto, no entanto, deve atender à exigência do art. 884 da CLT que é a provocação da parte, por se tratar de matéria de defesa. Incabível, pois, o reconhecimento de ofício, na medida em que, embora a lei dos executivos fiscais aqui se aplique subsidiariamente, o próprio texto do § 4º do seu art. 40, com a nova redação dada pela Lei n. 11.051/04, denuncia, no particular, sua incompatibilidade com esta Especializada. TRT/SP 15ª Região 613-1994-048-15-00-4 - Ac. 8ª Câmara 61.294/05-PATR. Rel. Vera

Teresa Martins Crespo. DOE 19.12.05, p. 60.

**14 - PROCESSO DO TRABALHO. EXECUÇÃO. CLAUSULA PENAL E SUA LIMITAÇÃO**

À execução de multa, estabelecida em norma coletiva, aplica-se a limitação do art. 420, CC de 2002, não podendo seu valor ultrapassar o valor da obrigação principal. Difere do tratamento outorgado à *astreinte*, cujo objetivo é garantir o cumprimento de decisão judicial. A multa coletiva tem natureza contratual, estabelecida pelas próprias partes convenientes. Nesse sentido, aplicável a OJ n. 54, SDI-1, C.TST. Agravo de Petição a que se nega provimento. TRT/SP 15ª Região 1985-1984-032-15-00-0 - Ac. 3ª Câmara 45.553/05-PATR. Rel. Luciane Storel da Silva. DOE 16.9.05, p. 28.



## MATÉRIA NOVA

### 01 - ACIDENTE DE TRABALHO. INDENIZAÇÃO. IMPOSTO DE RENDA. ISENÇÃO

Por força do art. 6º, IV, da Lei n. 7.713, de 22.12.88, e do art. 39, XVII, do Decreto n. 3.000, de 26.3.99, a indenização por acidente de trabalho é isenta do imposto de renda, de maneira que essa isenção atinge também a indenização por danos morais, decorrente desse mesmo acidente, já que tais normas não fazem qualquer distinção entre o tipo de dano indenizado, não cabendo, portanto, ao intérprete fazê-lo. Recurso parcialmente provido. TRT/SP 15ª Região 1878-2002-113-15-00-5 - Ac. 6ª Câmara 62.304/05-PATR. Rel. Jorge Luiz Costa. DOE 19.12.05, p. 45.

### 02 - PARTE E SEU PATRONO. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. SOLIDARIEDADE. POSSIBILIDADE

Litigam de má-fé a parte e seu patrono que usam de recurso judicial apenas para aventar um ataque pessoal ao Magistrado "a quo" e para perpetuar no tempo questões inverossímeis. O óbice do parágrafo único do art. 32 da Lei n. 8.906/94 para a condenação solidária do patrono da parte se encontra ultrapassado nesta Justiça Especializada, primeiro, porque este entendimento colide frontalmente com os princípios da

celeridade e concentração dos atos no processo, segundo, porque, com a EC n. 45/04, não há que se falar na incompetência dessa Justiça para julgar tal questão, até mesmo por ter se originado de um processo trabalhista, e, por fim, a imunidade pretendida pelo dispositivo em questão viola o princípio da igualdade preceituado pelo art. 5º da CF, pois, se o advogado não pode ser apenado no processo porque dele não é parte, não poderia, igualmente, valer-se do mesmo para cobrar seus honorários. TRT/SP 15ª Região 264-2003-072-15-00-6 - Ac. 11ª Câmara 51.690/05-PATR. Rel. Flavio Nunes Campos. DOE 21.10.05, p. 66.

### 03 - PRESCRIÇÃO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS DECORRENTES DE ACIDENTE DE TRABALHO. ART. 7º, XXIX, DA CF

A prescrição aplicável aos casos de indenização por danos morais e materiais decorrentes de acidentes de trabalho, independentemente de qual ramo do Judiciário seja o competente para apreciá-los, é a prevista no inciso XXIX, do art. 7º, da Constituição da República, uma vez que mencionado dispositivo trata, genericamente, da prescrição de todos os "créditos resultantes das relações de trabalho", dentre os quais, por óbvio, en-

contram-se os oriundos de responsabilidade civil do empregador. E tal conclusão se agiganta ainda mais, pelo fato de que é no mesmo art. 7º que se acha também previsto o "seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a inden-

zação a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa" (inciso XXVIII). Prescrição reconhecida. TRT/SP 15ª Região 748-2005-135-15-00-5 - Ac. 6ª Câmara 31.745/05-PATR. Rel. Desig. Jorge Luiz Costa. DOE 8.7.05, p. 35.

# ÍNDICE DE EMENTAS

## 1ª Seção de Dissídios Individuais

Ementa	Referência	Ementa	Referência
<b>HABEAS CORPUS</b>			
- Preventivo. Depositário infiel. Penhora <i>on-line</i> . Ordem de bloqueio de valor. Ilegalidade do ato de ameaça ao direito constitucional de locomoção do gerente de banco .....	01	ordem pública (CLT, art. 831, parágrafo único). Violação de lei. Legitimidade do Ministério Público do Trabalho .....	01
		- Suspensão da execução requerida em ação cautelar .....	02
<b>MANDADO DE SEGURANÇA</b>		- Violação a dispositivo de lei. Matéria controvertida. Inexistência de violação a dispositivo constitucional .....	03
- Concessão. Honorários periciais prévios e direito de ação .....	02	<b>Direito Material</b>	
- Contra ato judicial. Inexistência de recurso com efeito suspensivo. Possibilidade de dano irreparável. Cabimento. Inteligência da Súmula n. 267, STF		<b>AÇÃO CIVIL PÚBLICA</b>	
- Ilegitimidade de parte. Extinção sem julgamento de mérito .....	03	- Danos morais. Direitos difusos e coletivos. Possibilidade .....	01
- Requerimento de extração gratuita de carta de sentença. Existência de declaração de miserabilidade, firmada pelo requerente ou por seu procurador. Requisito essencial preenchido. Ausência de assistência sindical. Irrelevância. Concessão. Inteligência das Leis ns. 1.060/50, 5.584/70, 7.115/83 e do art. 790, § 3º da CLT .....	04	<b>ACIDENTE DE TRABALHO</b>	
		- Responsabilidade do empregador pela reparação de danos morais e materiais .....	02
<b>2ª Seção de Dissídios Individuais</b>		<b>ACORDO JUDICIAL</b>	
<b>AÇÃO RESCISÓRIA</b>			
- Decisão homologatória que revoga decisão anterior, homologatória do mesmo acordo. Afronta a norma de		- trânsito em julgado. INSS. Contribuição previdenciária .....	03
		<b>ADICIONAL DE INSALUBRIDADE</b>	
		- Base de cálculo. Salário normativo ou contratual .....	04
		<b>APOSENTADORIA ESPONTÂNEA</b>	
		- Efeitos .....	05
		<b>ASSÉDIO MORAL</b>	
		- Insistência do empregador em deter-	

Ementa	Referência	Ementa	Referência
minar o cumprimento de transferência ilegal do empregado. Caracterização .....	06	- Jornada de trabalho semanal móvel e variável ajustada com antecedência de dez (10) dias. Remuneração por unidade de tempo. Transferência ao empregado dos riscos da atividade econômica. Ilegalidade .....	21
<b>COMISSÃO DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA</b>		<b>DIREITOS INDIVIDUAIS</b>	
- CCP. Constitucionalidade. Extensão da quitação conferida extrajudicialmente. Pagamento de verbas rescisórias. Eficácia liberatória restrita .....	07	- De cunho supralegal. Supressão ou redução pela via da negociação coletiva. Possibilidade .....	22
- Fraude .....	08	<b>EMPREGADA DOMÉSTICA</b>	
- Transação. Não validade. Vício de consentimento .....	09	- Salário-maternidade. Indenização substitutiva .....	23
<b>COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA</b>		<b>EMPREGADO DOMÉSTICO</b>	
- Servidor estadual. Unicidade contratual .....	10	- Caseiro. Transmutação para rurícola. Impossibilidade. Descaracterização da atividade rural .....	24
<b>CONTRATO A PRAZO</b>		<b>ENTIDADES FILANTRÓPICAS</b>	
- Superveniência de acidente de trabalho. Impossibilidade de extinção no termo normal. Prorrogação para o primeiro dia subsequente à cessação da causa suspensiva .....	11	- Responsabilidade pela correção do FGTS decorrente da aplicação da LC n. 110/01 .....	25
<b>CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA</b>		<b>ESTABILIDADE</b>	
- Acordo sem reconhecimento de vínculo empregatício. Incidência .....	12	- Por acidente de trabalho. Encerramento das atividades empresariais. Conseqüências .....	26
- Prestação de serviços autônomos a pessoa ou entidade familiar .....	13	- Provisória. Doença profissional. Configuração. Afastamento previdenciário. Desnecessidade .....	27
- Recolhimento. Conciliação homologada anteriormente ao julgamento .....	14	<b>EXTINÇÃO DO ESTABELECIMENTO</b>	
<b>CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS</b>		- Por motivo de despejo. Garantia de emprego por acidente do trabalho. Devida indenização ao empregado .....	28
- Juros .....	15	<b>FRANQUIA</b>	
<b>CORREÇÃO MONETÁRIA</b>		- E responsabilidade subsidiária .....	29
- E juros de mora. Diferenças. Depósito judicial .....	16	<b>GESTANTE</b>	
<b>DANO MORAL</b>		- Estabilidade provisória. Comunicação do empregador. Desnecessidade .....	30
- Indenização. Empréstimo bancário. SERASA .....	17	<b>GUELTA</b>	
<b>DANOS MORAIS</b> .....	18	- Conceito e natureza jurídica .....	31
- Exposição do trabalhador à situação vexatória .....	19	<b>INDENIZAÇÃO</b>	
<b>DIREITO DO TRABALHO</b>		- Por dano moral. Fixação do <i>quantum</i> devido .....	32
- Enquadramento sindical. Atividade econômica .....	20		

Ementa	Referência	Ementa	Referência
<b>INTERVALO INTRAJORNADA</b>		<b>RELAÇÃO DE TRABALHO</b>	
- Duração. Conformidade com a carga horária efetiva .....	33	- Serviços de corretagem. Competência desta justiça especializada .....	45
<b>INTERVENÇÃO</b>		<b>SEGURO-DESEMPREGO</b>	
- Do Poder Público Municipal. Sucessão. Responsabilidade. Solidariedade. Subsidiariedade. Responsabilidade objetiva. Risco administrativo .....	34	- Habilitação. Indenização. Conversão. Substituição por multa diária. Impossibilidade .....	46
<b>JUSTA CAUSA</b>		<b>TRABALHO AVULSO</b>	
- Absolvição no âmbito penal por falta ou insuficiência de provas. Vinculação. Coisa julgada. Efeitos .....	35	- Irregularidade .....	47
<b>MANDADO DE SEGURANÇA</b>		<b>Direito Processual</b>	
- Antecipação dos efeitos da tutela. Dirigente sindical. Ilegalidade. Concessão da segurança requerida .....	36	<b>AÇÃO</b>	
- Caixa Econômica Federal. Alvará judicial para pagamento de seguro desemprego, não autorizado pelo Ministério do Trabalho. Ato ilegal, violador de direito líquido e certo da impetrante .....	37	- De indenização. Por danos morais e materiais decorrentes de acidente de trabalho. Competência da justiça do trabalho .....	01
<b>MULTA</b>		- Rescisória. Ausência de préquestionamento. Irrelevância .....	02
- De 40% sobre expurgos inflacionários. Ausência de prova do recebimento do principal. Documento essencial. Extinção do processo sem apreciação do mérito .....	38	- Rescisória. Carência de ação por impossibilidade jurídica do pedido. Pedido de rescisão de sentença, quando há acórdão. Efeito supletório. Recurso parcial. Inocorrência da hipótese argüida .....	04
<b>NEGOCIAÇÃO COLETIVA</b>		- Rescisória. Controvérsia. Matéria constitucional. Necessidade de análise .....	04
- De participação nos resultados deve respeitar o princípio da isonomia (art. 5º, CF) .....	39	- Rescisória. Diferenças salariais existentes entre os reajustes previstos na legislação federal e aqueles concedidos pela municipalidade. Portaria de política salarial n. 42/92. Base de cálculo para a incidência do reajuste nela previsto: o salário do mês de setembro de 1991, com a dedução da antecipação concedida pela Portaria n. 907/91, ou o salário do mês de agosto desse mesmo ano, sob pena de locupletamento ilícito. Violação à lei. Não ocorrência .....	02
- Eficácia normativa .....	40	- Rescisória. Ré: municipalidade controversa. Matéria constitucional - Rescisória. Ré: Municipalidade. Carência de ação por impossibilidade jurídica do pedido. Pedido de rescisão de sentença, quando há acórdão. Efeito supletório. Recurso parcial. Inocorrência da hipótese argüida .....	04
<b>PASTOR EVANGÉLICO</b>			
- Ministro de confissão religiosa. Sacerdócio ou emprego? Relação de emprego inexistente .....	41		
<b>PERÍCIA</b>			
- Aferição de doença profissional. Fisioterapeuta. Invalidez .....	42		
<b>PRESCRIÇÃO</b>			
- Interrupção pelo ajuizamento de ação trabalhista que foi, posteriormente, arquivada .....	43		
- Renúncia. Prática de atos incompatíveis .....	44		

Ementa	Referência	Ementa	Referência
- Rescisória. Violação de texto constitucional. Servidor celetista que teve suposto direito à estabilidade recusado. Inexistência de interpretação do STF dotada de eficácia subjetiva universal e efeito vinculante .....	04	- Territorial. Faculdade de escolha do empregado transferido. Inteligência do art. 651 da CLT .....	10
- Rescisória. Violação de texto constitucional. Servidor celetista que teve suposto direito à estabilidade recusado. Inexistência de interpretação do STF dotada de eficácia subjetiva universal e efeito vinculante .....	04	- Territorial. Terceirização.....	11
- Rescisória. Violação literal do texto constitucional. Exegese determinada pelo STF. Pronunciamento apto a rescindir julgados em sentido contrário .....	04	<b>CONFLITO DE COMPETÊNCIA</b>	
- Rescisória. Violação literal do texto constitucional. Exegese determinada pelo STF. Pronunciamento apto a rescindir julgados em sentido contrário .....	04	- Entre Juiz de Tribunal e Vara do Trabalho pertencente à mesma Região. Impossibilidade .....	12
- Rescisória. Violação literal do texto constitucional. Relevância ímpar. Exegese determinada pelo STF.....	04	<b>CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO</b>	
<b>ACIDENTE DO TRABALHO</b>			
- Indenização. Ação em face do empregador. Competência da justiça do trabalho .....	03	- Natureza jurídica de execução invertida. Revelia. Pagamento das rescisórias. Eficácia. Quitação do extinto contrato. Impossibilidade jurídica .....	13
<b>ADITAMENTO</b>			
- Da inicial. Pedido formulado em réplica. Impossibilidade de deferimento.....	04	<b>CURADOR ESPECIAL</b>	
<b>AGRAVO DE PETIÇÃO</b>			
- Embargos de terceiro. Adquirente de boa-fé. Fraude à execução não configurada .....	05	- Nomeação para o réu revel. Incompatibilidade com o processo do trabalho .....	14
<b>ANTECIPAÇÃO DE TUTELA</b>			
- Em face do ente público. Cabimento .....	06	<b>DANOS MORAIS</b>	
<b>ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA</b>			
- Época própria. Inaplicabilidade do parágrafo único do art. 459 da CLT .....	07	- Indenização. Prescrição trabalhista .....	03
<b>CELERIDADE</b>			
- Informalidade e ampla defesa no processo laboral .....	08	<b>EMBARGOS DECLARATÓRIOS</b>	
<b>COMPETÊNCIA</b>			
- Direito de espectro nacional. Sindicato .....	09	- Alcance .....	15
		- Interrupção.....	16
		<b>GREVE</b>	
		- Interdito proibitório. Conflito de natureza trabalhista. Competência funcional do Juiz de Primeira Instância.....	17
		<b>HONORÁRIOS DE ADVOGADO</b>	
		- Na justiça do trabalho. Art. 404 do atual CC. Revogação do art. 20 do CPC e dispositivos da Lei n. 5.584/70 (inteligência do art. 2º, § 2º da LICC).....	18
		<b>JULGAMENTO EXTRA PETITA</b>	
		- Nulidade. Inexistência .....	19
		<b>JUSTIÇA GRATUITA</b>	
		- Depósito recursal. Empregador.....	20
		<b>MINISTÉRIO PÚBLICO</b>	
		- Ilegitimidade passiva. Falta de personalidade jurídica própria .....	21
		<b>NORMA COLETIVA</b>	
		- Que estabelece situação em que motorista tem sua jornada regida pelo art. 62, 'a', da CLT. Impossibilidade .....	26

Ementa	Referência	Ementa	Referência
<b>NULIDADE</b>		<b>VIGÊNCIA</b>	
- Do pedido de dispensa decorrente de vício na manifestação de vontade por parte do empregado. Tipificação .....	06	- Direito coletivo transitório ou permanente .....	09
- Cerceamento de defesa. Oportunidade de arguição .....	22	<b>Direito Rural</b>	
<b>PETIÇÃO INICIAL</b>		<b>COLHEITA DA LARANJA</b>	
- Indeferida. Decisão primária que se confirma .....	23	- Alegação da reclamada de contratação com o produtor sob a forma de <i>fruta posta</i> .....	01
<b>PROCESSO DO TRABALHO</b>		<b>CONTRATOS DE SAFRA</b>	
- Honorários advocatícios. Arts. 395 e 404 do NCC. Impossibilidade .....	24	- Nulidade da cláusula de temporariedade quando inobservada sua formalização (art. 29, da CLT).....	02
- Recurso ordinário. Ausência de revisor. Aplicação do art. 551 do CPC. Hipótese de silêncio eloquente do legislador consolidado. Não aplicação da supletividade prevista no art. 769 da CLT.....	25	<b>DIVISOR</b>	
<b>PROVA</b>		- Unidade de produção. Adicional de horas extras .....	04
- Cartões de ponto. Cópias juntadas pelo reclamante. Momento para fazê-lo .....	26	<b>ECN. 28</b>	
<b>RECONVENÇÃO</b>		- Prescrição. Rurícula. ....	03
- Rito sumariíssimo. Cabimento .....	27	<b>INTERVALO</b>	
<b>RECURSO</b>		- Trabalho rural. Art. 71 da CLT. Inaplicabilidade .....	04
- Adesivo. E o princípio da unirecorribilidade .....	28	<b>SEGURO-DESEMPREGO</b>	
- De multa. Sistema de recursos trabalhistas. Inexistência .....	29	- Habilitação. Indenização. Conversão. Impossibilidade.....	04
- Ordinário. Efeito devolutivo. Questão subjacente à matéria recorrida, não apreciada pela primeira instância. Conhecimento independente de embargos declaratórios.....	30	<b>Execução</b>	
<b>REMESSA OFICIAL</b>		<b>AGRAVO DE PETIÇÃO</b>	
- Não conhecimento .....	31	- Arrematação pelo credor-exequente. Possibilidade. Nulidade inexistente .....	01
<b>SALÁRIO</b>		<b>APLICAÇÃO</b>	
- Tempestividade do pagamento. Ônus da prova .....	32	- Da taxa SELIC (art. 406 do NCC) às dívidas trabalhistas .....	02
<b>SUSPENSÃO</b>		<b>AUTORIZAÇÃO JUDICIAL</b>	
- Da determinação de processamento da produção antecipada de provas. Direito líquido e certo. Inocorrência .....	33	- Para o abate dos animais constritos. Desconstituição do arresto. Desoneração do depositário. Não cabimento. Caracterização da infidelidade. Não concessão do <i>habeas corpus</i> .....	08
		<b>AVALIAÇÃO</b>	
		- Fé pública do Oficial de Justiça e prova técnica .....	03

Ementa	Referência	Ementa	Referência
<b>CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA</b>		<b>MANDADO DE SEGURANÇA</b>	
- Acordo em fase de execução. Homologação. Recurso .....	04	- Bloqueio em conta corrente utilizada exclusivamente para recebimento de benefício previdenciário. Segurança concedida .....	11
- Acordo posterior ao trânsito em julgado da sentença. Possibilidade. Consequência .....	04	<b>MULTA</b>	
- Acordo posterior ao trânsito em julgado da sentença. Fato gerador. Expectativa de direito.....	04	- Por descumprimento de acordo judicial. Atraso de um dia no pagamento da terceira de sete parcelas. Pagamento integral e tempestivo das demais. Incidência da multa pactuada. Possibilidade de sua redução pelo juízo da execução. Art. 413 do CCB .....	12
<b>DEPOSITÁRIO</b>		<b>PRESCRIÇÃO</b>	
- Nomeação. Possibilidade .....	07	- Intercorrente. Processo do trabalho. Aplicabilidade. Súmula n. 327 do STF e art. 884, § 1º, da CLT. Compatibilidade .....	13
<b>EDITAL</b>		<b>PROCESSO DO TRABALHO</b>	
- Falta de publicação em jornal local (CLT, art. 888). Nulidade.....	03	- Execução. Cláusula penal e sua limitação.....	14
<b>EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE</b>		<b>VALOR DE MERCADO</b>	
- Não conhecida. Agravo de petição incabível .....	05	- Validade.....	03
<b>EXECUÇÃO</b>		<b>Matéria Nova</b>	
- Arrematação. Credor licitante .....	06	<b>ACIDENTE DE TRABALHO</b>	
- Excesso de penhora. Argumento que não pode ser validamente utilizado apenas para eternizar um processo.....	07	- Indenização. Imposto de renda. Isenção.....	01
<b>HABEAS CORPUS</b>		<b>PARTE E SEU PATRONO</b>	
- Constrição de semoventes. Perecimento do bem por negligência do depositário. Ônus da prova do fiel cumprimento ao encargo. Infidelidade caracterizada. Ordem que não se concede.....	08	- Litigância de má-fé. Solidariedade. Possibilidade .....	02
- Depositário infiel. Furto do bem depositado. Prisão civil.....	09	<b>PRESCRIÇÃO</b>	
<b>JUROS DE MORA</b>		- Indenização por danos morais e materiais decorrentes de acidente de trabalho. Art. 7º, XXIX, da CF .....	
- Taxa SELIC. Art. 406, do CC. Lei n. 8.177/91. Juros de 1% ao mês, simples e <i>pro rata</i> . Prevalência da última .....	10		