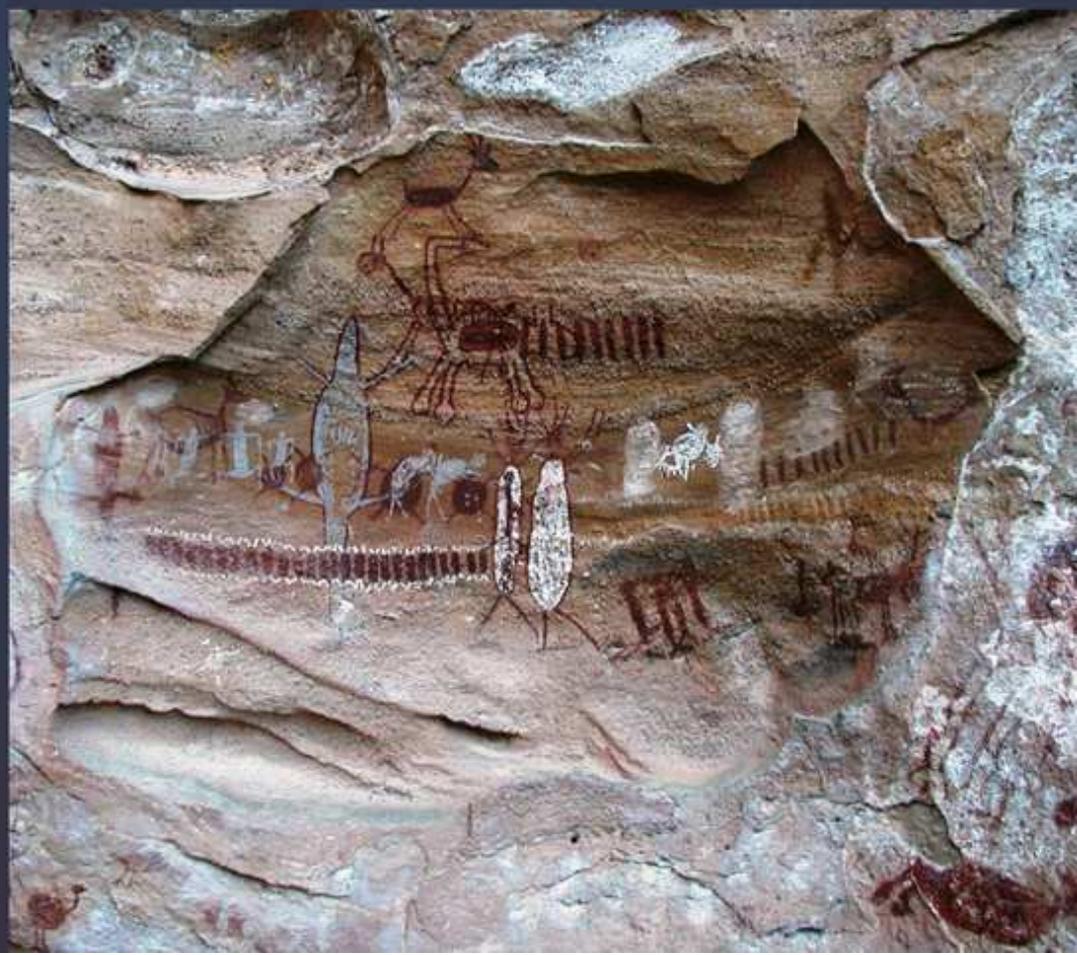


REVISTA DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 22^a REGIÃO

Doutrina - Jurisprudência - Notícias

v. 6, n. 1, janeiro/dezembro 2009 - Teresina



REVISTA DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 22^a REGIÃO

v. 6, n. 1, janeiro/dezembro 2009 - Teresina



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO

REVISTA DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 22ª REGIÃO

v. 6, n. 1, janeiro/dezembro 2009 - Teresina

**Doutrina
Jurisprudência
Notícias**

**Traz alguns trabalhos apresentados no
I CONGRESSO BRASILEIRO DE FILOSOFIA DO DIREITO (2009,
Teresina)**

ISSN 1519-4973

R. TRT da 22ª Região	Teresina	v. 6	n. 1	p.1 - 476	jan. / dez. 2009
----------------------	----------	------	------	-----------	------------------

© 2009 TRT da 22ª Região

Todos os artigos são de inteira responsabilidade dos autores.

Comissão da Revista: Desembargador Francisco Meton Marques de Lima
Juiz Giorgi Alan Machado Araújo
Juiz Carlos Wagner Araújo Nery da Cruz

Comissão Editorial: Robson Silva Costa (Assessor de Comunicação)
Maria Creuza de Sales (Bibliotecária)

Produção e diagramação: Franciberto Ribeiro

Capa: Reprodução **Impressão:**

Tiragem: 1000 exemplares

Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 22ª Região. - volume. 6, n. 1, (1993/1994). - Teresina: Tribunal Regional do Trabalho da 22ª Região, 2009 -.

Anual.

ISSN 1519-4973.

1. Direito do Trabalho – Periódicos. 2. Jurisprudência trabalhista. I. Brasil. Tribunal Regional do Trabalho. (Região, 22ª). II. Título

CDD: 34(05)

CDU: 34: 331(81)(05)

Correspondência:
Tribunal Regional do Trabalho da 22ª Região
Rua 24 de Janeiro, 181 – Centro
64000- 921 – Teresina – PI.
www.trt22.jus.br

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 22ª REGIÃO

COMPOSIÇÃO BIÊNIO 2009/2010

PRESIDENTE

Desembargador Manoel Edílson Cardoso

VICE-PRESIDENTE

Desembargador Wellington Jim Boavista

DESEMBARGADORES

Desembargador Laércio Domiciano
Desembargador Francisco Meton Marques de Lima
Desembargador Fausto Lustosa Neto
Desembargadora Enedina Maria Gomes dos Santos
Desembargadora Liana Chaib
Desembargador Arnaldo Boson Paes

VARAS DO TRABALHO

1ª VARA DO TRABALHO

Titular: Juíza Thânia Maria Bastos Lima Ferro

2ª VARA DO TRABALHO

Titular: Juíza Liana Ferraz de Carvalho

3ª VARA DO TRABALHO

Titular: Juiz Giorgi Alan Machado Araújo

4ª VARA DO TRABALHO

Titular: Juíza Basiliça Alves da Silva

VARA DO TRABALHO DE PARNAÍBA

Titular: Juiz José Carlos Vilanova Oliveira

VARA DO TRABALHO DE SÃO RAIMUNDO NONATO

Titular: Juiz Ferdinand Gomes dos Santos

VARA DO TRABALHO DE PICOS

Titular: Juiz Francílio Bibio Trindade de Carvalho

VARA DO TRABALHO DE CORRENTE

Titular: Juiz Carlos Wagner Araújo Nery da Cruz

POSTO AVANÇADO DE BOM JESUS

Titular: Juiz Carlos Wagner Araújo Nery da Cruz

VARA DO TRABALHO DE PIRIPIRI

Titular: Juiz Tibério Freire Villar da Silva

VARA DO TRABALHO DE FLORIANO

Titular: Juiz João Luiz Rocha do Nascimento

VARA DO TRABALHO DE OEIRAS

Titular: Juíza Alba Cristina da Silva

JUÍZES DO TRABALHO SUBSTITUTOS

Juiz Roberto Wanderley Braga

Juíza Sylvia Helena Nunes Miranda

Juíza Daniela Martins Soares Barbosa

Juiz André Esteves de Carvalho

Juíza Kaline Lewinter

Juiz Adriano Craveiro Neves

Juíza Nara Zoé Furtado Gomes

Juiz Thiago Spode

Juíza Benedita Guerra Cavalcante Paes Landim

Juíza Alessandra Duarte Antunes dos Santos Freitas

Juíza Regina Coelli Batista de Moura Carvalho

Juíza Maria Josuíta Barros Machado

Juíza Ana Ligyán de Sousa Lustosa Fortes do Rêgo

Juíza Elisabeth Rodrigues

Juíza Mariana Siqueira Prado

Juíza Luciane Rodrigues do Rego Monteiro Sobral

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	9
 DOCTRINA	
AS BASES DE SUSTENTAÇÃO DA SÚMULA VINCULANTE Nº 13 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL Francisco Meton Marques de Lima Filho	11
SALÁRIO E OS DOGMAS DA PENHORABILIDADE E IMPENHORABILIDADE. UM DIREITO DE PROPRIEDADE? Liana Chaib	43
A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO E SUA APLICAÇÃO NAS RELAÇÕES DE TRABALHO Arnaldo Boson Paes	64
PRECATÓRIO: ORDEM DE SEQUESTRO Décio Sebastião Daidone	81
AÇÃO COLETIVA PASSIVA ORIGINÁRIA: AÇÕES CONTRA O GRUPO, CATEGORIAS OU CLASSES- APLICAÇÃO EM FACE DA TUTELA DOS DIREITOS METAINDIVIDUAIS Carlos Wagner Araújo Nery da Cruz	84
DIREITO HUMANO A UMA JUSTIÇA EFETIVA: DEVER ÉTICO E SANÇÕES REPRESSORAS Roberto Wanderley Braga	123
PROTEÇÃO JURÍDICA AO TRABALHADOR RURAL E SUA CONCRETIZAÇÃO PELA JUSTIÇA DO TRABALHO Mariana Siqueira Prado	147
ROTINAS DE SECRETARIAS DE VARAS DO TRABALHO José Francisco Benigno Martins	167

PRINCÍPIO PROTETOR E FLEXIBILIZAÇÃO DE DIREITOS
Maria José Marques Benigno Martins 177

A FRATERNIDADE COMO PRINCÍPIO: NOVO PARADIGMA NA SOLUÇÃO DAS RELAÇÕES JURÍDICAS
José Rosa de Almeida 196

PREMISSAS HISTÓRICAS E TEÓRICAS SOBRE A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO
Danilo Nascimento Cruz 218

CONFERÊNCIAS

POSIÇÃO DAS CORTES CONSTITUCIONAIS NO SISTEMA JURÍDICO: PEQUENA CONTRIBUIÇÃO PARA DISCUTIR FUNDAMENTOS RACIONAIS DO PENSAR NOS TEMPOS DE JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO A PARTIR DA TEORIA DE SISTEMAS SOCIAIS AUTOPOIÉTICOS
Willis Santiago Guerra Filho 244

PAINEL

RESGATE DA MORAL COMO FONTE DE DIREITOS INDIVIDUAIS E COLETIVOS
Celso Barros Coelho 254

QUEBRA DE PARADIGMAS E INTERPRETAÇÃO JURÍDICA: ENTRE INSTRUMENTALISMO E CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PROCESSO
José Emílio Medauar Ommati 268

RESUMO DE TESES E DISSERTAÇÕES

A EVOLUÇÃO DA NORMA PRINCÍPIO PARA A NORMA VALOR
Francisco Meton Marques de Lima 318

OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS IMPLÍCITOS E A VITALIDADE DA CONSTITUIÇÃO	
João Vinícius Brito da Silva	322

TEORIA TRIDIMENSIONAL DO DIREITO: UMA VISÃO INTERDISCIPLINAR DO FENÔMENO JURÍDICO	
Laurindo Carlos de Oliveira Júnior	324

AS RAÍZES JURÍDICAS DO CÁLCULO	
Lossian Barbosa Bacelar Miranda	326

ACÓRDÃOS DO TRT-22ª REGIÃO

PROCESSO TRT nº RO – 00237-2008-105-22-00-6	
RELATOR : DES. WELLINGTON JIM BOAVISTA	329

PROCESSO TRT IUJ Nº 00183-2009-000-22-00-0	
RELATOR: DES. FRANCISCO METON MARQUES DE LIMA ...	337

PROCESSO TRT - AR N. 00280-2008-000-22-00-1	
RELATOR: DES. FAUSTO LUSTOSA NETO	363

PROCESSO TRT - RO Nº 00735-2009-004-22-00-5	
RELATORA: DES. ENEDINA MARIA GOMES DOS SANTOS ...	377

PROCESSO TRT - RO Nº01494-2008-001-22-00-1	
RELATORA: DES. LIANA CHAIB	389

PROCESSO TRT – RORO-0022000-30.2009.5.22.0102	
RELATOR: DES. ARNALDO BOSON PAES	394

SENTENÇAS

PROCESSO Nº 02022-2009-004-22-00-6	
Juiz Roberto Wanderley Braga	416

PROCESSO Nº 00420-2009-004-22-00-8	
Juiz Roberto Wanderley Braga	434

PROCESSO Nº 00261.2008.104.22.00-9

Juíza Regina Coelli Batista de Moura Carvalho 448

DECISÕES ADMINISTRATIVAS

RESOLUÇÃO ADMINISTRATIVA Nº 28/2009

Disciplina a criação, instalação e funcionamento de Postos

Avançados da Justiça do Trabalho no âmbito do TRT da

22ª Região 461

RESOLUÇÃO ADMINISTRATIVA Nº 101/2009

Autoriza a publicação de edital de abertura de processo de remoção

para o Tribunal Regional do Trabalho da 22ª Região, em 3 (três)

cargos vagos de Juiz do Trabalho Substituto, observados os critérios

preconizados na Resolução nº 21/2006 d o Conselho Superior da

Justiça do Trabalho (CSJT) 465

NOTICIÁRIO 470

APRESENTAÇÃO

O Tribunal Regional do Trabalho da 22ª Região – TRT-PI vem passando por mudanças estruturais e de paradigmas, com inafastáveis repercussões na sua dinâmica de atuação, o que leva à imperiosa necessidade de reexame da legislação, da doutrina e dos princípios que regem o Direito do Trabalho.

Como é público e notório, é cada vez mais latente a crescente judicialização das relações sociais, com um acentuado incremento também na esfera trabalhista, e com uma manifesta intolerância da sociedade a qualquer tipo de demora dos processos, notadamente aqueles que tratam de créditos de natureza alimentar, matéria-prima da jurisdição trabalhista.

Tal situação impõe a todos que trabalham com essa dinâmica ciência humana, que é o Direito, a cada vez mais procurar o aprimoramento funcional, profissional e intelectual, para bem manejar a lei e o processo e, assim, proporcionar ao cidadão que busca a Justiça uma excelente prestação jurisdicional.

A Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 22ª Região tem como meta e objetivo primordial contribuir para este aprimoramento de quem faz o Direito, principalmente o Direito do Trabalho, incentivando o debate e a troca de idéias que possam colaborar para uma atividade judicante célere e eficaz, edificando uma Justiça do Trabalho eficiente e atenta aos anseios da sociedade.

Como não poderia deixar de ser, no regime democrático que em vivemos, a Revista é plural como a própria Justiça do Trabalho, divulgando teses de magistrados, juristas, professores e servidores, além de decisões marcantes do nosso quadro de juízes.

Rotinas atuais e polêmicas como a súmula vinculante, penhorabilidade do salário, função social do contrato, precatório, ação coletiva, trabalho rural, flexibilização de direitos e outros temas de

relevância, são abordados nesta edição de nossa Revista e, com certeza, serão objeto de estudos e leituras que resultará no aprimoramento da prestação jurisdicional.

Assim, é com imensa satisfação que apresentamos a nossa Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 22ª Região na certeza de que estamos contribuindo para a obtenção do objetivo finalístico da Justiça do Trabalho que é a JUSTIÇA SOCIAL.

Teresina-PI, novembro de 2009.

DESEMBARGADOR MANOEL EDILSON CARDOSO
Desembargador Presidente do TRT da 22ª Região

AS BASES DE SUSTENTAÇÃO DA SÚMULA VINCULANTE Nº 13 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Francisco Meton Marques de Lima Filho*

RESUMO

A Súmula Vinculante surge com vistas a aperfeiçoar a eficiência na segurança jurídica, celeridade de trâmite de processos judiciais e, especialmente, a n. 13, visa à moralização da Administração Pública no Brasil. Contudo, ela se insere em delicada posição quanto à integração harmônica com instituições estatais basilares. Expõe-se o instituto a partir de dois grandes aspectos: breve estudo da Súmula Vinculante, compreendendo sua definição e contexto histórico de seu surgimento, e princiologia da Súmula em questão, compreendendo estudo do recurso ao princípio ético da norma (conteúdo geral da prescrição em estudo) e princípios jurídicos fundamentais, que lhe formam o conteúdo específico.

Palavras-chave: Súmula Vinculante nº. 13. Súmula Vinculante. Norma como princípio ético. Princípios da Administração Pública Brasileira. Nepotismo. Princípio Republicano.

1 INTRODUÇÃO

A Emenda Constitucional n. 45/2004, dentre tantas outras novidades, conferiu ao Supremo Tribunal Federal – STF competência para editar Súmula Vinculante. Utilizando essa competência, a partir de julgamento de casos concretos, o STF editou a Súmula Vinculante

* Prof. da UFPI, Desembargador do TRT 22ª Região, Doutor em Direito Constitucional pela UFMG.

nº. 13, a qual veda a prática do nepotismo no âmbito dos Três Poderes nas três esferas da Federação. Sua inserção no arcabouço jurídico-político nacional comporta vasta discussão, que vai desde os princípios estruturantes, como o federativo, o republicano, o da não-discriminação, os específicos da moralidade e da eficiência, até ideologias, como ativismo judicial.

As Súmulas Vinculantes inserem-se em contexto delicado da história do Brasil. Conforme noticiado pela mídia de massa, parece o Poder Judiciário estar passando por mais um momento de crise. Em verdade, há crise porquanto suas instituições são mitigadas.

O questionamento não padece de todo de invalidade. Dentre os motivos de uma suposta “crise”, está relacionado o fato da inviabilidade temporal da prestação jurisdicional.

Os próprios integrantes-chave desse Poder, quando em proferimento de sua opinião particular em eventos públicos, recordam, por exemplo o intenso decurso temporal que se leva até que uma demanda seja processada na mais alta Corte federal.

Ressalte-se que a luta por mudanças na dita função estatal também tem profundas implicações sobre outros ramos da vida social.

Para começar, há o prejuízo cidadão dos que reclamam o Direito mas não recebem a tutela jurisdicional. Tal costuma ser acompanhado de intenso desgaste em apresentar-se diante das cortes judiciárias.

Um dos pontos desfavoráveis dessa circunstância está justo em o Poder Judiciário ser por natureza sedentário. No quinto maior país do mundo em dimensão territorial, sendo praticamente toda ela habitável, muitas vezes procurar a garantia jurisdicional é tarefa dispendiosa. Isso

quando à pessoa consegue chegar informação a respeito de quais são seus direitos e de a quem recorrer para reclamá-los.

A ele soma-se uma própria carga de tradicionalismo que, em vez de encorajar os cidadãos, muitas vezes constrange os humildes. Há ainda grande prejuízo ao país expressado por aqueles que calam diante da íngreme passagem que teriam que percorrer até verem satisfeitos os seus direitos.

Baseada nesse contexto social, a Súmula Vinculante surge voltada a reduzir o tempo de dicção do Direito ao administrado. Para tanto, a premissa de que se usa o constituinte reformador para instauração desse instituto é a da antecipação da última palavra.

A revelação adiantada do Direito a cada caso concreto dá-se através de comando contido em texto aprovado pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal a partir da recorrência de casos semelhantes. É uma adaptação do instituto de súmula uniformizadora de jurisprudência dos tribunais.

A súmula uniformizadora é idéia baseada na persuasão dos juízos, principalmente. São textos de intensa força argumentativa, para o que o jurista, em as mencionando, já chama para si a concordância de uma tese exaustivamente debatida e favorável ao seu argumento.

A Súmula Vinculante, é igualmente elaborada comunicando um julgamento uniforme sobre tema recorrente. Por seu turno, reveste-se de caráter mandamental. Traduz-se tanto por uma ordem, como pelo direito de reclamação do cumprimento da ordem.

Em seguida, parte-se para o estudo do “espírito” da Súmula Vinculante nº 13. Esta é mais uma arma pretendida pelo Judiciário

para coibir o patrimonialismo multissecular de que se reveste o ministério da política no Brasil.

Desde já, informa-se que o presente trabalho guiar-se-á, no desvelamento do conteúdo dessa súmula, a partir das discussões feitas pelos Excelentíssimos Senhores Ministros do STF em torno do julgamento do Recurso Extraordinário de nº 579.951-4.

2 ESTUDO DA BASE INSTITUCIONAL DA SÚMULA VINCULANTE Nº 13

2.1 Considerações Iniciais

O instituto da Súmula Vinculante é categoria da qual o objeto-tema do capítulo é parte e, como tal, é aquele o ontos detentor das características mais íntimas que determinam a configuração deste.

Para tanto, procede-se à apresentação da Súmula Vinculante segundo seu contexto de surgimento, ao que depois se sucede uma revisão do alcance deste novo aparato constitucional, nos planos formal e epistemológico.

2.2 Contexto histórico-político da inserção do instrumento da “Súmula Vinculante”

A Súmula Vinculante não é instrumento original no Brasil. Nem, por consequente, de discussão recente. Por nascedouro de instituto com a mesma idéia de atuação, Cármen Lúcia Antunes Rocha (1997, p. 53) dá conta da existência dos assentos no Brasil ainda governado pelas Ordenações Filipinas.

Esses instrumentos eram julgados na Casa de Suplicação. A finalidade deles era expurgar dúvidas jurídicas sobre causas em julgamento, ao final de que se expedia o assento com conteúdo com força de norma.

Ainda a autora informa que, em 1828, instituto análogo no Direito Brasileiro mandava que os juízes do Supremo Tribunal de Justiça, órgão máximo do Poder Judiciário, enviasse para o Governo propor ao Corpo Legislativo, todos os anos, uma relação de causas em que se mostrassem lacunas, vícios e ineficiência da legislação. Certamente, este procedimento atendia ao ideal liberal, segundo o qual o juiz era apenas a boca da lei, não podendo criar normas, mas solicitá-las ao poder legislativo.

Na República Brasileira, adotou-se o instituto do prejudgado primeiro em processo civil (com o Código de Processo Civil de 1939) e depois em matéria trabalhista. Informam Géron Marques Lima e Meton Marques Lima (2005, p. 71) que o prejudgado, em matéria trabalhista, foi extinto pela Lei nº 7033, de 1982. O prejudgado emitido pelo Tribunal Superior do Trabalho também tinha força vinculativa.

Antiga também é a contestação desse instituto no Direito Brasileiro. Cite-se, como exemplo, caso judicial em que atuou Ruy Barbosa defendendo, em 1895 o juiz Alcides Lima, do Rio Grande do Sul. O eminente advogado sustentou que, em prevalecendo a vinculação sobre a independência da magistratura, estaria criado o crime de hermenêutica.

A Súmula Vinculante foi concepção obtida no seio das discussões a respeito da Emenda Constitucional nº 45, de 31 de dezembro de 2004, para o que inseriam-se no Brasil diversas medidas voltadas para operacionalização do Poder Judiciário.

Não é demais explicitar que iniciativa de tamanho vulto goza de algum caráter alarmador, porquanto essa Emenda, chamada Reforma do Poder Judiciário, inseriu múltiplas novas instituições, extinguindo outras tantas, além de redefinir atividades relacionadas ao exercício da jurisdição mas exteriores ao Poder Judiciário. Isso para não frisar o fato de que a mudança de vulto ocorre quando o novo poder constitucional, fundado com a nova Carta Magna, completara apenas 16 anos.

Dentre as criações antecipadas pelos parágrafos anteriores, estão, como exemplos mais ilustrativos do espírito dessa reforma, a exigência de três anos de prática jurídica para o exercício dos cargos de juiz ou membro do Ministério Público (BRASIL. Constituição..., arts. 93, I, e art. 129, § 3º), a concessão de autonomia financeira e administrativa à Defensoria Pública (BRASIL. Constituição..., art. 134, § 2º), a extinção dos Tribunais de Alçada (art. 4º da Emenda), e a criação do Conselho Nacional de Justiça – CNJ e do Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP.

2.3 Definição formal de Súmula Vinculante

A definição formal da Súmula Vinculante consta na Constituição, em detalhes, tendo sido inserta através de emenda constitucional. Seu disciplinamento está compreendido no art. 103-A.

O dispositivo tanto dá iniciativa ex officio para que o STF proceda à elaboração da Súmula, quanto faculta que órgãos legitimados a solicitem. Entretanto, o processo de aprovação da mesma é complexo, contando com os requisitos de reiteradas decisões de certa matéria constitucional e do voto de 2/3 dos membros do colegiado.

Nos termos do caput desse artigo, estendem-se os efeitos da Súmula Vinculante ao Poder Público de todo o país, nas três esferas da federação (União Estados e Municípios), vinculando os juizes de todas as instâncias ao seu conteúdo.

O § 1º do mesmo artigo revela o conteúdo desse instituto, que é determinar a validade, a interpretação e a eficácia de normas sobre que haja controvérsia entre os órgãos públicos que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. A Súmula Vinculante atuará, do disposto nesse artigo, obrigando jurisprudência uniforme nos juízos e abreviando o decurso de demandas judiciais.

2.4 Definição epistemológica da Súmula Vinculante

Nos termos do art. 103-A da Constituição Brasileira, a Súmula Vinculante é preceito de natureza obrigatória, vinculante a todos os Poderes da República, em todas as entidades federativas que a compõem. O conteúdo desse preceito é disposição imperativa do Supremo Tribunal Federal a respeito de como devem ser julgados casos que se enquadrem na hipótese prevista nesses enunciados normativos.

Em célebre lição de José de Albuquerque Rocha (2009, p. 2646), a Súmula Vinculante é um enunciado, porquanto caracteriza-se como um conjunto de palavras dotado de sentido completo. Já o conteúdo desse enunciado, do que se infere da leitura do referido artigo, não pode ser outro senão o prescritivo, vez que traduz-se por um mandamento, como é obrigatório a esse ato (que deve definir uma conduta de solução dos processos judiciais). Esta modalidade contrapõe-se ao enunciado descritivo, que nos textos jurídicos destina-se a acertar o conteúdo dos atos mandamentais.

Leciona o professor que o conteúdo das prescrições é a norma, aqui entendido como o comando comunicado a partir do enunciado prescritivo. A discriminação desse conceito é importante por revelar, na minúcia científica, legitimidade e eficácia dos comandos proferidos pela Súmula Vinculante, porquanto esta deriva da vontade do sistema jurídico sobre que ela produz seus efeitos.

No que concerne às características das normas emanadas pelos enunciados esmiuçados, estas caracterizam-se por ser gerais e abstratas.

Geral é caractere decorrente do fato de as normas em questão serem veiculadas a um público indistinto dentro do âmbito de incidência da Súmula. Abstrata é a que se qualifica pela incidência da norma segundo hipóteses futuras, ao que a norma produzirá efeitos sempre que surgirem fatos e estes se enquadrarem em sua previsão de incidência.

Outra qualidade particular à Norma emanada da Súmula é a superioridade hierárquica sobre outras emanadas dos diversos diplomas legislativos e regulamentares do Brasil. Tal dá-se porque é a mesma instrumento que confere diretriz definitiva de interpretação desses atos normativos, condicionando até mesmo a validade deles diante de certos casos concretos.

Questão polêmica suscitada ainda a respeito da supremacia da norma sumular é a hierarquia, do ponto de vista político, quando ela disciplina conflito entre dispositivos da própria Carta Maior Brasileira, tal qual o é o mandamento da Súmula Vinculante nº 13, objeto-tema deste trabalho, sobre que se tratará no tópico seguinte.

2.5 A Súmula Vinculante e o Princípio Democrático

2.5.1 Súmula Vinculante na Separação de Poderes

A Súmula Vinculante insere-se em meio delicado na conformação do quadro institucional brasileiro. O instituto volta-se ao poder de o tribunal de cúpula do Brasil fornecer condições de validade, valor relativo no quadro de normas sobre todo o Estado Brasileiro.

Com efeito, essa premissa gera perturbação dolorosa à garantia da separação de poderes, porquanto autoriza o Poder Judiciário a delimitar em âmbito geral e abstrato a hipótese de incidência dos diplomas legislativos.

Porquanto a Súmula Vinculante é enunciado prescritivo, ela traduz uma ordem, que, em sendo geral e abstrata (com o perdão da repetição), tem natureza legislativa, pois possui propriedades essenciais semelhantes.

Invade-se, com isso, a competência do Poder Legislativo.

O primeiro componente de gravidade dessa premissa dá-se por conta da posição de hierarquia política de que goza o instituto em enfoque. Esclarece Cármen Lúcia Antunes Rocha (1997, p. 56) que o instrumento em enfoque tem “força de constituição” (sic), em virtude de a matéria a ser objeto da Súmula Vinculante ser a da Lei Maior. Evidentemente, se a função típica do Supremo Tribunal Federal – STF é a de guardião da Constituição, a matéria típica objeto das súmulas será matéria de ordem constitucional.

Partindo dessa avaliação, a Súmula Vinculante só poderia ser cassada por outro Poder através da Emenda Constitucional. Ainda assim, a Emenda Constitucional é fortemente controlada do ponto de

vista da incidência sobre a Norma corporificada na Constituição. Quer dizer: a Lei Maior limita, por diversos instrumentos, a suscetibilidade temática das Emendas Constitucionais.

Dos diversos recursos de que a Constituição Federal Brasileira (CFB) se utiliza para esse fim, especial destaque merecem as doutrinariamente designadas “cláusulas pétreas”. Elas dispõem sobre que matérias podem ser emendadas nessa Carta.

Ainda que o próprio conteúdo principiológico da Constituição Federal legitime controle político sobre o STF, não há na Constituição qualquer garantia formal de que a Súmula Vinculante se abstenha de exercer seu poder normativo sobre as ditas cláusulas.

Em referência a argumento milenar, Gerson Marques de Lima e Meton Marques de Lima (2005, p. 75) relembram o emblemático fundamento da Teoria da Separação das Funções do Estado de que quem tem poder tende a abusar dele.

Cabe, por fim, mencionar que a Súmula Vinculante também tem componente desestabilizador sobre o exercício regular do Poder Judiciário. O motivo dessa situação está em que a Súmula Vinculante limita a função judicante nos tribunais de instância inferior ao STF, ainda que segundo a Carta Magna o STF também tenha limitações à sua jurisdição.

É de se frisar que a Súmula Vinculante produz efeitos não somente nos tribunais, em consequência de que seu caráter intimidador já condiciona o comportamento dos administrados. Em concordância, saliente-se o trabalho anterior de José de Albuquerque Rocha (2009, p. 2647).

2.5.2 Súmula Vinculante na representação política

A Súmula em destaque também interfere, na sobredita separação de poderes, na representação política dos brasileiros. Cumpre analisar, à luz da Constituição, até que ponto essa confluência é legítima.

Primeiramente, é dado que o STF tem capacidade de veicular normas com “força de constituição” (sic). Ocorre que, tal qual delineado pela CFB, os órgãos judiciários, na pessoa do juiz, voltam-se para trabalho eminentemente técnico.

Tanto é assim que o ingresso na carreira de juiz dá-se por concurso público de provas e títulos. Da mesma maneira, tem ele o poder-dever de dar jurisdição aos causídicos, ao que lhe é atribuída imunidade de convicção.

Duas consequências decorrem da realidade explicitada no parágrafo retrocitado. A primeira é de que o cargo de juiz, se representa a vontade do Povo, o faz de maneira indireta, através da execução dos atos mandamentais do país. A outra conclusão diz respeito ao fato de que na prática dos atos de jurisdição deve ele dizer qual direito é aplicável aos casos concretos.

Para averiguar a legitimidade em reger o poder do país, basta que se faça uma leitura do artigo 1º da Constituição Federal. O dispositivo esclarece que o Poder emana do povo, e somente pode ser exercido pelo povo, ou diretamente, ou através de representantes por ele eleitos, nos termos da Constituição.

Se não tem legitimidade popular para legislar, ainda mais em sede de poder constituinte reformador, fica evidenciada a situação do STF como poder constituinte mas sem passar pela aprovação do Povo Brasileiro. Abre-se, então, “janela política” para alijamento dos populares brasileiros da participação no Poder.

José de Albuquerque Rocha (2009, p. 2652) sintetiza bem a mitigação ao Princípio Democrático a partir da interferência do dito instrumento judiciário nas duas qualidades fundamentais da Democracia, quais sejam: titularidade do Poder e seu exercício. Estas ficam perturbadas na medida em que se cria via paralela de expressão do poder do povo, através da outorga, a agentes políticos concorrentes aos representantes do povo, de autorização para exercer a soberania popular.

Como representantes do povo, esclarece o autor que só os deputados o são. Tal é o disposto no art. 45, caput, (BRASIL. Constituição..., 2008): “Art. 45. A Câmara dos Deputados compõe-se de representantes do povo, eleitos, pelo sistema proporcional, em cada Estado, em cada Território e no Distrito Federal.”

Por fim, cumpre adicionar que não só funcionalmente reveste-se uma instituição do poder de representar a coletividade política. No caso, há que se interpretar que o STF cumprirá uma função de representação indireta, em virtude de haver recebido seu poder pela via do Constituinte derivado. Também a esta deve haver, no ministério da função inovadora do Estado, compromisso teleológico de sua atividade aos interesses do povo.

2.6 Crítica à premência da implantação da Súmula Vinculante

A Súmula Vinculante é conversão da ideia de uniformização de jurisprudência dos juízos em ato prescritivo. Por tal, almeja-se, segundo o alegado ao tempo da Reforma do Poder Judiciário, aceleração da prestação jurisdicional.

O motor da ideia é o mesmo pressuposto do método da Escola Exegética (LIMA; LIMA, 2005, p. 75) de aplicação da norma jurídica, qual seja, formular comandos obrigatórios que deem solução imediata aos mais diversos casos análogos entre si que tramitam nos tribunais.

Desse modo, haveria uma automação da prestação jurisdicional, centrada na vontade do tribunal máximo.

Somente um Estado apto a jurisdição pode assegurar a eficácia da Lei.

Contudo, ainda persiste questionável a inserção da Súmula Vinculante.

Primeiramente, reclama Cármen Lúcia Antunes da Rocha (1997, p. 61) que antes de se proceder a medida tão grave inúmeras outras idéias poderiam ser implantadas com enorme chance de sucesso.

Reclama a autora que o aspecto mais sensível da superacumulação de demandas judiciais ocorre nos Tribunais Superiores. Para tanto, medida de pronta eficácia seria o aumento do número de integrantes dos mesmos.

Um segundo fato que corrobora com a precedência da idéia da Súmula Vinculante é a simples questão de saber se a Súmula reduz o tempo de processamento da demanda. Meton Marques de Lima e Gérson Marques de Lima (2005, p. 75) traduzem bem esse questionamento levantando as seguintes assertivas: primeiro, os casos só chegam ao STF após abarrotar as instâncias inferiores. Secundariamente, o exercício de função normativa inovadora suscita o questionamento sobre o conteúdo exato da norma para cada caso, o que requisitaria esforço extra do STF para dirimir as disputas judiciais baseadas na incerteza das súmulas vinculantes. Uma enchurrada de reclamações.

Há, ainda, o protesto feito pela escritora a respeito do histórico da relação de disponibilidade da prestação jurisdicional aos direitos dos cidadãos brasileiros, sobre que sempre que há maior reclamação dos direitos constitucionalmente garantidos há resistência do aparelho estatal em estender a área de abrangência de sua tutela.

Esse ponto se reveste de especial importância ao observar-se a novidade da Constituição que atualmente rege a Nação (21 anos). Talvez ocorra defasagem de instituições aproveitadas do regime constitucional anterior para o atual, reconhecido por conferir inúmeros direitos e garantias fundamentais do cidadão.

A noção de “crise” afasta-se de sinônimo de falência de um poder tão antigo e de cultura arraigada no Brasil como o é o Judiciário. O Brasil goza de estabilidade política – ao menos como sociedade organizada. Ainda que várias tenham sido as Constituições da República, quase todas materialmente outorgadas. Antes, “crise” pode ser uma característica permanente de sistema que está sempre perseguindo a dinâmica dos fatos sociais.

3 A BASE DA SÚMULA VINCULANTE Nº 13 A PARTIR DO ESTUDO DO PRINCÍPIO ÉTICO

3.1 Considerações iniciais

Pretender-se-á, por este tópico, um estudo pormenorizado dos significados do conteúdo principiológico da Súmula-tema deste estudo. A conveniência é grande, vez que abre-se margem para pesquisa de princípios inerentes, elementares à Jurisprudência. É uma pequena incursão sobre o próprio método do Direito.

Ao mesmo tempo, almeja-se vislumbrar um maior significado na matéria que norteou o fundamento da Súmula Vinculante nº 13. Como é bem sabido, por muitos anos o Estado encontrou-se em atraso com a edição de norma regulamentadora das modalidades de cargos públicos postas à análise pela Corte Suprema do Brasil.

Diante dessa lacuna, partiu o STF para aplicação direta dos princípios constitucionais.

3.2 Noção de princípio ético

Cuida o art. 37 (BRASIL. Constituição..., 2008), de centralizar o conjunto dos princípios que devem nortear o funcionamento da organização administrativa do Estado Brasileiro. São eles a impessoalidade, legalidade, moralidade, eficiência e publicidade.

Preliminarmente cumpre ressaltar que o dispositivo acima impregna-se de acentuado valor moral. Com acertada prudência, cuidou o constituinte derivado de vincular a Administração a mandamentos gerais que têm por objetivo direcionar a discricionariedade dos gestores da coisa pública.

A moralidade de norma referida no parágrafo retro origina-se na aproximação do Direito da Moral, campos gnosiológicos distintos que permeiam todo enunciado jurídico. Com efeito, todo enunciado jurídico é composto fundamentalmente de um preceito ético, no qual podem ser vislumbradas tanto uma ordem moral como uma ordem jurídica.

Explica Del Vecchio (1979, p. 355) que todo princípio ético, do qual o jurídico é categoria, suscita que diversos comandos sejam extraídos dele. Tais normas podem ser agrupadas segundo um juízo de valor pelo sujeito que as interpreta. Essa escolha revela significado moral quando organiza as normas possíveis segundo uma escala de necessidade.

Note-se que da ponderação moral do princípio somente um comando resulta – aquele que é tido como o mais necessário. Do mesmo modo, essa qualidade de abordagem é em alta carga subjetiva, porque exige do exegeta um máximo de esforço de seleção.

A outra natureza de abordagem do princípio ético é a identificação do conteúdo jurídico do mesmo. Tal dá-se através do confronto do enunciado com as várias reações possíveis de ser retiradas dele. Disto, resultariam que algumas ações seriam toleradas, permitidas, enquanto outras seriam proibidas.

Daí resulta a primeira discrepância na qualidade do que é moral e do que é jurídico, a saber, a pluralidade de possibilidades que este autoriza.

A outra característica do que é de acordo com o Direito, também já antecipada, é a utilização de julgamento objetivo para identificação do conteúdo do preceito. Esse processo de compreensão exige um mínimo de subjetividade.

O conteúdo jurídico é norteado pela noção de um justo impedimento, responsável por separar as duas modalidades de conduta acima. A comunicação de que resulta essa concepção pressupõe um cenário multissubjetivo, em que o “justo impedimento” emana do controle de comportamento das pessoas entre si baseadas num enunciado. Pode-se inferir que é da mesma noção de justo impedimento que nos plurais ordenamentos estatais diplomas legislativos perecem por desuso.

Apenas para constar, informa-se que na compreensão do princípio também leva-se em consideração seu conteúdo axiológico, determinado pelo teor valorativo teleológico do enunciado. Valores são as qualidades que compõem um ser. Mas essa é uma linha de pesquisa que se debruça sobre a própria composição do Princípio, o que excede ao limite deste trabalho.

3.3 Definição do princípio ético comum aos princípios do art. 37, caput, da Carta Maior do Brasil

Se os enunciados normativos brasileiros têm-se mostrado plenos de disposição moral geral, tais quais os princípios-tema deste tópico, resta definir a que moralidade eles recorrem para instaurar, de um lado, a universalização da cidadania pelo texto constitucional e, de outro, a segurança jurídica imprescindível para qualquer sociedade organizada.

Conforme a cátedra de Del Vecchio (1979, p. 356), diversas são as instituições humanas emanadoras de expressões de conteúdo jurídico e moral. São essas mesmas construções históricas que, junto com o direito emanado pelo Estado-poder, formam uma consciência coletiva de direito e moral.

Tal traduz-se numa consciência de obrigação, a qual tem obrigatoriamente que ser respondida com a ação que a Sociedade espera para o problema proposto.

Note-se que, em sendo o Direito produto da Sociedade, todo direito é costumeiro. O mesmo se infere da Moral, pois a Sociedade é o grande repositório de informação de onde o sujeito retirou e retira o subsídio que o permite ponderar as normas potenciais do princípio ético.

Assim sendo, são os princípios do art. 37, caput, (BRASIL. Constituição..., 2008), efetivados segundo a consciência coletiva indistinta, nesta última qualidade porquanto não positivada em documentos científicos.

Tal expressão comunitária, logicamente, deve ser pautada segundo o senso razoável do que seria a moralidade, publicidade, eficiência, impessoalidade e legalidade, os temas constantes na regra da Lei sobre que deve-se restringir a avaliação dos atos administrativos.

Neste sentido, parece o sistema jurídico brasileiro retornar à concepção intuitiva do Direito Romano, pautado pela sistematização do Direito e pelos preceitos morais, ainda que inexatos, que norteavam sua produção jurídica, apesar de milhares de anos de aperfeiçoamento da Ciência Jurídica.

*Non omne quod licet honestum est*¹. (PAULO apud DEL VECCHIO, 1979, p. 368)

4 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS INFORMADORES DA SÚMULA VINCULANTE Nº 13

4.1 Considerações iniciais

Como sabido, a consubstanciação dessa súmula dá-se toda baseada em princípios constitucionais, para os quais coube ao julgador dar efetividade.

Em seguida, segue-se o estudo dos princípios diretamente imbrincados na decisão, discriminados em duas ordens: princípios superiores da Administração Pública e princípios constitucionais imediatos à súmula.

4.2 Princípios superiores da Administração Pública

Uma vez esmiuçada a natureza de conteúdo dos princípios informadores da Súmula objeto deste trabalho, compreendidos entre o Direito e a Moral, pretende-se por meio dos tópicos agora iniciados o estudo do conteúdo que dá identidade aos princípios constitucionais que embasam essa prescrição.

¹ “Nem tudo que é juridicamente lícito é conforme à Moral”, ensinamento de PAULO.

Já de início, cumpre frisar que a base informativa do art. 37, caput, (BRASIL. Constituição..., 2008) remonta à noção de comunhão da Administração Pública. Por assim dizer, deve o aparelho institucional do Estado estar voltado para o atendimento das necessidades de todos os cidadãos.

Essa não é mais que uma menção ao Princípio da Supremacia do Interesse Público, um dos preceitos essenciais do Direito Administrativo contemporâneo.

O retrocitado preceito ético é um princípio implícito da Constituição Federal Brasileira, extraído a partir da análise de dispositivos dispersos nessa Carta Revolucionária. A recorrência de um critério procedimental determina sua existência e importância dentro do sistema jurídico.

A presença dessa supremacia é encontrada em diversos textos legislativos. Cite-se, a título exemplificativo, o art. 5º, XXIV, (BRASIL. Constituição..., 2008), para o que o Poder Público investisse no poder de expropriar a propriedade privada nos casos em que o interesse público prevalecer.

Correlata a esta prescrição ética é o Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público. A indisponibilidade decorre de o Interesse Público ser supremo. Se prevalece este sobre o interesse particular, cabe, por um turno, ao Estado privilegiar o bem da sociedade como um todo, e de em outra medida subordinar o interesse daqueles que hajam em seu nome de realizarem ações que envolvam o poder do Estado em benefício próprio.

José Cretella Júnior (1972, p. 129) define esse princípio a partir das idéias de finalidade e de administração. Finalidade remete à situação de também as organizações estatais guiarem-se por missão institucional, motivo de fundação. Esta, nos modernos Estados Nacionais, não é senão o bem comum.

Administração é idéia referente à qualidade de os agentes (lato sensu) dessa unidade política guiarem-se por relações de natureza cogente. O elemento subordinador é a finalidade.

Tem-se, assim, a finalidade como a idéia motivadora da constituição de uma organização, ao passo que a relação de administração é a chama que atém as pessoas à insituição que decidiram representar.

Robertônio Santos Pessoa (2000) esclarece que a defesa ao Interesse Público tem natureza dialética, uma vez que é obtida da ponderação entre o direito comum e o direito privado. Disso é importante que se diga que o Direito tem fundamento social, portanto não é objeto de uma só pessoa. Direito privado diz respeito a direito reconhecido pela sociedade mas peculiar a uma pessoa.

É de se observar que esses princípios não são mais que integrantes do grande Princípio Republicano, que a uma noção de finalidade da organização política. Nesse sentido, o Princípio é resultado de busca antiquíssima da Humanidade por forma de governo ideal. Tal qual a República, existiram diversas outras formas de governo, em que se pode mencionar a idéia antiga de Estado Monárquico, a Anarquia e a Aristocracia.

Nada impede a existência de uma monarquia republicana. Basta que o estado paute-se por cultura do interesse público. Erroneamente, muitas vezes a República é caracterizada pela circularidade dos representantes políticos, a Temporariedade dos Mandatos Políticos (PINTO, 2002, p. 96).

Afonso Arinos de Melo Franco (1968, p. 148), fazendo referência à obra intitulada “Federalista”, de James Madison (1993), retrata bem essa questão quando menciona certos regimes nacionais que, mesmo possuindo o termo “república” em seu nome oficial, nada tinham de republicanos, nome que servia apenas “para acobertar governos em que o povo não tinha nenhum papel”.

O Princípio Republicano é essência das sociedades contemporâneas. Sua concepção, tal qual o adotado pelo Ocidente, é representada pelas teses pioneiras de Platão, Aristóteles e Cícero, como não poderia deixar de ser, na Grécia e em Roma, “berço” da identidade desse grupo de povos.

Fazendo o devido crédito a Paulo Cruz e Sérgio Shcmitz (2008, p. 45), é na Grécia Antiga que começa a ser gestada a idéia de participação dos cidadãos no governo. Igualmente, elege-se a projeção do “interesse da maioria” como condição deontológica da administração dos negócios públicos.

Platão (apud CRUZ; SHCMITZ, 2008, p. 45) idealizava uma “utopia possível” em que os governantes fossem filósofos e desprezassem as honrarias. Deveriam esses agentes pautar-se pela retidão e colocar o valor de justiça como o mais alto dos bens na coordenação de uma sociedade ideal.

Outra tese de capital importância contém-se na obra de Aristóteles, o qual procura dar fundamentação mais objetiva à República. As conclusões são apresentadas como se ela fosse uma realidade inescapável no processo de construção de uma comunidade política que responda aos anseios que o homem busca remediar com a sua gregariedade.

O pensador grego previne a reserva de poder que deve ser reconhecida ao cidadão ao expor que todas as pessoas nascem iguais, ao que somente a lei impõe diferença entre o homem livre e o escravo. Por conseguinte, não se trataria de uma discriminação originada na naturalidade, mas na violência (ARISTÓTELES apud CRUZ; SHCMITZ, 2008, p. 45).

Objetivando mais ampla participação dos cidadãos na administração da polis, também esse filósofo antecipou a tese de alternância no Poder. A mesma pessoa que manda volta a ser obediente.

O terceiro autor clássico, Cícero, é responsável pela definição conceitual de República. É em sua teoria que a forma de governo pauta-se por interesse comum e conformidade com a lei comum.

O autor comporta a tese aristotélica da sociabilidade do ser humano, o qual busca no convívio plural apoio para sua existência. De tal está escrito ainda que o suporte buscado pelas gentes extravasa a sobrevivência para a busca de uma felicidade, ao que através de uma sábia e bem organizada República promover-se-ia essa oportunidade (CÍCERO apud CRUZ; SHCMITZ, 2008, p. 46). Eloqüente essas palavras de Cícero (1996, p. 10-11):

Afirmarei, sim, que tamanha é a necessidade de virtude que o gênero humano experimenta por natureza, tão grande é o amor à defesa da saúde comum, que essa força triunfa sempre sobre o ócio e a voluptuosidade.

Mas não é bastante ter uma arte qualquer sem praticá-la. Uma arte qualquer, pelo menos, mesmo quando não se pratique, pode ser considerada uma ciência; mas a virtude afirma-se por completo na prática, e seu melhor uso consiste em governar a República e converter em obras as palavras que se ouvem nas escolas.

[...] Assim, julgo preferíveis as cidades magnas e dominadoras, como as denomina Ênio, aos castelos e praças fortes; creio, igualmente, que aos que governam a República com sua autoridade se deve antepor a sabedoria dos peritos em negócios públicos.

Já na Era moderna, Madison (1993, p. 278) reafirma que só é digno desse nome:

[...] um governo que extrai todos os seus poderes direta ou indiretamente da grande maioria do povo e é administrado por pessoas que conservam seus cargos enquanto são aprovadas e por um período limitado, ou enquanto exibem bom comportamento. É essencial a tal governo que ele emane da grande maioria da sociedade, não de uma proporção insignificante ou de uma classe favorecida.

A partir dessa explanação, tem-se a Democracia, tão referenciada realidade na Grécia Antiga, subordinada à própria idéia de República. O objetivo daquela é estabelecer meio de contato do Poder com os administrados, a fim de auferir subsídio a respeito do que informa a necessidade da coletividade e divulgar o que tem sido feito no ministério do poder.

4.3 Princípios constitucionais da Administração imediatos à Súmula

4.3.1 Princípio da Moralidade Administrativa

O primeiro dos princípios invocados pela Corte Constitucional é a moralidade administrativa. Encontra-se positivada no art. 37, caput, (BRASIL. Constituição..., 2008). Não se deve desprezar o fato de ela ter-se posicionado primeiramente na sequência textual do dispositivo.

Evidentemente, deve-se considerar a relação lógica da regra, para o que o princípio em questão, em termos práticos, absorve todos os outros. É o que se depreende da própria etimologia da palavra.

Moralidade é a qualidade do que é moral, e, tal qual o revisado em linhas anteriores¹, a conduta do administrador deve pautar-se por um caráter finalístico, tal qual o que é próprio da Moral.

Uma vez que o que é gerido é a Coisa Pública, deve a moralidade contida no ato administrativo identificar-se com o sentimento geral de moral no Brasil. O termo identificar-se é dado por conta de dever o mesmo situar-se ainda em uma margem de permissividade. Essa permissividade, entretanto, dá-se entre as possibilidades jurídicas.

No Recurso Extraordinário nº 579.951-4 do STF, informador da Súmula Vinculante nº 13, a conduta avaliada e parcialmente repreendida foi a prática de nepotismo, tipicamente tida como imoral pelo Povo Brasileiro.

Tanto assim, o Ministro Ricardo Lewandowski (BRASIL. Supremo..., 2008, p. 1901b), do STF, declarou nula a nomeação de Francisco Souza do Nascimento, motorista, ao que foi seguido pelos demais julgadores.

Por fim, registre-se o ensinamento da Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha (BRASIL, Supremo..., 2008, p. 1919b), reconhecido pelos demais Ministros presentes ao julgamento, para o que o cargo político, também de validade mitigada no caso em julgamento, poderia ser igualmente cassado na hipótese de ter havido troca de favores políticos para nomeação dele.

4.3.2 Princípio da Impessoalidade Administrativa

A impessoalidade administrativa é princípio também enumerado no caput do art. 37 (BRASIL. Constituição..., 2008)

¹ Remete-se ao tópico 2.3.3.2 deste trabalho, peculiar ao sentido de moral reguladora dos princípios constitucionais em estudo

Esse imperativo concretiza-se por evitar ao administrador a inserção de interesses pessoais na gerência da coisa pública. Dessa maneira, funciona induzindo maior objetividade, profissionalismo do servidor público.

Imbui-se esse instrumento de especial relevância no Brasil, dado o confortável índice de povoamento do território nacional. Nesse contexto, não faltam municípios no país que se qualifiquem pela alta dispersão de habitantes ou mesmo, pelo reduzido número deles. Disso resulta que a formação de grupos de afinidade, principalmente os familiares, pode-se verificar com grande facilidade.

Um refreamento baseado na realidade do exercício de cargos públicos nos pequenos municípios brasileiros encontra-se no voto da Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha (BRASIL. Supremo..., 2008, p. 1919b) nesse processo, em que, se o nepotismo tem que ser combatido, também o combate a ele tem que ser dado com maior prudência nessas pessoas de direito público, em que há uma proximidade muito maior de parentesco entre os habitantes.

Cuida-se, na questão, de prevenir a discriminação por meio do aparato estatal. A Impessoalidade Administrativa tem também natureza de garantia.

O referido princípio estende-se a mais limitações além da contratação de pessoal. Para tanto, cite-se o § 1º do art. 37 (BRASIL. Constituição..., 2008), em que é vedada a utilização da máquina pública para promoção pessoal. Ela consubstancia-se através da vedação à citação de designativos das autoridades públicas na publicidade dos atos governamentais.

4.3.3 Princípio da Eficiência Administrativa

Citando definição ácida, o Ministro Ricardo Lewandowski (BRASIL, Supremo..., 2008, p. 1899b) do Recurso Extraordinário nº579.951-4 do STF, esclarece que eficiência contrapõe-se a descaso, negligência, lentidão e omissão, as quais são habituais no exercício das funções da Administração Pública (MEDUAR, 2000, p. 152).

Duarte Júnior (2009) informa a finalidade da introdução do princípio da eficiência administrativa no Brasil, baseado em publicação do Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado (BRASIL. A reforma... apud DUARTE JÚNIOR, 2009) em 1997. As medidas tinham por escopo simplificação de procedimentos burocráticos e aumento da oferta de serviços, o que se planejava fazer através da invenção de indicadores de desempenho, estabelecimento de metas, aproximação dos serviços aos cidadãos, além de transferência de incumbências do Estado para entidades públicas por ele apoiadas.

Interessante previsão contida no plano diz respeito à reformulação de mecanismos de controle. A previsão menciona, entre os componentes dessa reforma, a substituição do controle de processos pela avaliação de resultados.

O princípio da eficiência administrativa consiste em dever da Administração de perseguir com a maior força de que dispuser os objetivos para que foi criada. Note-se que os objetivos da Administração inserem-se no que dispuser a vontade do povo expressa através da lei.

Ponto interessante é resultante da interação da Eficiência Administrativa com a Impessoalidade Administrativa. O Ministro Ricardo Lewandowski (BRASIL. Supremo..., 2008, p. 1898b), no Recurso estudado neste subtópico, relata que o nepotismo gera presunção de dano à Sociedade por ineficiência do trabalhador ocupante do cargo.

Em verdade, a violação à eficiência, no caso acima, não ocorre baseada na capacidade de trabalho, que pode até ser maior, mas na garantia de razoável capacidade de trabalho.

Em verdade, a diretriz da correspondência máxima do Poder Público à sua finalidade não é senão repetição da idéia de indisponibilidade do interesse público. Daí o enunciado, amplo, verborrágico, com a pretensão de coibir o nepotismo direto e o cruzado:

A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investida em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal. (BRASIL. Súmulas..., 2008c, p. 1)

Mas no afã desesperado a Súmula Vinculante nº 13, abre uma chaga nos direitos fundamentais: a odiosa discriminação, ferindo princípio fundamental da CF, objetivo da República (art. 3º, IV, CF) dos parentes das autoridades, aos quais veda a designação para quaisquer cargos citados, pelo simples fato da linhagem parenteral. Abre-se uma nova frente de discussão.

5 CONCLUSÃO

A Súmula Vinculante é instituto polêmico. Com efeito, ela destina-se diretamente a fazer face a problema dos mais sensíveis na relação do Estado com o cidadão.

A prestação jurisdicional, como pôde ser estudado nesse trabalho, é função importantíssima. Daí a sua qualificação como Poder do Estado, e constituinte de um sistema próprio dentro do aparelho organizacional do Estado.

É bem provável que seja o Poder Judiciário a função estatal que de mais particularidade reveste suas instituições.

Ao mesmo tempo, ele tem-se dirigido para preponderância cada vez maior sobre a ordem democrática. É verdade que sempre foi esse poder que, através da força de impor o Direito, sempre foi o mais próximo membro da interação das instituições governamentais com o cidadão. Quer dizer: de uma ponta a outra da representação do poder na Sociedade. Do artifício ao artífice.

O Judiciário surge, assim, com uma onipresença sobre a garantia do direito do administrado em todos os níveis do direito, para o que José de Albuquerque Rocha (2009, p. 2658) antevê um Estado Judicial de Direito.

A crítica ao decisionismo judicial dilui-se na necessidade de preencher os espaços vazios que o legislador deixa. A Constituição de 1988 roga por efetivação dos direitos que proclama e por isso não pode ficar refém de um Poder que ora é inerte, ora leniente.

De outra parte, cuida a Súmula Vinculante nº 13, agora em sua matéria, de coibir o nepotismo. Este não é senão a repetição da velha prática do patrimonialismo.

Patrimonialismo é apropriação do poder público para consecução de fins privados. Importante que se diga, do próprio etmos da palavra, que não é um fenômeno isolado, mas uma modalidade de

comportamento social, latência em direção a um governo despótico (CRETELLA JÚNIOR, 1972, p. 133)².

O ato da Súmula Vinculante 13 torna-se mais impactante quando o Governo Brasileiro, através do Poder Legislativo Federal, encontra-se em mora com o dever de regulamentar os incisos II e V do art. 37 da CF (BRASIL, Supremo..., 2009a)³, o que faz com que a Súmula retrocitada substitua essa lacuna.

De mais a mais, só uma coisa preocupa nessa Súmula Vinculante nº 13: sua interpretação e aplicação não pode redundar na tão-mais odiosa discriminação de parentes de autoridades, pois a acessibilidade a cargos públicos deve ser republicana, sem privilégios nem preconceitos.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. A política. In: CRUZ, Paulo Márcio; SHCMITZ, Sérgio Antônio. Sobre o princípio republicano. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, SC, v. 13, n. 1, p. 43-54, jan.-jun. 2008.

BRASIL. A reforma do aparelho do estado e as mudanças constitucionais: síntese & respostas a dúvidas mais comuns. In: DUARTE JÚNIOR, Edvanil Albuquerque. **Princípios da eficiência e da impessoalidade como instrumento positizador da busca de qualidade no serviço público e nos Tribunais de Contas**. Disponível em: <http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/3391/PRINCIPIOS_DA_

² Na síntese de José Cretella Júnior “os governos despóticos tratavam a *res pública* como se fosse *res privada*”.

³ A esse respeito, o portal eletrônico JusBrasil Notícias, em notícia datada de 27 de agosto de 2008, informa existir projeto regulamentador desses casos, em âmbito federal, tramitando no Congresso Nacional há mais de 20 anos.

EFICIENCIA_E_DA_IMPessoALIDADE_COMO_INSTRUMENTO_POSITIVADOR_DA_BUSCA_DE_QUALIDADE_NO_SERVICO_PUBLICO_E_NOS_TRIBUNAIS_DE_CONTAS>. Acesso em: 4 nov. 2009.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes (Colabs.). Brasília, DF: Saraiva, 2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. **As nuances jurídicas da súmula vinculante de nº. 13 - vedação ao nepotismo**. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/noticias/101547/as_nuancas_juridicas-da-sumula-vinculante-de-n-13-vedacao-ao-nepotismo-informativo-516>. Acesso em: 6 nov. 2009a.

_____. _____. **Recurso extraordinário 579.951-4**. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte. Recorrido: Município de Água Nova (A / S). Relator: Ministro Lewandowski. Rio Grande do Norte, 20 de agosto de 2008. Disponível em:<<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=557587&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20RE%20/%20579951>>. Acesso em: 28 out. 2009b.

_____. _____. **Súmula vinculante n.º13**. Disponível em: <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stf/0013vinculante.htm>. Acesso em: 22 fev. 2010c.

CÍCERO, Marco Túlio. **Da república**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

CRETELA JÚNIOR, José. **Tratado do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1972. v. 10.

CRUZ, Paulo Márcio; SHCMITZ, Sérgio Antônio. Sobre o princípio republicano. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, SC, v. 13, n. 1, p. 46-54, jan.-jun. 2008.

DEL VECCHIO, Giorgio. **Lições de filosofia do direito**. Traduzido por Antônio José Brandão. 5. ed. Coimbra: A. AMADO, 1979. (Coleção Studium).

DUARTE JÚNIOR, Edvanil Albuquerque. **Princípios da eficiência e da impessoalidade como instrumento positivador da busca de qualidade no serviço público e nos Tribunais de Contas**. Disponível em: <http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/3391.PRINCIPIOS_DA_EFICIENCIA_E_DA_IMPESSOALIDADE_COMO_INSTRUMENTO_POSITIVADOR_DA_BUSCA_DE_QUALIDADE_NO_SERVICO_PUBLICO_E_NOS_TRIBUNAIS_E_CONTAS>. Acesso em: 4 nov. 2009.

FRANCO, Afonso Arinos de Melo. **Curso de direito constitucional brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1968. v. 1.

LIMA, Francisco Gérson Marques de; LIMA, Francisco Meton Marques de. **Reforma do poder judiciário**. São Paulo: Malheiros, 2005.

MADISON, James. **Os artigos federalistas**. James Madison, Alexander Hamilton, John Jay. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

MEDUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

PESSOA, Robertônio Santos. **Curso de direito administrativo moderno**. Brasília: Consulex, 2000.

PINTO, Agerson Tabosa. **Teoria geral do estado**. Fortaleza: Imprensa Universitária da UFC, 2002.

PLATÃO. A república. In: CRUZ, Paulo Márcio; SHCMITZ, Sérgio Antônio. Sobre o princípio republicano. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, SC, v. 13, n. 1, p. 43-54, jan.-jun. 2008.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Sobre a súmula vinculante. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 34, n. 133, p. 51-64, jan.-mar. 1997.

ROCHA, José de Albuquerque. **Súmula vinculante e democracia na Constituição**. Disponível: <http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/salvador/jose_de_albuquerque_rocha.pdf>. Acesso em: 6 nov. 2009.

SALÁRIO E OS DOGMAS DA PENHORABILIDADE E IMPENHORABILIDADE. UM DIREITO DE PROPRIEDADE?

Liana Chaib*

RESUMO

O trabalho consiste na identificação do salário como direito de propriedade e na proposta de relativização dos dogmas absolutos da penhorabilidade e impenhorabilidade dos salários, para quitação de débitos trabalhistas, de mesma natureza alimentar. Aduz que o tema é prenhe de conflitos de valores e apenas diante do caso concreto, poder-se-ia chegar à valoração do(s) princípio(s) a ser (em) selecionado(s). O princípio da proporcionalidade contribuirá para a decisão mais ponderada e equilibrada, donde, de imediato se conclui pela impenhorabilidade do salário mínimo, por constituir a própria substância do bem, sob pena de se retirar a sua utilidade privada e da fatia que invadirá o princípio da dignidade humana do devedor.

Palavras-chave: Direito de propriedade. Penhorabilidade dos salários. Impenhorabilidade dos salários. Dignidade humana. Salário mínimo. Conflito de valores.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa a analisar os dogmas da penhorabilidade e impenhorabilidade do salário para quitação de créditos trabalhistas, sob o viés do direito de propriedade.

*Desembargadora do Tribunal Regional do Trabalho da 22.^a Região. Mestra em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará - UFC, em convênio com a Universidade Estadual do Piauí – UESPI. Professora de Direito Administrativo da Universidade Estadual do Piauí.

Para tanto, vislumbra a possibilidade de inclusão do salário como direito de propriedade, garantido constitucionalmente, posto que se traduz, essencialmente, em direito patrimonial.

Em seguida, trata da natureza peculiar do salário, que lhe confere uma função individual, imprescindível na concretização dos postulados da dignidade da pessoa humana e justiça social.

Posteriormente, destaca as normas existentes no sistema jurídico que tratam do instituto, e sintetiza os posicionamentos sobre os dogmas da penhorabilidade e impenhorabilidade, elencando os fundamentos utilizados por ambas as correntes.

De então, coloca os questionamentos envolvidos na *vexata quaestio* e propõe uma harmonização e relativização dos dogmas, por intermédio do princípio da proporcionalidade. Conclui pela impossibilidade de se posicionar aprioristicamente sobre uma das correntes, sem que se faça um sopesamento de valores outros envolvidos, diante do caso concreto e, ainda, que o salário, como direito de propriedade, possui um núcleo imexível, impenhorável, que se constitui na própria substância do bem, garantidora da sua função individual, que é o sustento próprio do devedor e de sua família.

2 POSSIBILIDADE DE INSERÇÃO DOS “SALÁRIOS” NO CONCEITO DE DIREITO DE PROPRIEDADE

É certo que, hodiernamente, o direito de propriedade não mais se confunde com o conceito civilista adotado, onde o seu conteúdo gira, basicamente, em torno dos **bens móveis e imóveis**, ou seja, o direito de usar, gozar e dispor de uma coisa.

A propriedade imóvel não é mais a única fonte de riqueza, não se podendo apenas falar em direito de propriedade, mas em direitos de propriedades, englobando o direito de sucessão, o direito autoral e o direito de propriedade imaterial, além de outros. Quando a Constituição garante a propriedade em seu art. 5º, XXII a XXXI, está a mencioná-la nesse sentido abrangente.

Mas, então, o que estaria inserto no conteúdo do direito de propriedade, se já não se pode mais admitir que o constituinte tenha se limitado a garantir apenas a propriedade imóvel?

Em uma acepção ampla, e lastreada em uma interpretação mais escorreita, quando a Constituição Federal reconhece, em seu art. 5º, XXII, a propriedade como direito fundamental, está a mencionar direito de conteúdo econômico, direito patrimonial. Estariam, incluídos aí, os créditos, marcas e patentes, hipotecas etc.

Preleciona o prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2008, p. 309):

Ora, isso seria absurdo na medida em que a propriedade imóvel não é mais a única fonte de riqueza almejada e em que créditos constituem a fortuna de muitos ricos, o pecúlio de alguns pobres. Daí ser corrente na doutrina que, referindo-se à propriedade, quis o constituinte dizer direito de conteúdo econômico, direito patrimonial.

O Ministro Gilmar Mendes elucida que as alterações sofridas no conceito tradicional de propriedade devem-se em razão da mudança da **função** da propriedade, onde não mais se constitui em elemento fundamental destinado a assegurar a subsistência individual e o poder de autodeterminação como fator básico da ordem social.

Categoricamente, afirma:

Como observado por Hesse, a base da subsistência e do poder de autodeterminação do homem moderno não é mais a propriedade privada em sentido tradicional, mas o próprio trabalho e o sistema previdenciário e assistencial instituído e gerido pelo Estado. [...] Vê-se, assim, que o conceito constitucional de proteção ao direito de propriedade transcende à concepção privatística estrita, abarcando outros valores de índole patrimonial, como **as pretensões salariais** e as participações societárias. Em rigor, trata-se de especificações do direito de propriedade no sentido em que Bobbio fala de especificações (novas) dos direitos fundamentais. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 424-425, grifo nosso).

Desta feita, embora a legislação civil conceitue **propriedade**, englobando os bens móveis ou imóveis, é certo afirmar que a garantia constitucional da propriedade possa guardar em seu conceito outros valores patrimoniais.

Indaga-se, então, se seria válido considerar os **salários** inclusos no conceito de propriedade?

Gilmar Mendes nos dá conta de que essa discussão trava-se na doutrina alemã, a respeito das pensões previdenciárias e salários de servidores públicos, a qual se consolidou no sentido afirmativo de reconhecimento desses direitos patrimoniais no conceito de propriedade, “se se cuida de posições jurídicas de caráter patrimonial reconhecidas como de utilidade privada em caráter exclusivo ao titular, que decorram em larga medida da própria contribuição do segurado e destinam-se a garantir sua subsistência.” (MENDES, COELHO; BRANCO, 2008, p. 427)

No Brasil, essa discussão não é trazida sob o viés do direito de propriedade.

Entretanto, não há incompatibilidade com o nosso sistema constitucional a admissão dos salários no conceito de propriedade, vislumbrado como direito patrimonial que é.

Evidente que o salário não pode se equiparar aos demais bens móveis e imóveis, onde se configura uma autonomia entre a substância e a utilidade.

A natureza peculiar do salário (dinheiro) não permite uma distinção entre substância e utilidade. Como direito patrimonial, seu significado decorre do seu poder de compra e sua garantia encontra-se vinculada ao assecuramento do correspondente valor de troca. Assim, como enfatiza Gilmar Mendes, “a garantia do valor de troca outorgada ao dinheiro corresponde a uma garantia da própria substância.” (MENDES, COELHO, BRANCO, 2008, p. 436).

3 LIMITAÇÕES IMPOSTAS PARA GARANTIR SUA FUNÇÃO SOCIAL: ELEMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA JUSTIÇA SOCIAL

De início, cumpre-se explicar que, no presente trabalho, a despeito da diferenciação técnico-legal das diversas nomenclaturas que representam o valor fruído do empregado/servidor/aposentado como contraprestação pelos serviços prestados, vamos tomá-lo genericamente como salário, para efeitos meramente didáticos.

É cediço que o salário possui natureza alimentar, embora possua também outras finalidades como habitação, transporte,

educação etc. Entretanto, sua função primordial é o provimento do sustento próprio do empregado e de sua família.

A natureza alimentícia do salário foi estabelecida a nível constitucional, prevista no art. 100, § 1º, da CF (EC nº 30/00), ao preconizar que os débitos de natureza alimentícia compreendem aqueles decorrentes de salário, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários etc.

O salário, por conseguinte, por integrar o conceito de propriedade, deve cumprir também uma função individual e social, podendo o Estado, quer como legislador, quer como Juiz, estabelecer limitações e restrições, sem que com isso se possa afirmar que haja uma agressão e supressão do direito, desde que essas interferências não sejam desproporcionais ou desarrazoadas, de molde a eliminar o núcleo essencial desse direito.

Assim, há de se ter em mente que não se permite, a despeito da possibilidade de se redesenhar o instituto, que as limitações sejam de tamanha monta, de maneira a que se retire a própria utilidade da coisa, mormente quando o mínimo conservado representa instrumento de preservação da liberdade individual e da concretização do princípio da dignidade humana.

Gilmar Mendes, ao retratar essa dialética, no âmbito do legislador, alerta que:

O legislador dispõe de uma relativa liberdade na definição do conteúdo da propriedade e na imposição de restrições. Ele deve preservar, porém, o núcleo essencial do direito de propriedade, constituído pela **utilidade privada** e, fundamentalmente, **pelo poder de disposição**. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 425, grifo nosso.)

Pois bem, em assim sendo, no tocante ao salário, como já mencionado, por sua natureza alimentícia e peculiar (dinheiro), que o distingue dos bens móveis e imóveis, onde não ocorre uma separação entre a substância e a utilidade, deve-se preservar seu núcleo essencial do direito, constituído pela **utilidade privada**, que é, sem sombra de dúvida, o provimento do sustento próprio e da família.

Por conseqüência, qualquer restrição por parte do Estado, quer no desempenho de sua função legislativa, quer no uso de sua função judicial, que subtraia do direito ao salário a sua função primeira, isso não configura um redesenho do instituto, mas a sua subtração, e como tal, vulnera os princípios da dignidade humana e da justiça social, concretizados no pleno assecuramento desse direito.

4 NORMAS QUE REGULAM O INSTITUTO

O disciplinamento da matéria em foco irradia-se a partir do Código de Processo Civil, que assim dispõe:

Art. 649. São absolutamente impenhoráveis:

V- Os vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios; as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, observado o disposto no §3º deste artigo.

X- até o limite de 40(quarenta) salários mínimo, a quantia depositada em caderneta de poupança.

§2º. – O disposto no inciso IV do caput deste artigo não se aplica no caso de penhora para pagamento de prestação alimentícia.

Art. 764. Quando o devedor for funcionário público, militar, diretor ou gerente de empresa, bem como empregado sujeito à legislação do trabalho, o juiz mandará descontar em folha de pagamento a importância da prestação alimentícia.

Como se depreende dos textos legais, a regra é a impenhorabilidade absoluta do salário, excepcionando-se tão somente nos casos de pagamento de pensão alimentícia.

5 TEORIZAÇÃO SOBRE O DOGMA DA PENHORABILIDADE

A despeito de o texto legal enquadrar o salário como bem absolutamente impenhorável, há entendimento divergente, embasado em interpretação principiológica, no sentido de se permitir a sua penhorabilidade, por força de pagamento de débitos trabalhistas.

A rigor, para os que defendem a penhorabilidade, não se pode olhar apenas para o texto normativo, sem que se faça uma interpretação principiológica, sob pena de resultar, ao final, em uma verdadeira colisão de princípios. A solução mais correta residiria na aplicação do princípio da proporcionalidade, proclamando-se a permissividade da penhora de um percentual do salário, de maneira a resguardar tanto os créditos trabalhistas do empregado, por possuírem natureza alimentar, bem como um valor mínimo do salário do empregador.

Os fundamentos e princípios utilizados na defesa da tese, de regra, são: a valorização do trabalho humano; dignidade da pessoa humana; a natureza alimentar do crédito trabalhista e sua abrangência definida no art. 100-A, §1º-A, da CF; efetividade das decisões judiciais (devido processo legal/tutela executiva); riscos da atividade econômica a ser suportado pelo empregador e princípio da isonomia.

Todo esse manancial de princípios, de observância obrigatória, alguns elencados como direitos fundamentais, não de ser considerados pelo intérprete, posto que se entrecrocaram, conflitam-se com os termos rígidos da lei processual que veda a penhorabilidade dos salários. A harmonização do sistema jurídico como um todo, de maneira a que o texto legal possa ser amoldado, deve ser realizada pelo princípio da proporcionalidade, que paira sobranceiro, alçando-se à categoria de “princípios dos princípios”. (GUERRA FILHO, 1995, p. 69).

Daniel Natividade R. de Oliveira apresenta o problema como um conflito entre dois direitos fundamentais: a dignidade humana do empregado versus a do empregador. Para ele, a dignidade da pessoa humana é fundamento do Estado Democrático de Direito, reconhecido no art. 1º.III, da Constituição Federal. Por outro lado, o direito social ao trabalho e salário são ingredientes indispensáveis na própria concretização da dignidade da pessoa humana. (OLIVEIRA; FILETI, 2007, p. 183).

A CF também reconhece o princípio da justiça social, inserto na ordem econômica social, que objetiva assegurar uma vida digna, que, para sua implementação, há que se garantir as necessidades vitais básicas, constituídas em: **moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social.** (art. 7º, IV, do texto constitucional).

O salário, como instrumento de acesso aos referidos bens, merece proteção, constituindo-se o trabalho humano, como corolário, em fator de inclusão social.

Todavia, é exatamente por conta da proteção ao salário que se vai estabelecer um conflito entre a dignidade do empregado e a dignidade do empregador, em caso de penhora de seus salários. Assim, a maneira de se ter preservada a dignidade de empregado e empregador

é a possibilidade de penhora de um percentual do salário, possibilitando-se, assim, a convivência harmônica do direito fundamental de ambos, sem o sacrifício total de um em detrimento de outro, posto que da mesma estatura constitucional.

Entretanto, outros vêem uma colisão entre o direito fundamental do credor à tutela executiva, corolário do devido processo legal, de maneira a resguardar a utilidade e satisfatividade das decisões judiciais, e o direito do devedor- titular do direito à preservação da dignidade humana -, tendo o salário como ingrediente necessário. Mais uma vez, a solução passaria pelo princípio da proporcionalidade.

Já para alguns, a penhorabilidade em nada confronta com o texto legal, já que o art. 649 do Código Civil, em seu parágrafo 2º, excepciona a penhora em casos de **pagamento de prestação alimentícia**. Em sendo assim, torna-se imperativo considerar-se os créditos trabalhistas inclusos na norma de exceção, já que possuem natureza alimentícia.

Gemignani (2007, p. 958), ao se posicionar sobre o tema, argumenta:

Ademais, importante registrar que a exceção legal não se refere apenas “pensão alimentícia”, pois não foi esse o conceito agasalhado pela lei, mas sim “prestação alimentícia”, que detém conotação mais abrangente, assim incluindo os créditos trabalhistas, que ostentam inequívoca natureza alimentar, pois é com eles que o trabalhador consegue prover a sua subsistência, de modo que a tese da impenhorabilidade absoluta dos salários do ex-empregador, em desfavor dos salários do ex-empregado, se revela insustentável pelo ordenamento processual em vigor. (grifo nosso).

Como se depreende do raciocínio, o conflito estabelece-se não entre um crédito civil e outro alimentar, de translúcido deslinde, mas entre dois créditos detentores de igual privilégio (alimentares), onde a solução deságua na preservação dos dois, com a penhora parcial sobre o salário do devedor.

A autora enfatiza, ainda, que o reconhecimento ao devedor de uma condição mais benéfica (integralidade dos salários), quando ele próprio deixa de pagar os salários a que faz jus o empregado, contraria, frontalmente, o princípio da isonomia.

Em síntese, esses são os fundamentos que autorizam a penhora de um percentual sobre os salários do devedor, utilizando-se a ferramenta do princípio da proporcionalidade como própria à manutenção da “unidade e harmonia do sistema, integrando suas diferentes partes e atenuando tensões normativas.” (Luiz Roberto Barroso; *apud* GEMIGNANI, p. 962, 2007).

6 TEORIZAÇÃO SOBRE O DOGMADA IMPENHORABILIDADE

Em outra linha de posicionamento, totalmente oposta à relativização da penhora dos salários, encontram-se aqueles que entendem sê-los **absolutamente impenhoráveis**.

Justificam-no por força do dispositivo legal do CPC, em seu art. 649, IV, que, taxativamente enuncia a **impenhorabilidade absoluta**.

Argumentam que não quis a lei opcionar a natureza do salário em bem relativamente impenhorável. A razão da classificação no rol dos bens absolutamente impenhoráveis encontra razão de ser na própria preservação das condições de subsistência do devedor e de sua família, preservando-lhe, destarte, uma vida material digna, o que resultaria no atendimento ao princípio constitucional da dignidade humana.

Uma vida digna passaria, obviamente, pela obtenção do mínimo necessário como alimentação, moradia e medicamentos, próprios e da família, núcleo também protegido constitucionalmente.

Bem ilustra o pensamento acima, passagens do voto do Des. Jim Boavista:

Numa interpretação conforme a Constituição Federal, tem-se que quando o CPC intentou salvaguardar a remuneração daquele que é sujeito passivo de cobrança de dívida, quis, em verdade, proteger o indivíduo de qualquer ato, judicial ou extrajudicial, que se alinhavasse no sentido de desguarnecê-lo de sua única fonte de sobrevivência: a renda, o salário. Numa última análise, quis a lei sobrelevar, qualquer que fosse o caso concreto, a dignidade da pessoa humana.¹

Os encampadores dessa linha enfatizam que a norma em apreço não pode ser interpretada ampliativamente, englobando os **créditos trabalhistas** como inclusos na expressão legal **prestação alimentícia**, posto que aqueles apenas possuem natureza alimentícia e esta seria decorrente de vínculo de parentesco.

Veja-se, novamente, uma outra passagem no citado voto do Des. Jim Boavista:

Todavia, a obrigação alimentícia ali enunciada não é outra senão a decorrente das relações de parentesco, de casamento ou de entidade familiar (CC, art. 1694 e seguintes), não tendo, pois, a norma estendido a exceção aos alimentos decorrentes da relação empregatícia.

¹ Acórdão prolatado pelo Desembargador Wellington Jim Boavista, nos autos do Agravo de Petição nº 00473-2001-101-22-00-0, julgado pela primeira turma do Tribunal Regional do Trabalho da 22ª Região, em sessão realizada no dia 23.11.2009, porém, até a data de elaboração deste artigo, essa decisão não tinha sido publicada no Diário da Justiça do Trabalho.

No mesmo teor, o Tribunal Superior do Trabalho já decidiu:

Quanto ao mérito, assiste razão ao Impetrante, porquanto o salário é absolutamente impenhorável, nos termos do art. 649, IV, do CPC. 5. Oportuno ressaltar, desde logo, que não há que se falar na exceção prevista no § 2º do art. 649 do CPC, qual seja, a penhora como garantia de pagamento de prestação alimentícia, pois, por se tratar de espécie, e não gênero, de crédito de natureza alimentícia, não pode ser interpretada de forma a englobar o crédito trabalhista, conforme precedentes específicos da SBDI-2 desta Corte. In casu, está-se diante de um confronto de valores de mesma natureza tutelados pelo ordenamento jurídico, referentes à subsistência da pessoa, não se justificando despir um santo para vestir outro. (Grifo nosso)².

Em síntese, pois, os argumentos alinhavados na teorização do dogma da impenhorabilidade.

7 QUESTIONAMENTOS ENVOLVIDOS

Ao que se me parece, o tema da penhorabilidade ou impenhorabilidade não pode ser visto como dogma, de maneira a que se propugne, sempre e necessariamente, por um deles, aos moldes da escolha da bivalência entre o bem ou o mal, o certo ou o errado.

Há, por inúmeras vezes, diante do caso concreto, mais valores envolvidos, que merecem um tratamento diferenciado, não permitindo, adredemente, uma posição firmada. É o que ocorre, por exemplo, quando o devedor, apesar de perceber dois salários mínimos, suponha-se, é

² Brasil. Tribunal Superior do Trabalho. PROC. Nº TST-ROMS-125/2008-000-10-00.0. Relator: Ives Gandra Martins Filho. Subseção II Especializada em Dissídios Individuais, DEJT 22/05/2009. Disponível em <<http://aplicacao.tst.jus.br/consultaunificada2>>. Acesso em 20 nov. 2009.

idoso e doente, comprometendo 60% de sua renda com medicamentos e o restante com alimentação e moradia, posto que mora **de aluguel**. Agravando-se, mais ainda, o credor que a ele se contrapõe é jovem, sadio e solteiro. Suponha-se, também, situação em que o devedor auferia apenas o mínimo legal, sendo casado e com a responsabilidade de sustentar dois ou três filhos menores.

Imagine-se um devedor que ganha salário mínimo, mas mora com os pais, é solteiro e filho de família abastada, e outro que ganha mais em valores (receita), até mesmo três salários mínimos, mas possui família numerosa, é casado, a esposa não trabalha, sustenta seis filhos menores, a mãe que é idosa, doente e não recebe benefício previdenciário. Perguntase, qual situação satisfaz mais a finalidade do arcabouço jurídico constitucional nesses casos imaginários? Serviria de base para o dogma da penhorabilidade ou não apenas o quantitativo do salário mínimo?

Nessas situações, valores outros como proteção ao idoso, à saúde, delineariam com mais precisão os princípios a prevalecerem preservados.

Cabe trazer à baila decisão judicial em que princípios outros se tornaram prevalentes:³

Ademais, o benefício percebido pelo agravante corresponde ao menor valor pago pelo instituto previdenciário (um salário mínimo), que deveria assegurar o mínimo de dignidade a pessoa humana, entretanto, a realidade nos revela que de longe o mínimo legal atende àquela finalidade. Não sendo de elevado valor o benefício percebido pelo agravante, a penhora sobre qualquer percentual desse valor afeta significativamente sua capacidade alimentar.

³ Excertos do acórdão prolatado pelo Desembargador Wellington Jim Boavista, citado nos autos do Agravo de Petição nº 00473-2001-101-22-00-0, julgado pela primeira turma do Tribunal Regional do Trabalho da 22ª Região, em sessão realizada no dia 23.11.2009.

De sorte que se encontrando em oposição a dignidade do agravado, jovem obreiro, nascido no ano de 1981(fl06) e a do agravante (pessoa idosa, aposentado), os valores morais e sociais cristalizados em normas do ordenamento jurídico, autorizam decidir pela prevalência da proteção à dignidade do senil, nos termos do Estatuto do Idoso (Lei nº10.406, de 10.01.2002).

8 PROPOSTA DE HARMONIZAÇÃO E RELATIVIZAÇÃO DOS DOGMAS EM CONSONÂNCIA COM O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

A matéria guarda sua devida importância, na medida em que, como visto, não é pacífica, merecendo, ainda, amadurecimento por parte dos operadores do direito. Por um lado, há os adeptos ferrenhos da admissibilidade da penhora, mas também poucos não são aqueles que não a admitem. No Tribunal Superior do Trabalho a cizânia se estabelece, mesmo diante da consagração da Orientação Jurisprudencial nº 153 da SBDI-2, que declara a ilegalidade da penhora.⁴

Como visto, não encontra óbice no nosso sistema jurídico a admissão dos *salários* no conceito de propriedade, como direito patrimonial que é. Dada a sua natureza especial, substância e utilidade se confundem.

⁴ OJ-SDI2-153 MANDADO DE SEGURANÇA. EXECUÇÃO. ORDEM DE PENHORA SOBRE VALORES EXISTENTES EM CONTA SALÁRIO. ART. 649, IV, DO CPC. ILEGALIDADE. (DJe divulgado em 03, 04 e 05.12.2008) Ofende direito líquido e certo decisão que determina o bloqueio de numerário existente em conta salário, para satisfação de crédito trabalhista, ainda que seja limitado a determinado percentual dos valores recebidos ou a valor revertido para fundo de aplicação ou poupança, visto que o art. 649, IV, do CPC contém norma imperativa que não admite interpretação ampliativa, sendo a exceção prevista no art. 649, § 2º, do CPC espécie e não gênero de crédito de natureza alimentícia, não englobando o crédito trabalhista. (Disponível em: http://www.tst.gov.br/jurisprudencia/Index_Enunciados.html. Acesso em 20 nov. 2009)

Ora, não havendo uma distinção nítida entre substância e utilidade, não se pode fazer restrições a esse direito patrimonial, de tal maneira que se atinja a própria substância, sob pena de, em assim procedendo, aniquilar-se o próprio direito e não apenas limitá-lo.

Quanto aos salários, evidente que a utilidade privada consiste na possibilidade de prover o próprio sustento e da família, sobretudo porque a proteção a essa álea mínima é instrumento de preservação da dignidade humana.

Nesse compasso, a penhora de salário não pode ir além daquela fatia que garanta a utilidade privada: sustento próprio e da família, consistente, no mínimo, em alimentação, habitação, saúde, transporte e educação.

Por sua vez, o salário mínimo, como está a significar a própria nomenclatura, destina-se a garantir o mínimo necessário ao cidadão. Em assim sendo, a penhora sobre qualquer fatia dele, ainda que em 10%, consiste em rechaçamento do direito, ocorrendo uma verdadeira expropriação do direito, se é que assim se possa falar.

Diante desse quadro, a utilização do princípio da proporcionalidade, ao solver os direitos em conflitos, através da ponderação dos valores envolvidos, há de prestigiar a preservação do mínimo, tornando-se desarrazoada a penhora sobre o salário mínimo legal. A preservação desse mínimo traz embutido o resguardo de direitos fundamentais outros, como o direito à própria vida, à saúde e à dignidade.

Não se justifique, em outro giro, que o credor teria sua dignidade igualmente violada, em razão da natureza alimentar. A sabendas, nem todos os créditos trabalhistas possuem natureza alimentar (exemplificativamente, danos morais) e, ademais, o pró-

prio salário, percebido mensalmente pelo empregador, e que mantém o seu sustento e da família, quase nunca é objeto do título judicial, posto que dificilmente o empregado trabalha sem recebimento dos salários.

A partir, pois, da preservação da própria substância do direito (sustento próprio e de sua família, com resguardo das condições mínimas de saúde, alimentação, moradia, transporte e educação), tem-se como norte a impenhorabilidade de qualquer valor que o comprometa.

O limite, portanto, na solução dos dogmas envolvidos, é a dignidade da pessoa humana, sem o comprometimento de parcelas que diminuam a manutenção de uma vida digna.

Portanto, não é o *quantum* numérico do salário o fator determinante, que pode ser mesmo acima do mínimo, mas que, diante do caso concreto, em razão da situação fática do devedor (idoso, doente, família numerosa) e da realidade nacional, a subtração de qualquer parcela significaria o sacrifício do direito. Não se olvide que o comprometimento do salário do idoso com medicamentos representa grande fatia do todo, que ao ceifá-lo significaria ceifar a própria vida.

Os dogmas envolvidos (penhorabilidade/impenhorabilidade) devem ser relativizados, tomando-se como pressuposto inicial a impenhorabilidade do mínimo legal. A partir daí, a bússola norteadora deve ser a preservação do valor que não retire a utilidade do bem, consistente na manutenção das condições de uma vida digna.

Há que se ter em consideração, ainda, os percentuais a serem aplicados, bem como a possibilidade de existir no crédito trabalhista parcelas que não detenham natureza alimentar, o que não acarretaria a penhora desses valores.

Efetivamente que a existência de salários elevados, onde o comprometimento de uma parcela não diminuiria o significado de **vida digna**, poderia ser penhorado em percentual a ser fixado, diante do caso concreto. Em última palavra, a mais-valia (existência de uma polpuda poupança, p.ex.) consistiria na fatia a ser penhorada. Como bem colocado por Rizzo, “o crédito que representar o luxo, o supérfluo ou mero acúmulo de capital estará sempre em segundo plano em relação ao salário.” (RIZZO, 2005, p. 135)

Nesse tema, há sempre princípios e direitos fundamentais conflituosos (p. ex. efetividade da justiça x dignidade da pessoa humana; jovem x idoso), solvidos na **ponderação de valores**, procurando-se estabelecer o peso relativo a cada um dos princípios contrapostos.

Os princípios possuem uma **dimensão de peso**: a aplicação de um, em determinado caso concreto, não invalida aquele não escolhido, podendo, posteriormente, ser selecionado e aplicado em outro caso concreto. Para Dworkin (1995, p. 77), os princípios:

[...] tienen una dimensión que falta en las normas: la dimensión del peso o importancia. Cuando los principios se interfieren (la política de protección a los consumidores de automóviles interfiere con los principios de libertad de contratación, por ejemplo), quien debe resolver el conflicto tiene que tener en cuenta el peso relativo de cada uno.

A solução não pode ocorrer em um juízo apriorístico, *in abstracto*, sem a análise do caso concreto, onde se verificará a prevalência do(s) princípio(s) envolvidos.

Robert Alexy (*apud* Ávila, 2001, p. 10), faz o registro:

O conflito deve ser resolvido, muito mais, por meio de uma ponderação entre os interesses conflitantes. Em vez de uma ‘relação abstrata de prevalência absoluta’, deve ser descrita uma ‘relação concreta de prevalência relativa’, cujo conteúdo depende das circunstâncias do caso e cujos efeitos só são desencadeados caso verificadas as condições de prevalência do princípio envolvido.

É através do princípio da proporcionalidade que se realizará a distribuição ponderada, equilibrada, dos valores e bens envolvidos. Por meio dele se faz necessário um sopesamento entre os custos (sacrifícios impostos) e os benefícios gerais a serem atingidos com a medida imposta. Entretanto, na análise do sacrifício não se pode fulminar o direito ao salário, em sua função individual, sob pena de fulminar o próprio direito de propriedade, assegurado constitucionalmente.⁵

9 CONCLUSÃO

A legislação em vigor – art. 649, inc.IV do CPC – coloca a salvo de penhora os “salários” para pagamento de dívidas. Entretanto, a partir da norma legal, instalou-se a celeuma sobre a interpretação desse artigo em face de créditos trabalhistas, que possuem a mesma natureza alimentar dos salários, reunindo defensores adeptos da interpretação literal do texto e defensores contrários, que pugnam por uma exegese menos dogmática.

Entretanto, a análise passa pela própria inclusão dos “salários” no conceito de direito de propriedade, que se consubstancia em um direito fundamental, que como tal, deve ser preservada a utilidade privada do bem, consistente na possibilidade de prover o sustento próprio e de sua família.

É a partir da preservação da utilidade privada do bem que se visualiza a possibilidade ou não da penhora, permitindo-a quando se estiver diante da mais valia, do excesso, do lucro.

Para se detectar, entretanto, o excedente, torna-se necessário um sopesamento de vários valores envolvidos, às vezes conflituosos entre si, levando-se em consideração inúmeras variáveis, dentre elas, o montante auferido como renda salarial. Entretanto, a questão do valor do salário não se torna o único fator decisivo, mister avaliar as demais circunstâncias fáticas, ponderando o princípio que deverá prevalecer, diante do caso concreto, através da ferramenta do princípio da proporcionalidade.

Assim, há que se relativizar os dogmas estabelecidos em um juízo *a priori*. Inobstante isso, tem-se como limites à penhorabilidade, o salário mínimo, que já é mínimo o suficiente para manutenção da utilidade privada do bem e a preservação da dignidade humana.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1993.

DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio**. España: Editorial Ariel, 1995.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 34.ed. São Paulo: Saraiva, 2008. cap. 32.

GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta. Penhora sobre salários, proventos da aposentadoria e poupança: o princípio da legalidade e a utilidade da jurisdição. **LTr**, São Paulo, v. 71, n. 8, p. 957-964, ago. 2007,.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Sobre princípios constitucionais gerais: isonomia e proporcionalidade. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 719, set.1995.

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

OLIVEIRA, Daniel Natividade R. de; FILETI, Narbal Antônio Mendonça. Penhora de Salário, de Ganhos decorrentes de trabalho autônomo e de valores depositados em cadernetas de poupança, frente à execução de credor trabalhista: Análise sob o prisma do Princípio da Proporcionalidade. **LTr**, São Paulo, v. 71, n. 2, p. 180-186, fev. 2007..

RIZZO, Jaide Souza. Penhora de salário. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**, Campinas, SP, n. 26, p. 131-150, 2005. Disponível em: <http://www.trt15.jus.br/escola_da_magistratura/Rev26Art9.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2009.

VAZQUEZ, Javier Barnés. Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario. **Revista de Administración Pública**, Madrid, n. 135, sep.-dic., 1994.

A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO E SUA APLICAÇÃO NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

Arnaldo Boson Paes*

RESUMO

A função social do contrato e sua repercussão nas relações de trabalho é o objeto deste estudo. A análise parte da referência ao princípio constitucional da solidariedade social e sua irradiação sobre a ordem civil, em especial sobre a teoria dos contratos. Examina a técnica legislativa das cláusulas gerais, destacando sua estrutura normativa e realçando sua natureza funcional, em que seu atribui ao seu aplicador ampla margem de conformação. Segue então a análise da função social do contrato consagrada pelo art. 421 do CC/02 e sua aplicação nas relações de trabalho. Na parte final, o estudo examina a jurisprudência dos tribunais trabalhistas para identificação da forma de atuação e operabilidade da função social do contrato.

Palavras-chave: Contrato. Função Social. Relações de Trabalho.

1 INTRODUÇÃO

O objetivo desta exposição é abordar a temática da função social do contrato e seu impacto sobre as relações de trabalho. Não se pretende conceituar a função social do contrato, posto que, dada a sua natureza de cláusula geral, isso seria irrelevante e inútil. O enfoque adotado é o da funcionalização do contrato, a partir da cláusula geral do art. 421 do CC/

* Desembargador do TRT/PI. Doutorando em Direito do Trabalho pela PUC (SP) e pela UCLM (Espanha). Mestre em Direito pela UFC (CE) e pela UCLM (Espanha). Professor de Direito da FAP Teresina.

02, na idéia de que numa sociedade complexa formam-se verdadeiras teias contratuais, em que relações jurídicas aparentemente diversas se implicam e se afetam mutuamente. A perspectiva procura dar funcionalidade às relações contratuais vinculadas por nexos funcionais e ordenadas a partir de objetivos comuns.

O aspecto funcional torna-se o mais adequado na medida em que se reconhece que a partir do CC/02 o contrato não é concebido apenas na sua dimensão jurídica (instrumento para constituir, modificar ou extinguir uma relação jurídica) ou econômica (instrumento de garantia de circulação de riquezas), haja vista que agora o instituto está vinculado ao atendimento de sua função social, que se constitui “diretriz para sua existência, validade e eficácia” (NERY JÚNIOR, 2003, p. 416). Assim, a função social indica a vinculação do contrato ao atendimento dos objetivos da coletividade, de modo a realizar os seus valores fundamentais.

A abordagem implica uma breve referência ao princípio constitucional da solidariedade social, procurando apontar sua influência na conformação da ordem civil, em especial na teoria dos contratos. Numa etapa subsequente, o estudo examina a natureza da cláusula geral da função social do contrato, destacando sua operabilidade no sistema jurídico. O objetivo é identificar o seu aspecto funcional de modo a traçar algumas considerações sobre o seu mecanismo de atuação. Na parte final, é analisada sua repercussão sobre as relações de trabalho, seguindo a apresentação do estudo de casos que revelam como se dá a funcionalização da cláusula geral da função social do contrato.

2 O PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE SOCIAL E SUA REPERCUSSÃO NA TEORIA DOS CONTRATOS

O constitucionalismo contemporâneo impactou profundamente a teoria contratual, que passou a estruturar-se a partir de quatro idéias-força: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual e função social do contrato. Essa influência decorre do fenômeno da constitucionalização do direito civil, compreendida em sua dupla dimensão: formal, decorrente da inserção de normas de direito privado nas constituições; material, fruto da incorporação no texto constitucional da pauta axiológica informadora da ordem civil. Isso se dá com a eficácia de princípios como o da solidariedade social, da dignidade da pessoa humana e da função social sobre as relações do direito civil, implicando em uma nova postura metodológica.

O aspecto mais importante é o da constitucionalização material da ordem privada, produto da compreensão da Constituição “como a fonte dos valores que informam as regras de direito civil”, representando o “deslocamento dos valores que se contravam plasmados no Código Civil para a Constituição (SILVA, 2003, p. 128). E foi a partir do influxo da Constituição sobre a ordem civil que o CC/02 adotou como uma de suas diretrizes fundamentais a socialidade, expressão da solidariedade social. De fato, “Se às Constituições cabe proclamar o princípio da função social [...] é ao Direito Civil que incumbe transformá-lo em concreto instrumento de ação. Mediante o recurso à função social e também à boa-fé – que tem uma base marcadamente ética e outra solidarista – instrumentaliza o Código agora aprovado a diretriz constitucional da solidariedade social, posta como um dos “objetivos fundamentais da República” (MARTRINS-COSTA; BRANCO, 2002, p. 144).

A solidariedade social possui substrato constitucional no art. 3º, I, da CF, que estabelece como um dos objetivos fundamentais da

República brasileira a construção de uma “sociedade livre, justa e solidária”. Insere-se como um de seus fundamentos, posto que a Constituição impõe o respeito à dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º, I e IV). Reforça a solidariedade social a circunstância de que a ordem econômica fundase na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por objetivo “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social” (art. 170, caput) e elegendo o primado do trabalho como base da ordem social, que tem por objetivo o bem-estar e a justiça sociais (art. 193). Sobressai ainda o estabelecimento da função social da propriedade (art. 5º, XXIII), a indicar que o direito de propriedade somente é assegurado enquanto é exercido e usufruído de acordo com a função social que se lhe atribui.

Consagrada a solidariedade social como valor constitucional fundamental, isso impacta todo o sistema jurídico, inclusive a ordem civil. Isso porque as normas infraconstitucionais devem ser interpretadas a partir e conforme a Constituição. Como consequência da constitucionalização material do direito civil, resulta que toda norma ou cláusula contratual sempre deve se coadunar e exprimir a normatividade constitucional. Nesse contexto, as normas de direito civil devem ser interpretadas como reflexo de normas constitucionais. Isso porque a regulamentação de toda e qualquer atividade deve ser, em todos os seus momentos, expressão da indubitável opção constitucional de privilegiar a dignidade da pessoa humana. Em consequência, transforma-se o direito civil, de sorte que “a personalidade humana melhor se desenvolva e sua dignidade seja mais amplamente tutelada” (MORAES, 1991, p. 68).

Nessa perspectiva, os valores constitucionais se irradiam sobre toda a ordem privada e no CC/02 manifesta-se de forma mais acentuada ao modificar profundamente seu instituto mais característico: o contrato.

De fato, antes impregnado da concepção da soberania da autonomia da vontade, o contrato assume na contemporaneidade função operativa de concretização da solidariedade social. Isso porque o contrato deve refletir a preocupação com a adequação da ordem jurídica de modo a ajustá-la aos problemas e desafios de uma sociedade marcadamente complexa. A afirmação da solidariedade social no âmbito do contrato passa por uma expressiva evolução de seu conceito, de suas finalidades e de seu conteúdo, determinando a substancial reformulação dos princípios tradicionais do direito contratual.

Ao justificar a função social do contrato, Teresa Negreiros, referindo-se a Antonio Juqueira de Azevedo, observa que seu fundamento constituicional reside no princípio da solidariedade, exigindo que os contratantes e terceiros colaborem entre si, respeitando as situações jurídicas já constituídas, aqui que não sejam dotadas de eficácia real, mas desde que sua prévia existência seja conhecida pelas pessoas implicadas. Isso porque, numa sociedade que se pretende mais solidária, não deve ser admitido que, sob o pretexto de que o direito de crédito é um direito relativo, possa esse direito ser despreitado por terceiros, que argumentam com a ausência de consentimento para sua criação. “Esta ótica individualista e voluntarista deve ser superada diante do sentido de solidariedade presente no sistema constituicional (NEGREIROS, 2006, p. 2009).

3 A CLÁUSULA GERAL DA FUNÇÃO SOCIAL CONTRATO E SUA OPERABILIDADE NO SISTEMA JURÍDICO

A solidariedade social permeia todo o CC/02, mas para este estudo tem especial relevância sua consagração na cláusula geral da função social do contrato: “Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. Reforça

esse dispositivo a norma do art. 2.035, parágrafo único, ao estabelecer que “nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos”.

O Conselho da Justiça Federal, na III Jornada de Direito Civil, realizada em Brasília em dez/2004, editou o Enunciado 23: “Art. 421: a função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana”.

De acordo com a cláusula geral da função social do trabalho, os interesses individuais dos contratantes devem ser exercidos em conformidade com os interesses sociais, partindo do pressuposto de que o contrato repercute no âmbito social, daí por que “não deve ser concebido como uma relação jurídica que só interessa às partes contratantes, impermeável às condicionantes sociais que o cercam e que são por ele próprio afetadas” (NEGREIROS, 2006, p. 208).

Considerando que a função social do contrato está formulada através de cláusula geral, busca-se um enfoque funcional, privilegiando sua forma de atuação. Realmente, irrelevante e inútil qualquer esforço para sua conceituação ou identificação de seu conteúdo, haja vista que a técnica legislativa adotada para sua positivação sugere necessariamente que seu sentido e suas possibilidades não estão atribuídos antecipadamente pelo legislador. Essa técnica das cláusulas gerais é uma exigência dos sistemas jurídicos das sociedades complexas, que demandam um modelo de direito dotado de flexibilidade e segurança, capaz ao mesmo tempo de receber a evolução do pensamento jurídico e do comportamento social e também de garantir ordem e segurança no tráfego jurídico.

Por isso mesmo as cláusulas gerais possuem estrutura normativa com conteúdo aberto, vago e indeterminado. Decorre dessa textura diferenciada que as cláusulas gerais não apresentam um significado objetivo e autônomo em que a atividade do seu intérprete reduz-se a descobrir, revelar e aplicá-lo às situações concretas da vida. Ao contrário, as cláusulas gerais têm caráter polissêmico, constituindo preceitos normativos multissignificativos, cujo sentido é atribuído pelo intérprete com ampla margem de conformação. E essa estrutura normativa decorre da natureza funcional que lhe confere a ordem jurídica, dotando-lhe de um papel instrumentalizador.

Essa funcionalização das cláusulas gerais decorre da circunstância de serem formuladas “sob a forma de diretrizes, dirigidas precipuamente ao juiz, vinculando-o ao mesmo tempo em que lhe dão liberdade para decidir”, com “caráter significativamente genérico e abstrato, cujos valores devem ser preenchidos pelo juiz” (NERY JÚNIOR, 2003, p. 408). Logo, na aplicação das cláusulas gerais, o juiz não tem solução preestabelecida na lei, cabendo-lhe encontrar a solução adequada considerando a funcionalidade que o instituto jurídico deve desempenhar em cada caso. Assim, “quando a norma não prevê a consequência, dando ao juiz a oportunidade de criar a solução, dá-se ocasião de aplicação da cláusula geral: a consequência não estava prevista na norma e foi criada pelo juiz para o caso concreto” (NERY JÚNIOR, 2003, p. 408).

Impende então verificar como se dá a funcionalização da cláusula geral contida no art. 421 do CC/02. Segundo Luis Renato Ferreira da Silva (2003, p. 135), em relação a cada instituto cumpre identificar o direito básico que pretende assegurar, a função que deve desempenhar e o sistema de coação disponível para que exerça efetivamente sua função. No caso da cláusula geral da função social do contrato, o direito básico que almeja assegurar é o da liberdade de

contratar e o direito há de ser exercido “em razão e nos limites” da função social do contrato, sem que o legislador tenha especificado como alcançar a função social nem estabelecido os mecanismos para assegurar o seu cumprimento, transferindo assim ao aplicador a tarefa de conformá-lo a partir das especificidades do caso concreto (SILVA, 2003, p. 135-136). Portanto, a cláusula do art. 421 do CC/02, “a par de consolidar a autonomia privada pela afirmação do princípio da liberdade contratual, adjetiva este poder para torná-lo um poder-dever, ao funcionalizá-lo (SILVA, 2003, p. 135).

Nesse aspecto, a função social do contrato insere-se dentro da perspectiva da funcionalização do direito. Esse caráter instrumental da cláusula do art. 421 do CC/02 possui a virtualidade de garantir a humanização das relações jurídicas, submetendo a ordem civil a novas transformações e garantindo a estabilidade das relações contratuais, sensível ao ambiente social em que produz seus efeitos. Isso porque a função social do contrato é fazer com que se transforme em instrumento da construção da dignidade do homem, de modo que não esteja apenas a serviço dos contratantes, mas também da sociedade. Na perspectiva do art. 421, sendo a liberdade de contratar exercida em razão e nos limites da função social, decorre daí que a função básica do contrato é a “realização da utilidade e da justiça do próprio contrato” (SILVA, 2003, p. 138).

A cláusula geral do art. 421 conduz à mitigação da relatividade dos contratos, um dos princípios clássicos do direito das obrigações, materializado no brocardo segundo o qual o contrato não prejudica nem aproveita a quem dele não seja parte. De acordo com a concepção clássica, o contrato cria direitos e obrigações apenas para os contratantes, não para terceiros. Essa orientação não subsiste mais, porquanto agora a liberdade de contratar tem na função social do contrato um limite intransponível, o que demonstra que há muito deixou de estar em foco

o interesse meramente particular dos contratantes, ou mesmo sua autonomia da vontade. Passa-se, ao revés, a imputar aos mesmos contratantes uma responsabilidade social, de promoção do bem comum e de não transgressão a direitos alheios.

Esse aspecto acentua-se nas hipóteses de reconhecimento de teias contratuais. Nessas situações, contratos aparentemente diversos estão interligados a partir de nexos e objetivos comuns, com aptidão para gerar conseqüências jurídicas em relação a terceiros, afetando assim cada um dos contratos que integram uma cadeia. Nas relações de trabalho esse fenômeno é freqüente, a exemplo do que se dá na terceirização de serviços (TST, Súmula 331), nos contratos de empreitada (CLT, art. 455) e nos contratos de compra e venda com fraude à execução (CPC, art.593). Em outras situações, em decorrência do fenômeno da horizontalização da atividade produtiva, múltiplos contratos encadeiam-se, com nexo funcional e ordenados para a consecução de objetivos próprios do sistema que estão inseridos, de modo a exigir a adequada instrumentalização da função social do contrato.

4 APLICAÇÃO DA CLÁUSULA GERAL DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

No âmbito do contrato de trabalho a cláusula do art. 421 do CC/02 deve constituir-se instrumento para a garantia de efetividade dos direitos, reinterpretao relações jurídicas que eliminam, reduzem ou mitigam o sistema jurídico de proteção ao trabalhador. Na jurisprudência são encontrados alguns precedentes que apontam a adequada funcionalização da cláusula geral da função social do contrato, no entanto prevalece certo déficit na sua compreensão e aplicação.

No tocante à empregada gestante, a jurisprudência sumulada considera que “Não há direito da empregada gestante à estabilidade provisória na hipótese de admissão mediante contrato de experiência, visto que a extinção da relação de emprego, em face do término do prazo, não constitui dispensa arbitrária ou sem justa causa” (TST, Súmula 244, item III).

Ora, o contrato de experiência é uma modalidade singular de contrato por prazo determinado que visa a analisar as aptidões técnicas e o desempenho profissional do trabalhador num breve lapso temporal e, por parte deste, à avaliação da conveniência das condições de trabalho. Diante de considerações favoráveis e do interesse das partes, pode ocorrer sua transmutação para um contrato por prazo indeterminado. Portanto, o contrato de experiência almeja fim diverso dos demais contratos a termo, vez que estabelece um período de prova e de adaptação para que os contratantes possam ajustar a relação.

Assim, a principal característica do contrato de experiência, que o diferencia dos demais contratos por prazo determinado, é a existência de ânimo de continuação do vínculo firmado. As partes contratantes querem, através da experiência, analisar-se reciprocamente e averiguar a possibilidade de permanência da relação iniciada. Logo, a melhor aplicação da cláusula geral do art. 421 deve ser no sentido de que a concepção durante o período da experiência implica a prorrogação da relação jurídica até o período de término da estabilidade provisória.

Ademais, deve ser considerado que o art. 10, II, b, I, do ADCT da CF, ao vedar a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante, o fez a partir dos relevantes múltiplos aspectos que envolvem a gravidez. Isso porque a garantia de emprego tem por objeto primordial a proteção do nascituro e assim a trabalhadora gestante torna-se

beneficiária da condição material protetiva da natalidade. Logo, a Súmula 244, III, ao rechaçar a estabilidade provisória da gestante na contratação por experiência, deixa de funcionalizar adequadamente a cláusula geral do art. 421 do CC/02.

O TRT da 2ª. Região tem interessante precedente na aplicação da função social do contrato envolvendo a suspensão do plano de saúde fundada em suspensão contratual baseada em afastamento por doença profissional. Na situação, o considerou o Tribunal que as normas do Código Civil “e os atos em geral devem ser interpretados de acordo com os princípios da eticidade, socialidade e operabilidade. Funda-se o direito, pois, no valor da pessoa humana como fonte de todos os demais valores, priorizando a equidade, a boa-fé, a justa causa e demais critérios éticos. Deste princípio decorrem, entre outros, os artigos 113 e 422 do Código Civil, pelos quais “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração” e “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”. Com essas razões de decidir, concluiu “que a manutenção do plano de saúde e alimentação do empregado, durante o período de suspensão do contrato de trabalho, por enfermidade, constitui medida que se coaduna com o ordenamento jurídico vigente, mesmo porque o obreiro encontra-se em momento que mais necessita de tais benefícios” (01567-2006-011-02-00-0, 12ª Turma, julg. 10/10/2008, Rel. VANIA PARANHOS).

Em caso envolvendo portador de câncer, o mesmo Regional decidiu pela reintegração ao emprego, tendo como fundamento a dignidade da pessoa humana e a função social do contrato. Afirmou o Tribunal que “O poder de rescisão do pacto laboral encontra limitações nas garantias de emprego, assim como no respeito aos princípios que informam todo o ordenamento jurídico, em especial o princípio da

dignidade da pessoa humana, insculpido no artigo 1º, inciso III, da Carta Magna. Com a adoção do aludido princípio, a Constituição Federal de 1988 implantou no sistema jurídico brasileiro uma nova concepção acerca das relações contratuais, pela qual as partes devem pautar suas condutas dentro da legalidade, da confiança mútua e da boa fé. Tais premissas refletem o princípio da função social do contrato (artigos 421, Código Civil, e 8º, da CLT), o qual traduz genuína expressividade do princípio da função social da propriedade privada, consagrado nos artigos 5º, inciso XXIII, e 170, inciso III, da Constituição Federal, ou seja, o contorno é constitucional e se sobreleva à imediatidade da rescisão contratual decorrentes dos interesses meramente empresariais”. A decisão conclui que “A despeito da inexistência de norma legal prevendo a estabilidade do portador de câncer, até porque em determinadas fases da doença o paciente pode desenvolver normalmente suas atividades laborativas, imperiosa a solução controversa sob o prisma dos princípios da dignidade da pessoa humana do trabalhador e da função social do contrato” (00947-2008-381-02-00-4, 9ª. Turma, julg. 27/11/2009, Rel. JANE GRANZOTO TORRES DA SILVA).

Em outro precedente, o TRT da 2ª. Região decidiu que a dispensa de empregado recém-transferido caracteriza dano moral e enseja a devida reparação em razão do abalo psicológico e dos transtornos causados à vida familiar. Nas razões de decidir, considerou que “A dispensa de empregado recém-transferido, que tenha mudado com a sua família para outra localidade, ofende os princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º., III da CF/88), da boa-fé contratual (art. 422 do Código Civil) e da função social do contrato (art. 421 do Código Civil), cláusulas implícitas no contrato de trabalho. (01773-2006-033-02-00-7, 4ª. T, julg. 29/05/2009, Rel. WILMA NOGUEIRA DE ARAUJO VAZ DA SILVA).

Por sua vez, é possível reconhecer que a função social do contrato impõe a responsabilização subsidiária do dono da obra na medida em que o mesmo auferiu benefício com a força de trabalho. Recusar a responsabilidade do dono da obra seria tornar letra morta a valorização social do trabalho, fundamento da República, restando desamparado o trabalhador, único prejudicado. Sendo assim, equivocado o entendimento contido na OJ 191 da SDI-I que de um modo geral afasta a responsabilidade do dono da obra, daí por que parece mais adequada a aplicação do item IV da Súmula 331 do TST, fundamento que embasaria que o dono da obra seja responsabilizado subsidiariamente pelos créditos trabalhistas.

Questão também relevante envolve a possibilidade de responsabilização, por força da função social do contrato, quando determinada empresa rompe contrato de compra e venda com efeitos danosos sobre os contratos de trabalho dos empregados da empresa contratada. Essa situação tipifica a hipótese de teias contratuais, em que vínculos jurídicos aparentemente diversos passam a integrar um sistema. A respeito da matéria, há precedente interessante que conclui pela responsabilidade da empresa que de forma abrupta e injustificada rompeu o elo da cadeia produtiva.

Fundamentando na cláusula da função social do contrato, o TRT da 4ª Região condenou determinada empresa a responder subsidiariamente pelo pagamento de créditos de empregados de pequena empresa, quando esta havia realizado investimentos em maquinários, ferramentas e qualificação de pessoal, direcionando a maior parte de suas atividades à produção de peças específicas projetadas pela contratante. Na decisão, o Tribunal levou em conta a circunstância de que a empresa rescindiu totalmente e em momento único o contrato de compra e venda das peças fabricadas, acarretando o encerramento das atividades e a dispensa dos empregados.

O acórdão está assim ementado: “Responsabilidade subsidiária. Encerramento das atividades da empresa fornecedora ocasionado pelo rompimento de contrato de compra e venda. A relação das reclamadas de natureza aparentemente comercial ultrapassou os limites impostos pelo contrato de compra e venda, pois criou a dependência econômica da empregadora e sua rescisão imotivada e repentina ocasionou um impacto social: o desemprego. O rompimento contratual da maneira como foi realizado contrariou as disposições legais dos artigos 421 e 422 do Novo Código Civil. Não se pode admitir que a empresa compradora resolva adquirir produtos de outra fornecedora inesperadamente, apenas para atender a seus interesses econômicos, prejudicando os trabalhadores e sem responder pelas conseqüências sociais de sua atitude. Isso certamente não pode ser qualificado como um ato de boa-fé” (0130700-76.2008.5.04.0251, Rel. Marcelo Gonçalves de Oliveira, julg. 14/04/2010).

Realmente, admitir que outros contratos, subjacentes ao contrato de trabalho, sejam aptos à exclusão de responsabilidades em relação ao trabalhador colocaria o direito do trabalho na contramão da evolução do direito das obrigações e em linha de choque com o princípio da dignidade da pessoa humana. Ora, se nos contratos em geral a responsabilização não se limita às partes que constam formalmente no contrato, muito mais se deve dizer em relação ao contrato de trabalho celebrado em função de outro contrato. O contrato entre empresas e os contratos de trabalho dele decorrentes são inexoravelmente interligados, amalgamando-se as responsabilidades das partes que pactuaram entre si a contratação de trabalhadores ou a execução de serviços em que é imprescindível a contratação de trabalhadores.

De outra banda, a função social do contrato deve ser observada não apenas nas relações individuais, mas projeta-se também para o âmbito das relações coletivas de trabalho. Deve permear a conduta de todos os

sujeitos coletivos, durante todo o processo negocial, informando inclusive a celebração dos instrumentos da negociação coletiva. Por conta disso, não apenas os aspectos econômicos e jurídicos devem ser considerados durante a discussão, análise e conclusão dos acordos e convenções coletivas, sendo necessário considerar a função social que o instrumento coletivo deve cumprir. Logo, não se admite a inclusão de cláusulas que contrariem os interesses da coletividade ou que contrariem normas de ordem pública.

Aspecto relevante envolve o papel que cláusula geral do art. 421 do CC/02 deve exercer na despedida coletiva. Nas situações de crise e de garantia da viabilidade futura da empresa, por razões de ordem econômica, técnica, organizativa ou de produção, não se nega a possibilidade de extinção coletiva dos contratos de trabalho. Isso se dá em hipóteses em que a despedida não se opera por fatores inerentes à pessoa do trabalhador, mas, sim, pelo fato de a empresa estar impossibilitada de continuar suas atividades ou necessita reduzir seu quadro de pessoal para ajustar-se às novas circunstâncias. No caso, a ausência de norma específica sobre a matéria não autoriza a empregador a promover despedidas em massa, haja vista a função social do contrato.

Resulta então a necessidade de procedimentalização da despedida coletiva. Diversas etapas devem ser atendidas de modo a adequar a liberdade contratual aos fins sociais que os contratos devem satisfazer. Nesse aspecto, parece necessário que a iniciativa patronal deve ser precedida de negociação coletiva, com ampla informação, participação e deliberação. Durante a negociação deve ficar assegurada a transparência em relação às causas que motivam a despedida coletiva, com justificção das medidas que se pretende adotar. Em todo o caso, as partes devem proceder de boa-fé e com vistas à celebração de acordo que de fato minore os efeitos sobre a coletividade, levando em conta a existência de teais contratuais, em que a extinção em massa de contratos individuais produz gravíssimos efeitos sociais.

A necessidade de procedimentalização da despedida coletiva foi reconhecida pelo TRT da 15ª. Região no famoso dissídio coletivo envolvendo a EMBRAER. Voto vencido do Ministro Maurício Godinho Delgado reafirmou a obrigatoriedade da negociação coletiva, conforme trecho da ementa: “Regras e princípios constitucionais que determinam o respeito à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), a valorização do trabalho e especialmente do emprego (arts. 1º, IV, 6º e 170, VIII, CF), a subordinação da propriedade à sua função socioambiental (arts. 5º, XXIII e 170, III, CF) e a intervenção sindical nas questões coletivas trabalhistas (art. 8º, III e VI, CF), tudo impõe que se reconheça distinção normativa entre as dispensas meramente tópicas e individuais e as dispensas massivas, coletivas, as quais são social, econômica, familiar e comunitariamente impactantes. Nesta linha, seria inválida a dispensa coletiva enquanto não negociada com o sindicato de trabalhadores, espontaneamente ou no plano do processo judicial coletivo” (TST-RODC-309/2009-000-15-00.4).

Apesar do brilhante voto, prevaleceu no TST a validade da dispensa coletiva, desconsiderando a funcionalização do contrato de trabalho e o impacto da decisão em toda a cadeia produtiva, afetando gravemente outras relações jurídicas e provocando gravíssimas conseqüências sociais. Embora o acórdão tenha apenas sinalizado para a necessidade de procedimentalização para os casos futuros, é possível concluir desde logo, como o faz o jurista Renato Rua de Almeida, que “não mais persiste a liberdade contratual de despedir em massa no direito brasileiro, como direito potestativo, implícito no artigo 444 da Consolidação das Leis do Trabalho, por ausência específica de legislação trabalhista restritiva, já que o ato unilateral do empregador de despedir em massa está condicionado pelo direito fundamental social da proteção da relação de emprego contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, previsto no texto constitucional, a ser efetivado pela exigência da boa-fê objetiva e de seus deveres anexos de informar e comprovar aos trabalhadores e seus representantes o motivo da

causa objetiva da empresa de ordem econômico-conjuntural e de negociar com eles suas conseqüências, sob pena de ser abusiva a despedida em massa, que deverá ser reparada com pagamento indenizatório, a ser medido pela extensão do dano causado aos trabalhadores despedidos” (ALMEIDA, 2009, p. 393).

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Renato Rua de. Subsiste no Brasil o direito potestativo do empregador nas despedidas em massa? *LTr*, São Paulo, n. 4, p. 391-393, abr., 2009.

MARTINS-COSTA, Judith; Branco, Gerson. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil constitucionalizado. **Revista de Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n.1, 1991.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NERY JÚNIOR, Nelson. Contratos no Código Civil: Apontamentos gerais. *In*: MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; FRANCIULLI NETTO, Domingos (Coords.). **O Novo Código Civil: Estudos em homenagem ao professor Miguel Reale**. São Paulo: LTr, 2003.

SILVA, Luis Renato Ferreira da. A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **O Novo Código Civil e a Constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

PRECATÓRIO: ORDEM DE SEQUESTRO

Decio Sebastião Daidone*

RESUMO

O artigo se propõe a uma reflexão sobre a possibilidade que os Presidentes de Tribunais tem de deferir ordem de seqüestro de verbas destinadas ao pagamento de precatórios a credores portadores de doenças graves e/ou em estado terminal, utilizando-se da interpretação ampla do §2º do art. 100 da CF, permitida aos magistrados, em respeito aos princípios assegurados constitucionalmente e ao mais fundamental dos direitos, a vida.

Palavras-chave: Sequestro. Precatório. Princípios constitucionais.

O § 2º do art. 100 da CF, conforme melhor jurisprudência e doutrina pátria, apesar de não incluir em sua disposição, coloca nas mãos dos presidentes de tribunais o poder discricionário de deferir ou não sequestro de verbas destinadas ao pagamento de precatório a credores portadores de doenças graves e/ou em estado terminal.

Nesse sentido, para resumir, o brilhante voto da lavra do Eminentíssimo Ministro Eros Grau¹ no julgamento do Agravo Regimental na

*Décio Sebastião Daidone é Desembargador Federal do Trabalho e Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região – São Paulo - www.trtsp.jus.br. Mestre em Direito das Relações Sociais, titulado pela PUC/SP. Exerceu a função de Professor Universitário na Faculdade de Direito de Guarulhos, nas cadeiras de Direito Processual do Trabalho, Introdução ao Estudo do Direito e Legislação Social. Autor dos livros “Direito Processual do Trabalho Ponto a Ponto” e “A Súmula Vinculante e Impeditiva”, publicados pela LTr. Editora, em 2001 e 2006.

¹ Ag. Reg. na Reclamação 3.034-2 PARAÍBA, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, Agravante: Estado da Paraíba, Publicado no DJ em 29/09/2006.

Reclamação 3.034-2 PARAÍBA, onde o Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, apreciou pedido análogo e julgou favorável ao sequestro de verbas:

[...] ao interpretarmos/aplicarmos o direito — porque aí não há dois momentos distintos, mas uma só operação — ao praticarmos essa única operação, isto é, ao interpretarmos/aplicarmos o direito não nos exercitamos no mundo das abstrações, porém trabalhamos com a materialidade mais substancial da realidade. Decidimos não sobre teses, teorias ou doutrinas, mas situações do mundo da vida. Não estamos aqui para prestar contas a Montesquieu ou a Kelsen, porém para vivificarmos o ordenamento, todo ele. Por isso o tomamos na sua totalidade. Não somos meros leitores de seus textos — para o que nos bastaria a alfabetização — mas magistrados que produzem normas, tecendo e recompondo o próprio ordenamento.

A matéria realmente comporta uma interpretação mais ampla dentro de princípios imprescindíveis e indisponíveis constitucionais, tais como “a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (art. 5º LXXVIII), assegurados a todos, no âmbito judicial e administrativo; respeito “à dignidade da pessoa humana” (art. 1º, III), além da previsão do preâmbulo, de que o Estado Democrático está destinado a garantir “valores supremos de uma sociedade fraterna”, como o bem-estar do indivíduo.

Os processos que normalmente se encontram em fase de pagamento por meio de precatórios, sem dúvida, foram ajuizados, julgados e transitaram em julgado há muito tempo. Nesse período de espera, em que os credores poderiam ter recebido e usufruído em vida útil, como melhor lhes aprouvesse, do justo valor devido, aguardam pagamento para lhes dar algum conforto na doença que enfrentam ou até mesmo para fazer frente às despesas que a enfermidade acarreta.

Permanecendo na longa lista de espera, talvez não tenham forças suficientes para alcançarem o final que almejam e anseiam. Pior, a demora no pagamento do precatório pode lhes subtrair o mais fundamental dos direitos, a vida.

Mais uma vez o preceito da Constituição é desrespeitado e agora, no inciso III do art. 5º, que dispõe: “ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante”. Negar pagamento que é devido a indivíduos que dele necessitam para tratamento de doença grave é o mesmo que submetê-los a verdadeira tortura, além de sofrerem tratamento desumano e degradante.

Está nas mãos da Justiça a incumbência de agir contra esse desequilíbrio social, com uma das únicas armas de que dispõe, ou seja, o sequestro de valores, depois de devida e cuidadosamente analisada e avaliada a hipótese, sem prevenção de qualquer natureza ou ordem, como se requer de um magistrado em seu sagrado mister.

AÇÃO COLETIVA PASSIVA ORIGINÁRIA: AÇÕES CONTRA O GRUPO, CATEGORIAS OU CLASSES – APLICAÇÃO EM FACE DA TUTELA DOS DIREITOS METAINDIVIDUAIS

Carlos Wagner Araújo Nery da Cruz*

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo fundamental estudar a ação coletiva passiva originária: ações contra o grupo, categoria ou classe, bem como sua possibilidade de aplicação em face da tutela dos direitos metaindividuais. O cenário jurídico atual e a complexidade dos conflitos sociais demonstram a necessidade de se ampliar os conhecimentos sobre as formas de se tutelar direitos sob o manto da transindividualidade. Apesar da não existência, ainda, do Código de Processo Civil Coletivo, que tramita no Congresso Nacional, pretende-se, através do presente trabalho, demonstrar a possibilidade efetiva de aplicação da ação coletiva passiva originária, mesmo diante do atual subsistema de Processo Coletivo, analisando-a, por conseguinte, dentro da perspectiva histórica das chamadas class actions dos Estados Unidos da América até a sua real eficácia em prol da pacificação dos conflitos sociais, principalmente de viés coletivo.

Palavras-chave: Ação coletiva passiva originária. Direitos metaindividuais. Transindividualidade.

*Juiz do Trabalho Titular da Vara do Trabalho de Corrente – PI, Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Cândido Mendes (UCAM). Membro do Grupo de Pesquisas sobre Direitos Metaindividuais, coordenado pelo Prof. Doutor Guilherme Fernandes Neto, da Faculdade de Direito da UnB.

1 INTRODUÇÃO

A teoria clássica das ações no processo civil assenta-se na divisão, por demais conhecida, entre ações de conhecimento, ações executivas e ações cautelares. É bem verdade que pensadas numa relação nitidamente de viés individualista, dentro de um tempo e de uma realidade jurídica distintas, hoje, todavia, superadas em face das grandes transformações pelas quais passou o mundo nas últimas décadas, inclusive no que diz respeito à natureza e complexidade dos conflitos.

A proteção de direitos subjetivos individuais através de ações ajuizadas pelo próprio lesado constitui-se uma marca indelével do Código de Processo Civil de 1973, como se vê pelo disposto no seu art. 6º. A substituição processual nesse ponto constitui-se uma exceção pela redação do Código sob enfoque.

Noutro sentir, as grandes codificações passaram a elaborar códigos embasados no princípio da autonomia plena da vontade, bem como, partindo de uma visão individualista do conflito, assentada na relação bilateral clássica entre autor e réu, perfeitamente identificados, sem causar maiores questionamentos.

A partir de então, surge a necessidade crescente de se tutelar os chamados direitos e interesses transindividuais. São direitos, como diz Teori Albino Zavascki (2007), “cuja titularidade é subjetivamente indeterminada, já que pertencentes a grupos ou classes de pessoas, as ações civis públicas caracterizam-se por ter como legitimado ativo um substituto processual: o Ministério Público, as pessoas jurídicas de direito público ou, ainda, entidades ou associações que tenham por finalidade institucional a defesa e a proteção dos bens e valores ofendidos.”

No contexto, convém destacar de plano a Lei nº 7.347, de 24.07.85, que disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Mostra-se imperioso reforçar também, dentro de tal contexto, a Lei nº 8.078, de 1990, o Código de Defesa do Consumidor que, aprimorando o subsistema de processo coletivo, trouxe-nos o conceito de direitos individuais homogêneos, eis que emergentes de origem comum, como apreçoado pela própria Lei.

A cultura do processo coletivo, então, passa aos poucos a integrar as relações jurídicas do país, seguindo-se uma tendência mundial.

Cabia dentro desse diapasão, pois, ao próprio Código de Processo Civil adequar-se, de certa forma, ao processo de natureza coletiva, mesmo que timidamente. E isso aconteceu, como por exemplo, com a unificação das atividades cognitivas e executivas dentro de uma única relação processual, a questão da tutela específica e antecipada com o resultado prático da medida, a imposição de multa por atraso, a possibilidade de providências que assegurem o resultado prático da decisão, dentre outros.

As mudanças de paradigmas, todavia, trazem consigo alguns outros questionamentos que são inevitáveis, como no caso, sendo objeto do presente estudo, a ação coletiva passiva originária, não contemplada ainda pela produção legislativa ordinária.

Na própria lei da ação civil pública (LACP) há disposição sobre a legitimidade ativa dos discriminados, tais como o Ministério Público, a Defensoria Pública, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, as autarquias, empresas públicas, fundações ou

sociedades de economia mista, além das associações que preencham os requisitos exigidos.

Não há disciplina sobre a classe no pólo passivo, contudo.

Além disso, o Código de Defesa do Consumidor (CDC) trata sobre os legitimados concorrentemente para os fins do seu art. 81, parágrafo único, discriminando o Ministério Público, a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal, as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, além das associações na forma dos requisitos previstos em lei.

Também não há regramento sobre a classe no pólo passivo.

Percebe-se, então, que as duas principais fontes ordinárias do subsistema de Processo Coletivo, quais sejam, a lei da ação civil pública e o Código de Defesa do Consumidor, não tratam sobre a grande questão: a ação coletiva passiva originária. Ou seja, quando a classe deve figurar no pólo passivo da ação coletiva.

Apesar da integração e a harmonia do subsistema coletivo, estampada no art. 117 do Código de Defesa do Consumidor, o tema ainda mostra-se pouco explorado.

O estudo em enfoque, portanto, possui real relevância no cenário nacional.

Em primeiro lugar porque não existe ainda nenhuma disciplina sobre a questão, quer na Lei da Ação Popular, quer na Lei da Ação Civil Pública, quer no Código de Defesa do Consumidor, que são considerados as principais fontes do subsistema do Processo Coletivo pátrio.

Em segundo lugar porque o estudo das ações em questão envolve também o estudo das chamadas *class actions* dos Estados Unidos da América como um dos parâmetros de aplicação no Processo Coletivo nacional.

Além disso, o estudo do instituto propiciará uma aplicação de tais ações provavelmente antes mesmo da vigência de um Código de Processo Coletivo, que até o presente instante não foi aprovado no país.

2 AS CLASS ACTIONS E SUA CONTRIBUIÇÃO EM PROL DA FORMAÇÃO DO SUBSISTEMA DE PROCESSO COLETIVO

2.1. Origem das *class actions*

A contextualização do atual subsistema de processo coletivo passa, necessariamente, pela compreensão das *class actions* dos Estados Unidos da América, as quais serviram de embasamento, pelo menos no plano doutrinário, para as atuais ações coletivas.

Alguns institutos são relevantes na origem das ações coletivas no sistema do *common law* no âmbito da sua constituição, quais sejam, o *Bill of Peace*, a *Equity Rule* 48, de 1842, a *Equity Rule* 38, de 1912, além da *Rule 23* do *Federal Rules of Civil Procedure* dos Estados Unidos da América.

Faz-se necessário destacar, contudo, que o direito norte americano fundou-se inicialmente no próprio sistema adotado na Inglaterra embasado na divisão clássica entre *law* e *equity*. Tinham-se duas esferas bem definidas, ou seja, a jurisdição do direito (*law jurisdiction*) e a jurisdição de equidade (*equity jurisdiction*).

Castro Mendes, apud Gidi (2007, p. 41), afirma que “os tribunais de direito (*courts of law*), com o objetivo de simplificar a controvérsia e facilitar a tarefa do júri, não permitiam o litisconsórcio voluntário fundado meramente na existência de questões comuns.” Por outro lado, os tribunais de equidade (*courts of equity*), ao contrário, permitiam o litisconsórcio fundado na existência de questões comuns.

Pode-se afirmar, então, que a criação das *class actions* deveu-se à necessidade e conveniência de contornar a regra de litisconsórcio necessário de todos os interessados, para que fosse possível fazer justiça nas situações em que tal litisconsórcio não era possível.(GIDI, 2007, p. 42).

Um ponto central de adequação em relação à tutela, como se vê, era justamente adequar à classe na mesma relação jurídico-processual, principalmente nos tribunais de direito. Se havia dificuldades na compreensão e na própria formação do litisconsórcio, naturalmente, a visão clássica da relação bilateral entre um autor e um réu prevalecia.

No final da baixa Idade Média e no começo da Idade Moderna, o *Bill of Peace* inglês veio representar um divisor de águas entre o contexto medieval e a nova ordem proveniente das novas perspectivas do processo coletivo. (MANCUSO, 2007, p. 34). Por exemplo, *Bills of Peace* eram requeridos quando um proprietário buscasse reivindicar dos arrendatários terras comuns da vila para atender a seus propósitos, como em *How v. Tenants of Bromsgrove*, perante a gestão de Lord Hottingham, ou quando o vigário litigava com seus fiéis sobre dízimos. (MANCUSO, 2007, p.35).

Discorrendo ainda sobre o instituto, afirma Gidi:

As bills of peace são uma dessas criações de novos instrumentos processuais concebidos para a tutela de novas situações de vantagens previstas pela equity, mas

que poderiam também ser utilizados em tutela de situações de vantagem não adequadamente protegidas nos tribunais da law. Por exemplo, segundo algumas decisões e alguns autores, era possível propor uma bill of peace nos tribunais de equity em tutela de um direito fundado no sistema de law, quando o objetivo era evitar uma multiplicidade de pessoas envolvidas em uma controvérsia em torno de uma questão comum era suficiente para se poder invocar a jurisdição dos tribunais de equity, ainda que o objeto do processo fosse da jurisdição dos tribunais da law. (2007, p. 43-44).

Com a possibilidade das bills of peace pelos tribunais de equidade tem-se implantadas as sementes da representação de um grupo, de vários membros, por alguns que pudessem representar a todos em situações similares. Isso seria ainda mais visível, principalmente, quando da impossibilidade de formação adequada de litisconsórcio, ante a grande quantidade de envolvidos no grupo, considerando que o número de interessados fosse exageradamente numeroso.

Ainda no contexto da origem das class actions destaca-se a Equity Rule 48, de 1842. Nesse sentido, a Suprema Corte norte-americana editou um conjunto de normas de equidade, dentre elas a Equity Rule 48, ainda com certa limitação, eis que não permitia que os efeitos do julgado pudessem atingir os interessados ausentes do processo, mas que pode ser considerada a primeira codificação sobre a matéria a admitir o ajuizamento da ação de classe quando o número de partes fosse tão grande que se todos desejassem ao mesmo tempo ingressar em juízo isso poderia causar enormes transtornos processuais. (VIANA, 2008).

No âmbito do texto da Equity Rule 48 destaca-se:

Quando as partes em ambos os lados são muito numerosas, e não podem, sem manifestos inconvenientes e opressivos atrasos na demanda ser todas representadas perante a Corte, que através de sua

discrição pode dispensa-lo tornando todos os membros em partes (na ação), as quais poderão proceder na demanda, tendo suficiente número de pessoas presentes, para representar apropriadamente todos os controversos interesses dos autores e dos réus. Contudo, nestes casos, a sentença será proferida sem prejuízo dos direitos e pedidos de todos aqueles ausentes como partes. (MANCUSO, 2007, p. 36).

A limitação dos efeitos da decisão em relação apenas aos participantes da relação jurídico-processual, de fato, constituiu-se o maior óbice para se sustentar os efeitos da Equity Rule 48, o que fere a natureza da própria tutela coletiva, mesmo em se considerando o então estágio dos conflitos coletivos na sociedade americana.

No futuro, a Equity Rule 38, de 1912, em seguida, veio justamente suplantar as limitações da regra anterior no que diz respeito às tutelas coletivas, acabando com a proibição da extensão subjetiva da coisa julgada para os ausentes, no caso da adequada representação.

A regra determinou que quando existissem muitas partes prejudicando a formação do litisconsórcio, seria permitido que algumas figurassem no pólo passivo ou ativo da relação processual, em nome de determinados membros do grupo ou da classe. (VIANA, 2008, p. 97).

Em seguida, a Rule 23 do Federal Rules of Civil Procedure dos Estados Unidos da América de 1938 ratificou, de certa forma, a importância e aplicabilidade das ações coletivas naquele país, cujos reflexos seriam sentidos em vários países, principalmente no Brasil.

Ainda citando Mancuso, ressalta-se alguns aspectos que podem ser mencionados na Rule 23, mesmo após a alteração advinda em 1966, os quais merecem real destaque, senão vejamos:

[...] a inviabilidade da presença efetiva dos sujeitos concernentes à classe, dado seu número expressivo; (ii) a exigência da adequada representação de parte do autor ideológico; (iii) a possibilidade de a classe figurar tanto no pólo ativo quanto no pólo passivo (to be enforced for or against); (iv) a distinção entre três subtipos de class actions, conhecidos como (a) 1, (a) 2 e (a) 3 na referida Rule 23. Nessa trilogia, o primeiro caso exigia a unity of interest, ou seja, que os interesses fossem ligados ou comuns (joint or commom) a todos os membros da classe; na segunda espécie, as posições dos sujeitos poderiam ser um tanto distintas e não ligadas entre si, mas ainda assim virem a ser afetadas pelo resultado do litígio coletivo; enfim, no terceiro caso, os sujeitos não se encontravam ligados entre si, mas, circunstancialmente, suas posições individuais prendiam-se a um ponto de fato ou de direito comum a todos, ensejando ou recomendando a judicialização do conflito sob a forma coletiva. (MANCUSO, 2007, p. 39).

Dois aspectos aí são de vital relevância no sistema norte-americano, como se depreende da Rule 23, e podem contribuir para a real eficácia das ações coletivas passivas originárias, sendo eles a representatividade adequada e a possibilidade do ajuizamento tanto no viés ativo quanto passivo, como se verá adiante.

2.2 Os sistemas common law e civil law na formação das class actions

Importante a abordagem, na presente fase do trabalho, acerca da contribuição dos sistemas do common law e do civil law para a consolidação doutrinária das class actions. E como dito em linhas passadas, as ações coletivas no direito norte-americano são, na verdade, um legado do direito inglês, especialmente da sua influência durante o período de colonização na América do Norte.

O povo colonizado em relação ao povo colonizador, apesar da revolução em prol das colônias norte-americanas, adotou em termos gerais o sistema do common law em contraposição ao sistema codificado do civil law, este último em tese mais próximo do direito romano e da cultura que prevaleceu na Europa feudal.

Não é objetivo de presente trabalho, de forma alguma, traçar os perfis aprofundados dos dois sistemas, mas apenas demonstrar como as ações coletivas se consubstanciaram numa cultura mais antenada em relação aos conflitos metaindividuais, fundada inclusive na figura dos precedentes do direito americano.

Por outro lado, as grandes codificações, típicas do sistema do civil law, já não são capazes, em muitas situações, de açambarcar todos os conflitos oriundos das sociedades de massas, daí por que a necessidade de se valorizar institutos outros do direito, mesmo que alienígenas.

2.2.1 O sistema *common law*

O sistema do common law assenta-se principalmente nos costumes e nos precedentes (*stare decisis*). O reflexo é que o direito norte-americano adotou um modelo baseado nos parâmetros inglês, num momento de transformação de uma sociedade então feudal, fincada em caráter absoluto para uma sociedade transformadora que necessitava, por via reflexa, adequar-se às novas realidades de conflitos.

Nota-se que a realidade do colonizador em relação ao colonizado adaptou-se a ponto de o sistema jurídico inglês calhar à realidade das colônias, futuramente libertas, onde houve, por conseguinte, uma real valoração dos direitos civis básicos. Ou seja, a cultura do precedente e do costume assume papel indiscutível na formação da sociedade americana a partir do século XVIII.

A característica marcante do sistema do common law, no dizer de Moreira Lima (2001, p. 25) “é a importância acordada às decisões dos juízes, e em particular dos juízes de apelação, como fonte primeira do direito. O modelo básico do raciocínio jurídico é o raciocínio por exemplos.”

Levi apud Moreira Lima (2001, p. 25), descreve ainda que o componente básico do sistema em questão é o raciocínio por analogia, analisando ainda os três passos de acordo com o autor citado. São eles, então, em primeiro lugar, procurar similitudes entre um precedente e a situação presente. O segundo, anunciar a regra de direito contida no precedente, isto é, a regra de direito que o precedente carrega. O terceiro passo é aplicar a regra de direito à situação presente. Considera-se o primeiro passo como um dos mais importantes no raciocínio jurídico.

Ainda o mesmo autor, dissertando sobre a importância da analogia do sistema do common law esclarece:

É de se notar que muito raramente os paradigmas de analogia são usados nos sistemas jurídicos codificados. Se na common law, os paradigmas de analogia (analogical paradigms) são até mesmo uma maneira de testar as habilidades jurídicas dos advogados, sendo muito útil para a beleza e coerência de uma petição; nos sistemas codificados os paradigmas de analogia podem ter o funesto efeito de demonstrar a falta de mais profunda pesquisa jurídica – ver-se-ia muitas vezes que a jurisprudência usada de fato não cabia no caso presente. Ou ainda, um advogado fazendo uso de paradigmas de analogia num sistema codificado poderia até ser confundido com um advogado que não colecionou jurisprudências suficientes para as usuais citações feitas aos montes. O uso de paradigmas de analogia com dispositivos legais é ainda mais raro. Com poucas exceções, que não são muito usadas, pode-se dizer que as analogias não têm papel de importância onde a codificação é muito mais influente que a jurisprudência. (LIMA, 2001, p. 26).

A Inglaterra a partir dos séculos XII e XIII não recorreu a institutos do direito romano. Mesmo que se considere alguma influência do direito romano na elaboração do common law não há que se afirmar que o direito romano tenha exercido papel de real influência na estipulação dos conceitos e das categorias do sistema. Ao contrário do direito romano, com apoio no saber desenvolvido nas universidades, os juristas do common law estavam inseridos na prática judiciária, tinham contato direto e instrução com profissionais experientes. (PAIXÃO; BIGLIAZZI, 2008, p.35).

Então, mesmo que se possa afirmar a aplicação, de alguma forma, do direito codificado na Europa medieval, a primazia deu-se, todavia, em relação ao direito consuetudinário, assentado na realidade local, no que diz respeito aos ingleses. Mas a onda não atingiu países como a França, Itália ou Alemanha, que seguiram as diretrizes do direito romano, codificado, afastando, por conseguinte, a relevância a figura do *stare decisis*.

2.2.2 O sistema *civil law*

No sistema do *civil law*, ao contrário do sistema supracitado, os institutos não se embasaram especificamente na cultura do costume ou dos precedentes (*stare decisis*), ou muito menos em analogia, mas sim no desenvolvimento do legado deixado pelo direito romano.

É importante ressaltar a real importância entre o direito comum europeu, assentado no saber das universidades da época em relação aos direitos locais, consuetudinários, baseados nos costumes, que iriam, por via reflexa, caracterizar o sistema do common law.

Nesse sentido, Cristiano Paixão (2008, p. 25) ao abordar sobre o tema, fazendo um contraponto, esclarece:

No continente europeu, foi construído um direito erudito, que teve como mola propulsora a redescoberta de uma compilação de fontes do direito romano. A disseminação dos institutos e das categorias do direito romano deu-se com apoio no saber desenvolvido nas universidades. Além disso, foi construída uma rigorosa separação entre o direito comum europeu – exercitado nas compilações de fontes civis e canônicas, na formação universitária dos juristas profissionais, na elaboração da legislação por reis, papas, cidades e ligas de comerciantes – e os direitos locais, de cunho consuetudinário. Ficou demarcada, portanto, a diferença entre um direito erudito europeu, relativamente uniforme para a Europa continental e os direitos locais que variavam conforme as inclinações de cada comunidade, burgo, cidade ou grupo de mercadores.

No sistema do civil law a figura do juiz assume papel menos expressivo, eis que aplicação da lei encontra real relevância, inclusive como fonte primária do direito. Há exemplos gritantes no nosso sistema, que segue a raiz do direito codificado. Se assim não fosse, diferente seria a redação do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil que determina a aplicação da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do direito, apenas e tão-somente na omissão da lei.

A estrutura do nosso sistema jurídico, então, encontra-se fundada em especial na lei como fonte primária do direito. A analogia, por exemplo, que no sistema do common law possui importância indiscutível, como já dito em linhas transatas, no sistema codificado aplica-se apenas em situação residual.

Há, entretanto, quem entenda superada, de certa forma, a aplicação apenas e tão-somente da lei pelo juiz, como se vê nas palavras de Rangel (1997, p. 20):

Ora, se partirmos da asserção – que julgamentos inquestionável - de que a jurisdição se caracteriza materialmente como uma actividade dirigida à aplicação do direito (à resolução de questões de direito, a título principal e exclusivo), então torna-se por demais evidente que a tarefa material do juiz já não pode hipostarsiar-se numa mecanicista aplicação da lei e nada tem que ver com o modelo supostamente querido por Montesquieu, da boca que pronuncia as palavras da lei. É que, insistimos, o direito não se reduz à lei, e portanto, a actividade do juiz já não poderá voltar a ser percebionada como a correia de transmissão do legislador.

Apesar de importantes, as palavras do autor português são, para muitos juízes oriundos do sistema codificado, difíceis de serem absorvidas. A própria Lei de Introdução ao Código Civil, na forma mencionada, é um desestímulo à aplicação de outras fontes do direito que não necessariamente à lei. Como se não bastasse, a leitura do art. 126 do Código de Processo Civil pátrio também indica que o juiz somente pode fazer uso da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do direito, nas suas decisões, caso não existam normas legais acerca do caso que lhe foi submetido.

No sistema de direito codificado, na verdade, trabalha-se com o direito posto, positivo, nas palavras de Eros Grau (2000. p. 64), eis que o “cada juiz, ao tomar decisões sobre conflitos (=litígios, em verdade), interpreta e aplica um determinado direito positivo – o direito positivo brasileiro, v.g.”.

A base do sistema romano-germânico não é, ao contrário do sistema norte-americano, a análise do caso concreto que é submetido aos tribunais, pois a decisão do magistrado não se vincula, necessariamente, à jurisprudência da Corte Superior ao qual está vinculado.

Nesse sentido, os ensinamentos de Buckland e McNair (1994) ao comentar o sistema romano, senão vejamos:

Los romanos no tenían, en principio, case law: la decisión de un tribunal no constituía un precedente obligatorio si la cuestión surgía otra vez. Esto era inevitable. En un sistema en el que el iudex no era un jurista, sino un ciudadano corriente, poco más que un árbitro, debió de resultar imposible que sus sentencias vincularan.

Mesmo diante de certas limitações hermenêuticas, principalmente em face de toda a teoria que construiu o direito privado, o juiz do sistema codificado, de certa forma, goza de maior liberdade na sua atuação no que diz respeito ao seu poder de fundamentá-la. Aqui mesmo no Brasil, analisando-se o art. 131 do Código de Processo Civil, verifica-se a adoção do princípio do livre convencimento motivado. Ou seja, o magistrado é livre para fundamentar seu julgamento, inclusive contrariamente à jurisprudência dominante dos tribunais (salvo no caso de súmulas vinculantes), desde que devidamente motivado.

Em tese, então, os juízes menos influenciados pela Revolução Francesa permaneciam com poderes maiores, eis que o movimento revolucionário naquele país não confiava nos juízes, o que era aceitável diante da aproximação com a monarquia. Como na França os juízes estavam mais próximos da monarquia e o sistema ruiu é compreensível à perda de poderes do magistrado.

Contudo, Moreira Lima (2001, p. 49) fala de uma possível inversão desta equação, comparando o sistema do common law e do civil law, senão vejamos:

Em outras palavras, pode ser que tenha ocorrido uma inversão entre o que se pretendeu e o que se alcançou com respeito à relação entre os juízes e o Estado no antigo regime da monarquia. Na common law os juízes permaneceram com uma interpretação vinculante, diminuindo o poder de futuras cortes. Enquanto no direito codificado, os juízes tiveram seu poder de interpretação circunscrito ao caso presente, mas os juízes continuaram com o poder de decidir cada caso mais especificadamente, com nenhuma, ou quase nenhuma, constrictão judicial.

Diante dos principais aspectos expostos em relação aos dois sistemas, chega-se ao ponto, no presente instante, de se dizer, efetivamente, qual deles contribuiu para o surgimento das ações coletivas, qual deles representou um melhor celeiro para o desenvolvimento do processo coletivo.

2.3 A maior contribuição do sistema common law em prol das class actions

Neste ponto do trabalho, pode-se perquirir se o sistema do common law contribuiu de forma mais eficaz para o surgimento das class actions se comparado ao sistema do civil law. Em resposta, mesmo que de forma por demais concisa, é evidente que o sistema inglês, que fundamentou o surgimento do sistema norte-americano, enraizado nas suas fontes clássicas, contribuiu de forma mais eficaz em relação ao surgimento das ações de massas.

Isso ocorre, no nosso sentir, em especial, pela raiz das fontes e suas reais importâncias no sistema do direito britânico, aplicado em grande parte na colônia, por assim dizer, citando Mario Losano, fundados no costume, na lei e na jurisprudência; entretanto mitigando-se a importância da lei como fonte primária do direito.

Conforme o autor, então, em análise das fontes do direito britânico tem-se o seguinte:

La costumbre. Como todos los grandes sistemas jurídicos, también el Common Law absorbe y organiza los usos preexistentes en el territorio británico, de tal modo que con el siglo XIV se puede decir que la costumbre general como fuente del Derecho es sustituida por el precedente judicial [...]. La ley. La importancia de la legislación directa y delegada ha ido creciendo hasta asumir una importancia fundamental (aunque no predominante) a partir del siglo XIX. [...] El precedente. Apesera de la cada vez más clara afirmación de esta línea evolutiva, el Derecho británico era y sigue siendo un derecho esencialmente hecho por los jueces. Esta continuidad jurídica es la expresión de la continuidad política que caracteriza la historia constitucional inglesa [...] (LOSANO, 1982).

O costume, a lei e a jurisprudência também assumiram importância como fontes do direito no sistema civil law, mas evidentemente que a lei recebeu papel de maior relevância. Inclusive é o que se desprende do sistema pátrio fundado e construído sob o manto da divisão clássica do direito entre público e privado, herança romano-germânica.

O direito privado, cuja base de sustentação até pouco tempo era o Código Civil de 1916, ainda refletia o viés nitidamente individualista, uma visão ainda por demais arraigada ao conflito na relação bilateral, considerando em segundo plano institutos como a substituição processual ou até mesmo as tutelas coletivas.

A dicotomia entre direito público e direito privado, inclusive, que assentou toda a construção do sistema romano-germânico não deixa espaços para a compreensão dos interesses e ou direitos difusos. Os direitos difusos, inclusive, que são transindividuais por natureza,

na sua compreensão mais abrangente. A superação de tal dicotômica, pois, mostra-se crucial para a aceitação das ações coletivas.

Os interesses difusos, ademais, sequer podem se confundir com interesses públicos ou interesses privados, constituindo, na verdade, uma situação intermediária, ou uma situação supradicotômica da visão limitada entre o que se refere ao indivíduo e o que se refere ao Estado.

Teixeira de Sousa (2003, p. 34), autor português, escreve muito bem sobre a questão ora ventilada:

Os interesses difusos distinguem-se quer dos interesses públicos (porque, além de uma dimensão supra-individual, possuem necessariamente uma dimensão individual), quer dos interesses privados (porque, apesar de possuírem uma dimensão individual, não são apropriáveis por nenhum sujeito). [...] Os interesses difusos não se enquadram nesta tradicional dualidade, pois que exprimem uma realidade mais complexa do que aquela que se polariza no Estado e no indivíduo. Os interesses individuais tornam-se interesses difusos quando alcançam uma dimensão supra-individual que lhes é dada pelo bem a que se referem e os interesses públicos tornam-se interesses difusos quando podem ser reduzidos à dimensão individual de cada um dos seus titulares.

Neste campo, diante da maior flexibilidade do sistema common law em relação à aceitação de outras fontes, que não necessariamente a lei, como marcos importantes na construção do direito, naturalmente o celeiro para que se brotassem as ações coletivas era muito mais propício.

A dicotomia rígida entre o público e o privado do direito romano, que inspirou a construção dos sistemas da América Latina, inclusive o Brasil, não prejudicou, mas emperrou, retardou, de alguma forma, o nascimento do conceito de tutela coletiva e das ações de massas.

Uma olhar mais atento sobre tal questão, indica o fato claramente aos aplicadores do direito posto no Brasil, eis que somente com o Código de Defesa do Consumidor de 1990, trouxe a lei (fonte primária do sistema romano-germânico), conceitos de direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

É curial, pois, que o sistema do common law contribuiu de forma peculiar em prol do surgimento das ações coletivas, sejam nos Estados Unidos da América, seja no Brasil. É a conclusão que se chega, pela menos diante de uma análise sucinta da matéria.

3 A AÇÃO COLETIVA PASSIVA ORIGINÁRIA – PRINCIPAIS ASPECTOS

As ações coletivas passivas são oriundas das chamadas defendant class actions dos Estados Unidos da América, que se desenvolvem no sistema jurídico de tal país em razão da homogeneidade de tratamento dispensada ao autor e ao réu no que concerne a legitimidade para figurar no processo, conforme se vê pela regra 23 do Código de Processo Civil Federal norte-americano (Federal Rules of Civil Procedure). (GRINOVER et al, 2007, p.34).

Não há dúvidas que a defendant class action encontra-se prevista na alínea (a)(3), da Rule 23, das Federal Rules of Civil Procedure dos Estados Unidos da América, faltando, entretanto, no nosso sistema regra idêntica e direta quanto ao tema.

Tal fato não quer dizer, necessariamente, que são impossíveis de se verificar, até mesmo porque o art. 83 do Código de Defesa do Consumidor disciplina que para a defesa dos direitos e interesses protegidos pelo Código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.

Diz Mancuso (1994, p. 94) que “em regra podem figurar no pólo passivo da ação civil pública os que estão legitimados no pólo ativo (exceção órgão do MP). Isto em linhas de princípio, já que, via de regra, as associações preservacionistas ou ambientalistas soem lutar em defesa dos interesses difusos, e não contra estes.”

Batista de Almeida (2001, p. 117) sem maiores abordagens, defendendo a viabilidade de legitimados passivos, diz que:

Enquanto para os legitimados ativos a LACP cuidou de relacionar um a um, o mesmo não ocorre em relação aos legitimados passivos. Na verdade, não há tal necessidade: figura no pólo passivo da ação civil pública aquele que pratica conduta que ameaça ou causa lesão a um bem tutelado por essa via processual. Assim, qualquer pessoa, física ou jurídica, inclusive entes públicos diretos ou indiretos, podem estar nesta situação. A denúncia da lide, em regra, não tem sido aceita pelos tribunais para não se permitir uma nova demanda dentro daquela originária, com naturais transtornos daí decorrentes.

Logo, em que pese o disposto no art. 12 do CDC ou no art. 22 do mesmo Diploma, quando aborda a questão da responsabilidade pelo fato do produto e do serviço; ou, ainda, respectivamente, da responsabilidade de órgãos públicos ou empresas concessionárias ou permissionárias, não há que se falar, especificamente, em classe no pólo passivo da ação.

Zaneti Júnior (2006, p. 94), ao abordar a temática em questão, afirma que “a resistência dogmática natural surge da consagrada tradição legislativa brasileira, que aceita apenas a legitimação ex vi legis e, também, do natural risco de um modelo legal abstrato e genérico levar a uma inadequada representação dos titulares dos direitos coletivos lato sensu.”

Antecipando, então, a previsão do Código Modelo de Processo Coletivo para Ibero-América, mostra-se possível a aplicação das ações coletivas passivas originárias no nosso atual sistema, independentemente de previsão legal, inclusive porque, diante dos institutos típicos do sistema common law o juiz deve ser visto como judge-made-law, ou seja, deve ser legislador (sem ferir o princípio básico da separação os poderes), privilegiando a necessidade urgente de utilização do instituto diante do alto grau de conflitos de massas presenciados pela sociedade atual.

3.1 Conceito

A conceituação de um instituto jurídico nem sempre se mostra fácil, pois daí decorrem vários reflexos de sua aplicabilidade, ainda mais se considerarmos a inexistência em relação à sua previsão legal no subsistema de processo coletivo.

A defendant class action cuida-se de ação proposta contra a classe e não pela classe a fim de se tutelar um direito de natureza metaindividual. É admissível no sistema norte americano, conforme alínea (a)(3), da Rule 23, das Federal Rules of Civil Procedure, mas não encontra regramento específico no nosso país, como dito. É que, geralmente, nas ações coletivas a legitimidade é estudada apenas no viés ativo, conforme legitimados já determinados pelo subsistema de processo coletivo.

Nas ações coletivas passivas originárias revitaliza-se o papel do juiz como verdadeiro protagonista, que deverá assumir a missão de identificação da classe (defining fuction) e de controle sobre a efetiva capacidade de sua representação (adequacy of representation).(LENZA, 2005, p. 207). Se verificarmos a matéria à luz do nosso ordenamento, dentro dos parâmetros da legitimação ativa, a identificação da classe pelo juiz é muito mais cômoda, uma vez que os mesmos já se encontram

previstos na legislação ordinária. A representatividade adequada no pólo passivo, por outro lado, constitui-se o grande desafio das ações coletivas passivas, daí emergindo o papel mais ativo do juiz.

No nosso entendimento a ação coletiva passiva originária se constitui ação civil de natureza coletiva em face da classe adequadamente representada, definida pelo juízo, a fim de que um direito de natureza difuso ou coletivo seja tutelado não pela classe, mas contra a classe.

A ação coletiva passiva é de natureza civil e não penal, logo aí com a intenção de se estancar qualquer interpretação face ao direito penal no âmbito da sua teoria geral. A figura da representatividade adequada na ação coletiva passiva, por via reflexa, deve caber ao juiz que se vê diante do conflito social. Definir a classe e como ela se comportará na relação jurídico-processual, de certa forma, envolve a quebra de paradigmas do direito processual civil comum, ainda fundado da relação bilateral clássica. Quanto aos interesses e direitos envolvidos são perfeitamente aplicáveis os conceitos já apregoados no Código de Defesa do Consumidor, espinha dorsal do atual subsistema de processo coletivo, pois consegue açambarcar os interesses difusos e coletivos, transindividuais por natureza.

3.2 A questão da representatividade adequada nas ações coletivas passivas originárias

O instituto da representatividade adequada constitui-se fundamental para o ajuizamento das ações coletivas, sejam elas ativas ou passivas. Nos Estados Unidos da América o controle da representatividade adequada é feito pelo juiz da ação e ao mesmo se confere um grande grau de liberdade na definição dos parâmetros condizentes com a demanda posta em juízo. Trata-se da representação *ope judicis*.

No atual subsistema de processo coletivo não existe tratamento específico sobre a representatividade adequada. Na lei da ação civil pública e no Código de Defesa do Consumidor já existem os legitimados possíveis para ajuizamento das demandas coletivas, inclusive a natureza dos interesses envolvidos.

O Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América inova ao trazer, com a importância que o instituto requer, a representatividade adequada como um dos requisitos para ajuizamento da ação coletiva. Na análise da representatividade adequada o juiz deverá analisar alguns critérios: a) a credibilidade, capacidade, prestígio e experiência do legitimado; b) seu histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos dos membros do grupo, categoria ou classe; c) sua conduta em outros processos coletivos; d) a coincidência entre os interesses dos membros do grupo, categoria ou classe e o objeto da demanda; e) o tempo de instituição da associação e a representatividade desta ou da pessoa física perante o grupo, categoria ou classe.¹

Por força do art. 35 do mesmo Código Modelo, também nas ações coletivas passivas, a mesma pode ser proposta contra uma coletividade organizada ou que tenha representante adequado, na forma do art. 2º, § 2º do mesmo Diploma. Diante disso, observa-se, sem sombra de dúvidas, que a representatividade adequada (adequacy of representation) é requisito indispensável nas ações coletivas, sejam elas ativas ou passivas.

¹ O Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América traz em seus artigos 2º, § 2º, os critérios da representatividade adequada do legitimado, os quais devem ser analisados pelo juiz da causa. Percebe-se que muitos dos critérios ficam dentro do parâmetro subjetivo do juiz que conduzirá o feito, eis que a análise é feita logo no início da ação.

Outro aspecto indelével, que se mostra presente numa simples leitura do Código Modelo, é que os requisitos que definem o representante adequado envolvem critérios objetivos e subjetivos. Objetivamente, podem ser verificados “a coincidência entre os interesses dos membros do grupo, categoria ou classe”, como também “o tempo de instituição de associação e a representatividade desta ou da pessoa física perante o grupo, categoria ou classe.” Subjetivamente, há critérios como “credibilidade, capacidade e prestígio” do legitimado, “conduta em outros processos coletivos”, os quais, de fato, somente podem ser verificados pelo juiz, sendo daí também sua importância como condutor nas ações de massa.

O instituto da representatividade adequada resguarda o direito ao devido processo legal, pois quanto ao mesmo não existe qualquer ofensa. O representante satisfaz a garantia fundamental da parte ser ouvida no processo, de observância aos princípios do contraditório e da ampla defesa, já que o representante, diga-se, equipara-se à inteireza do grupo, categoria ou classe, na relação jurídico-processual.

Gidi (2007, p. 100) aborda a questão assim ponderando:

Assim, nas class actions, considera-se que os membros do grupo sejam ouvidos e estejam presentes em juízo através da figura do representante, que funciona como uma espécie de porta-voz dos interesses do grupo. O direito de ser ouvido em juízo é reduzido, então, a um direito de ser ouvido através do representante.

As garantias constitucionais do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa, dentre outras, continuam perfeitamente resguardadas, bastando tão-somente que a figura do representante adequado exista, após a análise dos critérios pelo juiz condutor do feito. Os membros ausentes encontram-se representados adequadamente pelo representante, depois de preenchidos os requisitos exigidos pelo Código.

No Anteprojeto do Código Brasileiro de Processo Coletivo, última versão, de janeiro de 2007, exige-se na ação coletiva passiva (originária) o requisito da representatividade adequada, mesmo que a coletividade organizada não tenha personalidade jurídica.²Na última versão do Anteprojeto consta a expressão “originária” nas ações coletivas passivas, o que não ocorre no Anteprojeto para a Ibero-América. O termo diz respeito, na verdade, à diferenciação entre as ações coletivas passivas que podem ser decorrentes de outra ação, como no caso do grupo figurando na qualidade de réu numa ação rescisória, das ações coletivas passivas propriamente ditas, que não são oriundas ou decorrentes de outra ação já em trâmite.

O requisito da representatividade adequada dispensa, inclusive, a personalidade jurídica como uma das condições da ação. Não se mostra nosso propósito aqui adentrarmos na teoria geral do processo comum a fim de analisar as condições da ação legadas pela teoria geral tradicional do processo comum, que consideração o interesse de agir, a legitimidade e a personalidade jurídica da parte como condições da ação.

Um grupo, categoria ou classe, desde que se configura uma coletividade organizada, pode ser objeto de uma ação coletiva passiva originária junto ao Poder Judiciário, mesmo que não tenha, em tese, personalidade jurídica na forma que estamos habituados a reconhecer.

Tanto no Código Modelo para a Ibero-América, como no Anteprojeto de Código Brasileiro de Processo Coletivo, última versão, o instituto da representatividade adequada emerge como ponto fundamental em relação às ações coletivas, pelo que, em nenhum momento, pode ser desprezado pelos aplicadores do Direito.

3.3 Natureza dos direitos e interesses envolvidos: difusos, coletivos e individuais homogêneos.

O que são direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos?

A idéia da transindividualidade se solidifica, no Brasil, com o Código de Defesa do Consumidor, especialmente seu art. 81, parágrafo único, ao definir, inclusive usando a expressão “assim entendidos”, os interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Os primeiros são de natureza indivisível, que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato. Os segundos são também de natureza indivisível, cuja titularidade pertence a grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por um relação jurídica de base. Os terceiros são os decorrentes de origem comum, e aí a transindividualidade é apenas aparente.

Arruda Alvim (2005, p. 28) afirma, em primeira nota em relação ao conceito de direitos difusos, é a de que eles não dizem respeito a uma só pessoa, senão atinam com mais de uma (número indeterminado), daí porque se dizem transindividuais, pertencendo a uma comunidade de pessoas indeterminadas e indetermináveis.

Ainda o mesmo autor prossegue citando um exemplo de lesão a direito difuso, mencionando a veiculação de propaganda enganosa via televisão ou jornal. No caso, atinge-se um número indeterminado de pessoas, ligadas por circunstâncias de fato (estarem assistindo a propaganda via televisão ou lendo o mesmo jornal). O bem jurídico tutelado é indivisível: basta a veiculação da propaganda enganosa para que todos os consumidores sintam-se ofendidos. (ALVIM, 2005, p. 29).

Em relação aos direitos ou interesses coletivos a transindividualidade também é presente, mas os sujeitos são determináveis no âmbito do grupo, categoria ou classe. Em ambas as situações, sejam nos difusos quanto nos coletivos, os interesses transcendem o indivíduo, são indivisíveis e titularizados não só pelo indivíduo isoladamente considerado, mas pela sociedade como um todo ou grupos mais ou menos extensos de pessoas. (ALMEIDA, 2001, p. 32).

Theodoro Júnior (2001, p. 57-75) faz a distinção entre direitos difusos e direitos coletivos da seguinte forma:

A distinção entre direitos difusos e direitos coletivos se faz em função do vínculo que mantém interligados os membros do grupo interessado. No grupo o titular do direito difuso não se registra vínculo jurídico ligando os indivíduos entre si ou à parte contrária. Os interessados são indeterminados e indetermináveis e apenas circunstâncias de fato os unem, tais como morar na mesma região, consumir os mesmos produtos, participar da mesma atividade econômica. Já o grupo titular do direito coletivo tem sua formação ligada a uma relação jurídica seja entre os indivíduos seja entre a comunidade e a parte contrária, como, por exemplo, os usuários da Ponte Rio-Niterói diante da empresa que a administra. Esses usuários são indetermináveis e o que reivindicam beneficiará indistintamente qualquer pessoa que use a ponte. Todos, porém, ligar-se-ão à referida administradora por um vínculo jurídico (e não apenas de fato), quando se valerem do respectivo serviço público. O grupo obterá benefícios para todos os que representarem entre si o vínculo jurídico comum de associados à mesma instituição.

Quanto aos direitos individuais homogêneos, como ressalta Zavascki (2007, p. 42), “são simplesmente direitos subjetivos individuais. A qualificação de homogêneos não altera e nem pode desvirtuar essa sua natureza.” E prossegue ainda o mesmo autor

dizendo que homogêneos é “qualitativo utilizado para identificar um conjunto de direitos subjetivos individuais ligados entre si por uma relação jurídica de afinidade, de semelhança, de homogeneidade, o que permite a defesa coletiva de todos eles.” Zavascki (2007, p. 42).

Sobre os interesses individuais homogêneos em comparação com os interesses difusos e coletivos, cabem muito bem as palavras de Teixeira de Sousa (2003, p. 52), autor português, no presente momento:

Os interesses difusos possuem uma dupla dimensão individual e supra-individual, pelo que os interesses individuais homogêneos são a concretização dos interesses difusos *stricto sensu* e dos interesses colectivos em cada um dos seus titulares. Enquanto os interesses difusos *stricto sensu* e os interesses colectivos correspondem à dimensão supra-individual dos interesses difusos *lato sensu*, os interesses individuais homogêneos são a refração daqueles mesmos interesses na esfera de cada um de seus titulares. É, aliás, desta circunstância que resulta a homogeneidade destes interesses: eles são homogêneos no seu conteúdo, porque os seus titulares o são simultaneamente de um mesmo interesse difuso *stricto sensu* ou de um mesmo interesse colectivo. Todos os referidos interesses – os difusos *stricto sensu* e os colectivos, por um lado, e os individuais homogêneos, por outro – correspondem a uma mesma realidade que é perspectivada por dois distintos ângulos de análise, um supra-individual e outro individual.

Nas sociedades onde imperam os conflitos de massas, tem-se que imprescindível a visualização do fenômeno da transindividualidade (metaindividualidade) para se definir a natureza do conflito, inclusive se os legitimados previstos na legislação ordinária (e em alguns casos na Constituição Federal), encontram-se aptos para atuar. Os direitos ou interesses difusos e coletivos, como se percebe, são transindividuais por excelência, cuja característica lhes

afora. Já nos direitos ou interesses individuais homogêneos a transindividualidade é apenas aparente (artificial), ou seja, como os sujeitos são determináveis, visíveis, a repercussão em face da coletividade é mitigada.

O interesse social pode ser encontrado também nos direitos ou interesses individuais homogêneos, mesmo diante de sua transindividualidade superficial ou aparente, sendo que, também, visualizáveis nas ações coletivas passivas.

Portanto, mesmo nas ações coletivas passivas os conceitos de direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos são aplicáveis, devendo o juiz que conduzir o feito ter sensibilidade para definir a incidência de cada um, no momento adequado.

4 APLICAÇÃO EFETIVA DA AÇÃO COLETIVA PASSIVA ORIGINÁRIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO-NACIONAL

4.1 A ampliação hermenêutica

Um aspecto que foi mencionado em linhas passadas, ainda no trabalho, agora merece novo espaço. Trata-se da ampliação hermenêutica para que, de fato, os aplicadores do Direito possam, de forma efetiva, utilizar o instituto da ação coletiva passiva (originária) sem que exista, pelo menos por enquanto, lei regendo o assunto.

A crise do modelo (modo de produção do Direito) se instala, como diz Streck (2007, p. 35), porque a dogmática jurídica, em plena sociedade transmoderna e repleta de conflitos transindividuais, continua trabalhando dentro da perspectiva de um Direito voltado a enfrentar conflitos interindividuais, bem presentes nos Códigos (civil, comercial, penal, processual penal, processual civil).

É inegável que nosso sistema é fechado e essencialmente individualista. Uma simples leitura dos dispositivos que guiam todo o direito privado no país indica como o aplicador do Direito encontra-se fechado dentro do sistema. Nesse diapasão, verifica-se o art. 4º da Lei de Introdução do Código Civil, que manda aplicar a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito, somente quando a lei for omissa. Da mesma forma, o art. 126 do Código de Processo Civil, segundo o qual o juiz não pode deixar de proferir decisão alegando omissão no sistema. Além disso, o art. 335 do mesmo Diploma, que somente na ausência de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comum “subministradas pela observação do que ordinariamente acontece [...]”.

Analisando a questão, Streck (2007, p. 112) escreve:

Os dispositivos, a par de sua inequívoca inspiração positivista (permitindo discricionariedades e decisionismos), e sua frontal incompatibilidade com uma leitura hermenêutica do sistema jurídico, superadora do esquema sujeito-objeto (filosofia da consciência), mostram-se tecnicamente inconstitucionais (não recepcionados). Com efeito, com relação à LICC, na era dos princípios, do neoconstitucionalismo e do Estado Democrático de Direito, tudo está a indicar que não é mais possível falar em “omissão da lei” que pode ser “preenchida” a partir da analogia (sic), costumes (quais) e os princípios gerais do direito.

Há, ainda, o que se chama de legislação-álibi, ou seja, quando o legislador atua para prestar contas à sociedade da sua atividade, na tentativa de dar aparência de uma solução dos respectivos problemas sociais ou, pelo menos, da pretensão de convencer o público das boas intenções do legislador (NEVES, 2007, p. 39).

A legislação simbólica, dentro do contexto da legislação-alibi,

destina-se a criar “a imagem de um Estado que responde normativamente aos problemas reais da sociedade, embora as respectivas relações sociais não sejam realmente normatizadas de maneira conseqüente conforme o respectivo texto legal.” (NEVES, 2007, p. 39).

Nesse contexto, evidencia-se que não há preocupação do legislador em relação à efetividade da norma. A legislação simbólica apenas tem por fim, através de legislação álibi, conceder uma resposta à sociedade em relação ao desejo normativo.

Muitas vezes ocorre que, mesmo diante da legislação, ou da reforma da mesma, não se introduz o que de fato clama por reforma, como é o caso da ação coletiva passiva, objeto do presente estudo.

A ampliação do horizonte hermenêutico mostra-se importante justamente para se aplicar o instituto da ação coletiva passiva (originária) logo de plano, sem que haja, necessariamente, pronunciamento do Poder Legislativo.

E o que é pior. Após os estudos sobre a matéria, com análise do Código Modelo de Processos Coletivos e de outros Anteprojetos, tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 5.139/2009, que disciplina a ação civil pública para a tutela de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, que sequer trata sobre a ação coletiva passiva.

Como se demonstrou, o instituto é perfeitamente viável, adotado nos Estados Unidos da América - apesar da dificuldade de certificação - aplicado também em outros países do sistema common law, mas mesmo assim, diante de tantas evidências de sua viabilidade, foi vilipendiado pelo legislador no Projeto de Lei em questão.

4.2 Formas concretas de aplicação do instituto (inclusive no processo do trabalho) versus Projeto de Lei nº 5.139/2009

Enquanto os conflitos sociais atuais da sociedade pós-moderna exigem, a cada dia, uma maior importância às ações de massa, especialmente quanto à ação coletiva passiva (originária), estranhamente o Projeto de Lei n. 5.139/2009, que tramita no Congresso Nacional para alterar a lei que rege a ação civil pública, não traz nada sobre o instituto, nem muito mesmo sobre a representatividade adequada das referidas ações – nem mesmo nas ações ativas. Então, o Projeto de Lei que altera a lei da ação civil pública despreza, de forma lamentável, toda uma construção doutrinária acerca da matéria.

Existem, todavia, vários exemplos que comportam a ação coletiva passiva (originária), como se percebe.

Lenza (2005, p. 208), citando Grinover, descreve exemplos como ação civil pública intentada contra uma associação de moradores do bairro que decidem bloquear o acesso de automóveis a determinadas ruas; ou de outra, ajuizada pelo Ministério Público do Trabalho, visando a impedir o ingresso nos estádios das famigeradas torcidas organizadas; ou ainda de ações individuais ou coletivas intentadas contra a Ordem dos Advogados do Brasil para obriga-los a suspender a distribuição de adesivos, eventualmente ofensivos contra outras categorias profissionais.

Mancuso (2007, p.178) citando Mazzilli, argumenta que a União, os Estados, os Municípios ou o Distrito Federal podem ser legitimados passivos para a ação civil pública, pois que, quando não parta deles o ato lesivo, muitas vezes para ele concorrem quando licenciam ou permitem a atividade nociva, ou então deixam de coibi-la embora obrigados a tanto.

Além disso, uma possibilidade de manuseio da ação coletiva passiva originária diz respeito ao ajuizamento da ação em face de determinado sindicato da categoria profissional (sindicato dos trabalhadores), considerando que vários empregados de uma empresa específica não estão usando os equipamentos de proteção individual que lhes são disponibilizados. Como se sabe, as normas de ordem pública de caráter absoluto adquirem real relevância no direito do trabalho, dentre elas as normas de saúde, segurança e higiene dos trabalhadores. Por outro lado, em muitas situações os empregadores sentem-se impedidos de fiscalizar ou de cobrar, no dia-a-dia a utilização dos equipamentos de proteção individual dos seus empregados. Os efeitos podem ser drásticos, inclusive com ações junto à Justiça do Trabalho pedindo indenização decorrente de suposto acidente do trabalho quando o empregado não estava usando seu EPI. Como se aplica a teoria da responsabilidade objetiva no acidente do trabalho, na forma do art. 927, parágrafo único do Código Civil Brasileiro, bastaria o empregador demonstrar o nexo de causalidade para receber, em tese, a indenização devida.

O ajuizamento da ação coletiva passiva originária por parte do empregador, com natureza preventiva, contudo, em face do sindicato da categoria profissional, buscaria a tutela cominatória em relação aos seus empregados, inclusive sob pena de multa, caso os equipamentos de proteção individual não fossem utilizados. Isso evitaria, sem sombra de dúvidas, futuras condenações dos empregadores em ações acidentárias, tomando-se por base a tutela já deferida na ação coletiva passiva originária.

Veja-se ainda outro exemplo. O Ministério Público do Trabalho poderia ajuizar ação civil pública em face do sindicato da categoria profissional (dos trabalhadores) para questionar ascensões ilegais em empresas públicas ou sociedades de economia mista, sem concurso público, em regime contratual. Além da empregadora em

si, o sindicato poderia figurar no pólo passivo, em litisconsórcio necessário, evitando-se, assim, seu interesse na ação para manutenção da situação irregular dos trabalhadores.

Da mesma forma, ainda dentro de tal raciocínio, o Ministério Público do Trabalho estaria legitimado ativamente para acionar passivamente sindicato de categoria profissional em relação às últimas eleições realizadas sem observância dos critérios previstos no respectivo Estatuto. Eleições ilícitas ferem o interesse coletivo da categoria, daí por que presente o elemento da metaindividualidade, mas figurando no caso o sindicato no pólo passivo da ação coletiva e não no pólo ativo.

Movimentos sociais que, tem tese, não possuem legitimidade podem ser acionados passivamente em ações coletivas, desde que preenchidos os requisitos da representatividade adequada. Concedese ao juiz, nesse particular, poder para certificação, ou numa melhor linguagem do nosso sistema, poder para recebimento da ação.

Frente ao exposto, a utilização da ação coletiva passiva no nosso ordenamento já se mostra perfeitamente possível. Mesmo que o Projeto de Lei que está tramitando no Congresso Nacional não aborde a temática, nada obsta, por via reflexa, que os aplicadores do Direito compreendam a viabilidade do instituto.

Uma emenda substitutiva no Projeto de Lei, inclusive, acrescentando dispositivos para açambarcar a ação coletiva passiva (originária) seria de grande valia, pois concederia aos mais resistentes, diante da previsão legal futura, a certificação sem medo da ação em destaque.

CONCLUSÃO

Algumas conclusões podem ser visualizadas no presente estudo, cuja matéria não se esgota aqui diante da sua envergadura, da sua importância em face dos conflitos revertidos pelo elemento da transindividualidade.

É indiscutível que toda legislação nacional foi construída em consonância com o ideário pós Revolução Francesa, assentada no individualismo e nas grandes codificações para dirimir os conflitos da nova ordem.

Ainda que as pacificações de tais conflitos tivessem por fim a resolução via Poder Judiciário, constituído para tanto, era praticamente impossível se prever, em pouco tempo, a complexidade de vertentes que surgiram nas sociedades de massas.

É por isso que nesse sentido as class actions dos Estados Unidos da América, herdadas do direito britânico, assumiram importância significativa no sistema do Novo Mundo. Através das ações coletivas uma única decisão poderia influenciar na vida de milhares de pessoas submetidas ao mesmo vínculo de natureza jurídica.

Tanto é assim – e isso não se pode negar – que a teoria geral do subsistema de Processo Coletivo nacional foi construída com base nas ações coletivas americanas. Conceitos como representatividade adequada (ainda que timidamente), interesses difusos, coletivos, individuais homogêneos, flexibilização dos limites da coisa julgada, mitigação do princípio da estabilidade de lide, dentre outros, foram absorvidos de forma construtiva.

Contudo, o estudo em comento demonstrou a sua viabilidade e aplicabilidade. Esse é o principal objetivo. Encontra eco a ação

coletiva passiva porque existem tantos conflitos em que a classe pode figurar no pólo passivo que despreza-la seria, por via reflexa, negar o próprio direito.

Estranhamente, afastando todo um referencial teórico sobre ações coletivas, o Projeto de Lei nº 5.139/2009, que pretende disciplinar sobre a ação civil pública, inclusive revogando a lei atual, não traz nada sobre a classe no pólo passivo, nem sobre a possibilidade do juiz definir a representatividade adequada numa ação deste naipe.

Nossos aplicadores do Direito já se encontram preparados para aplicar o instituto. Mesmo que o Projeto de Lei não contemple a classe no pólo passivo, faz-se necessário um giro de hermenêutica para adequá-lo à realidade. Trata-se de algo não tão fácil assim, como visto, diante da hermética interpretação positivista assentada na teoria geral do direito privado (divisão inclusive já superada para efeitos da metaindividualidade) que prima pela lei como fonte primária do Direito. São barreiras superáveis.

A superação das barreiras (entraves) apontadas exige o seguinte.

Em primeiro plano, a apresentação de um substitutivo no Projeto de Lei nº 5.139/2009 que trata sobre ação civil pública, incluindo um artigo para disciplinar, em definitivo, sobre a ação coletiva passiva originária, com base na disciplina já ofertada pelo Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América.

Em sendo segundo plano, suplantada a possibilidade de reforma do Projeto de Lei citado, o desenvolvimento teórico-doutrinário em prol da ação coletiva passiva originária, utilizando-se com base a própria teoria geral das ações coletivas americanas.

Não se pode conceder à vontade do legislador o poder soberano de incluir ou não o instituto em discussão na fonte primária do Direito (lei). A vontade do legislador muitas vezes não é a vontade da sociedade – pelo menos em tese o é. Se os conflitos de massas surgem a cada dia, se o conceito de transindividualidade floresce e exige novas posturas, inclusive com aceitação da classe no pólo passivo, nada mais justo que os aplicadores do Direito assumam a responsabilidade que o Estado Democrático os confere na pacificação dos conflitos.

Portanto, de uma forma ou de outra, a viabilidade da ação coletiva passiva originária no contexto atual mostra-se indiscutível.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, João Batista de. **Aspectos controvertidos da ação civil pública**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

BUCKLAND, W. W y McNAIR, Arnold D. **Derecho Romano y Common Law**. Una comparación en esbozo. Segunda edición revisado por F.H Lawson, D. C. L. Traducción española de Ignacio Cremades Ugate. Universidad Complutense. Facultad de Derecho. Madrid, 1994.

GIDI, Antônio. **A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos**: as ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 2000.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. Coordenação Ada Pellegrini Grinover, Aluísio Gonçalves de Castro Mendes e Kazuo Watanabe. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

LENZA, Pedro. **Teoria geral da ação civil pública**. 2. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

LIMA, Augusto César Moreira. **Precedentes no direito**. São Paulo: LTr, 2001.

LOSANO, Mario G. **Los grandes sistemas jurídicos**. Introducción al derecho europeo y extranjero. Versión catellana de Alfonso Ruiz Miguel. Colección Universitaria. Editorial Debate. Madrid. 1982

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Jurisdição coletiva e coisa julgada, teoria geral das ações coletivas**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, patrimônio cultural e dos consumidores**. 3. ed. rev e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

MAZZEI, Rodrigo Reis, NOLASCO, Rita Dias (Coords.). **Processo Civil Coletivo**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

PAIXÃO, Cristiano; BIGLIAZZI, Renato. **História constitucional inglesa norte-americana: do surgimento à estabilização da forma constitucional**. Brasília: Ed. Universidade de Brasília: Finatec, 2008.

RANGEL, Paulo Castro. **Reserva de Jurisdição**: sentido dogmático e sentido jurisprudencial. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1997.

SOUSA, Miguel Teixeira de. **A legitimidade popular na tutela dos interesses difuso**. Lex: Lisboa, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(em) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 7. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

TEODORO JÚNIOR, Humberto. Algumas observações sobre a ação civil pública e outras ações coletivas. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 788. jun. 2001. p. 57-75

VIANA, Flávia Batista. Algumas considerações sobre as class actions norte-americanas (pequenos contrapontos com as ações coletivas brasileiras). **Revista de Processo**, São Paulo, n. 159, p. 92-117, maio 2008.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Processo coletivo**. Salvador: JusPodivm, 2006.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 2. ed., rev e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DIREITO HUMANO A UMA JUSTIÇA EFETIVA: DEVER ÉTICO E SANÇÕES REPRESSORAS*

Roberto Wanderley Braga **

RESUMO

O direito a uma justiça efetiva, previsto na Declaração Universal dos Direitos Humanos, traz consigo a observância dos comportamentos éticos dos atores processuais, na medida em que a deslealdade e improbidade processuais retardam a garantia a uma duração razoável do processo, hoje positivada na Carta Principlológica de 1988 (art. 5º, LXXVIII), por intermédio da Emenda à Constituição n. 45. A boa-fé transcende as relações estritamente contratuais e desemboca também na relação jurídica processual, como espécie do gênero relações jurídicas. Como consequência, o imperioso dever de o Juiz aplicar sanções repressoras às condutas violadoras desse postulado axiológico se mostra como um dos mecanismos de garantia ao valor perseguido. Nesse diapasão, todos que participam do processo estão sujeitos às sanções decorrentes de sua conduta ímproba, até mesmo os entes internacionais, nas hipóteses de relativização da imunidade de jurisdição, principalmente quando as leis do país acreditante também estabelecem os deveres de lealdade e boa-fé como padrões de comportamento processuais e punem os seus violadores, à semelhança do país acreditado.

Palavras-chave: Direito humano. Justiça efetiva. Valor ético. Boa-fé. Má-fé. Duração razoável do processo. Entes estrangeiros. Imunidade absoluta e relativa de jurisdição.

* Texto adaptado daquele apresentado na disciplina Direito Internacional Público, ministrada pelo Prof. Doutor Nelson Nery Costa, no Curso de Especialização em Direito, com acesso ao mestrado na Universidade Autónoma de Lisboa (UAL), pelo Forum/Aprocefep, Teresina-PI.

** Juiz do Trabalho Substituto do TRT da 22ª Região (PI), pós-graduado em Direito e Processo do Trabalho pela Escola da Magistratura Trabalhista da 6ª Região – ESMATRA VI (PE), pós-graduado em Direito Civil, professor da Faculdade das Atividades Empresariais de Teresina (FAETE).

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo a abordar o direito humano a uma justiça efetiva, pelo viés do dever ético das partes, sendo passível de sanção o descumprimento da conduta, como uma das formas de garantir uma duração razoável do processo.

Segundo a **Declaração Universal dos Direitos Humanos** (ASSEMBLÉIA ..., 1948) adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) de 10 de dezembro de 1948, em seu artigo VIII

Toda pessoa tem direito a receber dos tributos nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei.

O processo se revela como um instrumento de composição de conflitos, visando garantir a paz social entre os indivíduos componentes da sociedade.

O desiderato por uma paz social no ambiente interno do Estado, em última análise, também se mostra a busca por uma harmonia transnacional, na medida em que os nacionais e estrangeiros tentam viver em tranqüilidade, na sua Terra Natal ou em outro lugar, seja para fins profissionais, seja para fins de lazer.

Com efeito, os indivíduos praticam atos durante a relação processual, os quais, como em qualquer relação social, devem ser pautados pela boa-fé.

A boa-fé transita no campo da ética, moral, direito, sociologia, antropologia etc, não se limitando a um só espaço epistemológico.

Segundo a ÉTICA, o homem tem o dever moral de agir de

boa-fé; segundo o DIREITO, o homem tem obrigação legal de não agir de má-fé.

Abordar-se-á o instituto da boa-fé na sua órbita interdisciplinar ou multidisciplinar, na medida em que a conduta dos indivíduos extrapola os limites das relações jurídicas meramente contratuais e ingressa também na esfera das relações jurídicas de direito público, incluindo aí o processo, tratado, majoritariamente, como relação jurídica processual (triangular: autor, juiz e réu).

No âmbito dessa relação jurídica, percebe-se que a conduta do indivíduo, conforme a boa-fé, induz o processo a perseguir uma marcha menos tormentosa, além das suas contingências naturais de ordem sócio-econômica.

A resistência injustificada e os meios artificiosos, contrários à boa-fé, por outro lado, trilha o processo em um caminho tortuoso e árduo ao litigante adverso e, também, aos outros litigantes, na medida em que o julgador se debruça em uma relação jurídica processual além do tempo necessário para cuidar e apreciar as demais lides sujeitas à sua jurisdição.

Culmina, assim, que o processo contaminado pelas condutas de má-fé posterga o primado da duração razoável do processo, inviabilizando uma justiça efetiva.

Para Felker (2007, p. 30), a boa-fé se tornou a pedra de toque de todo o ordenamento jurídico contemporâneo e, citando Pereira: um código é um conjunto de regras que a moral sanciona; elimine dos textos a boa-fé, e será um molho de gazuas.

2 DISPOSITIVOS BRASILEIROS E PORTUGUÊSES MAIS IMPORTANTES SOBRE BOA-FÉ

Entre os dispositivos legais vigentes, destacam-se, em especial, os que seguem do Código Civil Brasileiro e do Código Civil Português, envolvendo ou contendo relação com o instituto da boa-fé:

Direito Brasileiro	Direito Português
Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.	ARTIGO 3.º (Valor jurídico dos usos) 1. Os usos que não forem contrários aos princípios da boa fé são juridicamente atendíveis quando a lei o determine.
Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.	ARTIGO 762.º (Princípio geral) 1. O devedor cumpre a obrigação quando realiza a prestação a que está vinculado. 2. No cumprimento da obrigação, assim como no exercício do direito correspondente, devem as partes proceder de boa fé.
Art. 167. É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma. § 1º Haverá simulação nos negócios jurídicos quando: I - aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem; II - contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira; III - os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós-datados. § 2º Ressalvam-se os direitos de terceiros de boa-fé em face dos contraentes do negócio jurídico simulado.	ARTIGO 291.º (Inoponibilidade da nulidade e da anulação) 1. A declaração de nulidade ou a anulação do negócio jurídico que respeite a bens imóveis, ou a bens móveis sujeitos a registo, não prejudica os direitos adquiridos sobre os mesmos bens, a título oneroso, por terceiro de boa fé, se o registo da aquisição for anterior ao registo da acção de nulidade ou anulação ou ao registo do acordo entre as partes acerca da invalidade do negócio. 2. Os direitos de terceiro não são, todavia, reconhecidos, se a acção for proposta e registada dentro dos três anos posteriores à conclusão do negócio. 3. É considerado de boa fé o terceiro adquirente que no momento da aquisição desconhecia, sem culpa, o vício do negócio nulo ou anulável.
Dos Atos Ilícitos Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim económico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. Art. 188. Não constituem atos ilícitos: I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido.	Responsabilidade por factos ilícitos ARTIGO 483.º (Princípio geral) 1. Aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação. 2. Só existe obrigação de indemnizar independentemente de culpa nos casos especificados na lei. ARTIGO 334.º (Abuso do direito) É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito.

Percebe-se, pois, que os Ordenamentos modernos buscam e primam pela eticidade nas suas relações sociais, subordinadas ao direito.

3 DEFINIÇÃO, BOA-FÉ SUBJETIVA E OBJETIVA

O conceito de boa-fé envolve dois aspectos ou duas acepções: boa-fé subjetiva e boa-fé objetiva.

Para Leal (2003, p. 29), a boa-fé subjetiva diz respeito ao conteúdo psicológico confundindo-se com o instituo da lealdade e fundamentada na própria consciência do indivíduo, que teria sua íntima e particular convicção, certa ou errada, acerca do Direito.

De outra banda, a boa-fé objetiva engloba toda a gama de valores morais da sociedade, adicionadas à objetividade da atenta avaliação e do estudo das relações sociais.

Conclui-se pela idéia de boa-fé reconhecida pelo **homem médio**.

Segundo Stoco (2002, p. 38), a boa-fé se apresenta como “boa-fé-lealdade”, traduzindo-se pela idéia de honestidade, lealdade e probidade com a qual a pessoa estabelece o seu comportamento e, em outro sentido, citando *Gorphe*, “boa-fé-crença”, que se mostra como a convicção na pessoa de que se comporta conforme o direito.

Na doutrina de Diniz (1998, p. 422), boa-fé se reveste como: a) estado de espírito em que uma pessoa, ao praticar ato comissivo ou omissivo, está convicta de que age de conformidade com a lei; b) convicção errônea da existência de um direito ou da validade de um ato ou negócio jurídico. Trata-se da ignorância desculpável de um vício do negócio ou da nulidade de um ato, o que vem atenuar o rigor da lei, acomodando-a à situação e fazendo com que se dêem soluções

diferentes conforme a pessoa esteja ou aja de boa-fé, considerando a boa-fé do sujeito, acrescida de outros elementos, como produtora de efeitos jurídicos na seara das obrigações, das coisas, no direito de família e até mesmo no direito das sucessões; c) lealdade ou honestidade no comportamento, considerando-se os interesses alheios, e na celebração e execução dos negócios jurídicos; d) propósito de não prejudicar direitos alheios.

4 BOA-FÉ E SUA ANTÍTESE: MÁ-FÉ

A boa-fé, como qualidade do indivíduo, comporta a adjetivação contrária, a sua antítese: a má-fé.

Se a boa-fé é, regra geral, a conduta conforme o direito, a má-fé, por seu turno, se revela como o comportamento contrário ao direito, aos bons costumes.

A boa-fé é inerente ao ser humano; ela nasce puro, ingênuo e absolutamente isento de maldade ou perversidade¹; Se a boa-fé se constitui atributo natural do ser humano, a má-fé é o resultado de um desvio da (e não de) personalidade.

O homem (animal) saiu da esfera de regulação pelos instintos e foi compelido a definir, ele próprio, regras para seu agir individual e coletivo, nisso residindo a sua humanidade.

De logo, afastam-se a as expressões pelas quais Hobbes descreve o homem, e que são célebres: "*Homo homini lupus*", o homem é o lobo do homem; "*Bellum omnium contra omnes*", é a guerra de todos contra todos.

¹ Geneticamente a maldade pode ser transferida?!

De toda sorte, não alteraria, pelo menos de modo significativo, a pesquisa realizada.

Ressalta-se, porém, a discordância de Pretel (2007), sobre ser passível de se configurar a antítese má-fé quando se tentar contrapor com a boa-fé objetiva, pois apenas seria possível se falar em má-fé na oposição à boa-fé subjetiva, conforme se extrai da seguinte passagem:

Por sua vez, a boa-fé objetiva, ou simplesmente, boa-fé lealdade, relaciona-se com a honestidade, lealdade e probidade com a qual a pessoa condiciona o seu comportamento.

Trata-se, por derradeiro, de uma regra ética, um dever de guardar fidelidade à palavra dada ou ao comportamento praticado, na idéia de não fraudar ou abusar da confiança alheia. Não se opõe à má-fé nem tampouco guarda qualquer relação no fato da ciência que o sujeito possui da realidade.

Com a devida vênia, discorda-se da ilustre autora, porquanto se há um padrão comportamental de boa-fé, a conduta contrária à tal estrutura ética concebida no meio social se mostra como atentatória ao postulado em comento e se apresenta como má-fé.

5 MÁ-FÉ PROCESSUAL

A boa-fé, pelo que se observa, age como “princípio geral de direito”, com função interpretativa e integrativa. No campo do processo, é um DEVER (conforme o Código de Processo Civil brasileiro em vigor), em face do componente ético do processo (meio, método, instrumento de pacificação de conflitos que abalam o bem-estar social buscado por todos); não só das partes, mas de todos aqueles que intervêm no processo (ato atentatório à dignidade da Justiça –

art. 14, do CPC). Com efeito, em sendo verificada, a má-fé deve ser sancionada.

Dessa forma, a reprimenda à litigância de má-fé, desde que o processo deixou de ter uma abordagem meramente individualista para desembocar na concepção publicista, se mostra como preocupação do magistrado, pois a conduta dos sujeitos e/ou todos aqueles que participam ou intervêm na relação jurídica processual prejudica ou tem relação imediata com a duração razoável do processo.

Como se manifesta Chiovenda (1998, p. 437), destinado a fazer triunfar a verdade e o direito, não deve o processo constituir meio ou ocasião para a prática da má-fé ou da fraude.

6 REPRIMENDA À MÁ-FÉ PROCESSUAL

Segundo Andrade (2004, p. 127), ao fazer uma breve notícia histórica sobre a litigância de má-fé no Brasil, lembrou que as Ordenações do Reino terem tido aqui (no Brasil) um período de vigência maior do que em Portugal (por 312 anos; 58 anos a mais que em Portugal); citou a raiz da figura da litigância de má-fé nas Ordenações Afonsinas um juramento de calúnia; destacou que as Ordenações Afonsinas, assim como as Ordenações Manuelinas, tiveram influência diminuta no campo do processo, diversamente do que ocorreu com as Ordenações Filipinas.

O autor mencionou que, no Direito Brasileiro, houve primeiras hipóteses de sanção contrárias às condutas temerárias dos litigantes no Regulamento 737/1850 e no Decreto n. 3.084/1898, porém sem um alcance maior (ANDRADE, 2004, p. 127).

Prosseguindo, atribuiu ao Código de Processo Civil português de 1876 profunda modificação na ciência processual a respeito do tema, na seguinte passagem (ANDRADE, 2004, p. 128)

No que toca ao instituto da litigância de má-fé, esses são os raros antecedentes históricos que se encontram na legislação brasileira. Do que se conclui que, malgrado o Direito brasileiro tivesse recebido intensa influência da legislação portuguesa, a ponto de ter admitido que as Ordenações Filipinas continuassem a moldar seu processo civil ainda quando a independência já se havia conquistado, no caso da litigância de má-fé essa influência simplesmente inexistiu. Olvidaram-se das profundas modificações que a ciência processual suportava na Europa, e que eram assimiladas pela legislação de Portugal, algumas das quais até com certa antecedência mesmo em face de legislações mais evoluídas. Lembre-se, por exemplo, do vetusto Código de Processo Civil português de 1876, que em seu artigo 121, previa a punição ao ‘improbus litigator’, antes mesmo, portanto, do Código austríaco de 1895 e do fenômeno da publicização que ele fizera instaurar.

Atualmente, o Código de Processo Civil Brasileiro estabelece a conduta leal das partes e de todos aqueles que participam do processo:

Art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo: (Redação dada pela Lei nº 10.358, de 27.12.2001)

I - expor os fatos em juízo conforme a verdade;

II - proceder com lealdade e boa-fé;

III - não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento;

IV - não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito.

V - cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final. (Incluído pela Lei nº 10.358, de 27.12.2001)

Parágrafo único. Ressalvados os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB, a violação do disposto no inciso V deste artigo constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, podendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a vinte por cento do valor da causa; não sendo paga no prazo estabelecido, contado do trânsito em julgado da decisão final da causa, a multa será inscrita sempre como dívida ativa da União ou do Estado. (Incluído pela Lei nº 10.358, de 27.12.2001)

Em seguida, o legislador dispôs sobre o litigante de má-fé, arrolando as condutas processuais repudiadas:

Art. 17. Reputa-se litigante de má-fé aquele que: (Redação dada pela Lei nº 6.771, de 27.3.1980)

I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso; (Redação dada pela Lei nº 6.771, de 27.3.1980)

II - alterar a verdade dos fatos; (Redação dada pela Lei nº 6.771, de 27.3.1980)

III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal; (Redação dada pela Lei nº 6.771, de 27.3.1980)

IV- opuser resistência injustificada ao andamento do processo; (Redação dada pela Lei nº 6.771, de 27.3.1980)

V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo; (Redação dada pela Lei nº 6.771, de 27.3.1980)

VI - provocar incidentes manifestamente infundados. (Redação dada pela Lei nº 6.771, de 27.3.1980)

VII - interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório. (Incluído pela Lei nº 9.668, de 23.6.1998).

Com base nisso, logo em seguida, o Código impõe a sanção respectiva:

Art. 18. O juiz, de ofício ou a requerimento, condenará o litigante de má-fé a indenizar à parte contrária os prejuízos que esta sofreu, mais os honorários advocatícios e as despesas que efetuou. (Redação dada pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994). (Art. 18. O litigante de má-fé indenizará à parte contrária os prejuízos que esta sofreu, mais os honorários advocatícios e todas as despesas que efetuou. – redação anterior).

Em nosso Ordenamento (brasileiro) atual, não há dúvidas sobre o poder-dever do Juiz em sancionar a conduta desleal e temerária.

De certo, há outras passagens, mas essas se mostram como ponto principal de observação e de partida para o estudo.

Maschietto (2007, p. 59), também depois de um relato histórico, informa que o Código de Processo Civil de Portugal prevê, em seu art. 456, o instituto da responsabilidade no caso de má-fé e a noção respectiva.

Art. 456. Responsabilidade no caso de má-fé. Noção de má-fé.

1 – Tendo litigado de má-fé, a parte será condenada

em multa e numa indemnização à parte contrária, se esta a pedir.

2- Diz-se litigante de má-fé quem, com dolo ou negligência grave:

a) Tiver deduzido pretensão ou oposição cuja falta de fundamento não devia ignorar;

b) Tiver alterado a verdade dos factos ou omitido factos relevantes para a decisão da causa;

c) Tiver praticado omissão grave do dever de cooperação;

d) Tiver feito do processo ou dos meios processuais um uso manifestamente reprovável, com o fim de conseguir um objectivo ilegal, impedir a descoberta da verdade, entorpecer a acção da justiça ou protelar, sem fundamento sério, o trânsito em julgado da decisão.

3- Independente do valor da causa e da sucumbência, é sempre admitido recurso, em um grau, da decisão que condene por litigância de má-fé.

No art. 457, o Código de Processo Português prevê o conteúdo da indenização.

Conforme acima se observa, o Ordenamento Português também impõe a sanção de multa pela litigância de má-fé, conquanto a indenização dependa de requerimento da parte.

A doutrina tem feito considerações e distinções entre as figuras da litigância de má-fé e do abuso do direito²; por consequência processual.

² Abuso DE direito. Fala-se em estado DE fato, estado DE direito; porém, há quem fale ser incorreto, com a devida vênia, se falar em abuso DE fato ou abuso DE direito. A expressão a ser utilizada seria abuso DO direito. Abuso do exercício do direito. Do francês: *abus du droit*.

Conforme Abdo (2007, p.156), ao contrário do Código de 1939, o Código de Processo Civil de 1973 deixou de lado a indicação genérica dos vícios do ato processual à luz da nomenclatura do direito civil e valorizou, trilhando a tendência das codificações européias, o princípio da lealdade processual, preferindo o legislador de 1973 pormenorizar as hipóteses de comportamentos incorretos das partes, classificando-as como casos de litigância de má-fé. [...] A análise de cada uma das previsões do art. 17 do CPC permite concluir que todas elas constituem casos de abuso do processo.

Na mesma linha de raciocínio, perfilha Felker (2007, p. 55), quando discorre sobre a indenização por perdas e danos contidas no art. 18, do Código de Processo Civil brasileiro:

O que se deduz, inequivocamente, é que a lei considerou a malícia, a temeridade, o intuito recursal protelatório, enfim qualquer conduta processual eivada de má-fé, como uma das espécies do ‘abuso de direito’.

Lembra Felker (2007, p. 56) que a simples infração de conduta processual, sem dano, poderá ensejar a aplicação da multa, de ofício, pelo Juiz, mas nunca indenização.

Pertinente ainda mencionar que Andrade (2004, p. 108) coloca uma distinção entre o ato abusivo e o ato ilícito, nos seguintes termos.

Do que resulta que a distinção entre o ato abusivo e o ato ilícito diz com dois aspectos sobranceiros, e que devem ser conjugados: o primeiro, o de que no abuso de direito viola-se o valor, e não o dever jurídico contemplado pela norma; e o segundo aspecto, de maior relevo, o de que no ato abusivo a boa-fé faz-se sempre presente, ou pelo menos o Direito não pode dizê-la ausente.

Stoco (2002, p. 77) estabelece uma distinção entre abuso do direito de demandar e má-fé processual:

A má-fé no curso do procedimento pode constituir fato isolado que, em alguns casos, não contamina a higidez do processo como um todo, embora em alguns casos isso possa ocorrer.

Contudo, o abuso do direito de demandar significa que a própria ação intentada é temerária, sem origem ou com suporte em fatos inexistentes ou diversos daqueles expostos.

[...] Portanto, o abuso do direito de demandar contamina a ação como um todo, enquanto o ato de má-fé praticado no processo, como acontecimento episódico ou isolado, pode, no máximo, conduzir à anulação do ato ou apenas ao reconhecimento do comportamento repudiado pela lei, com a conseqüente imposição de sanção pecuniária.

O certo é que, vez por outra, a confusão ou utilização das expressões como sinônimas é encontrada na literatura e na jurisprudência, sem perder de vista a recriminação quanto à prática da conduta.

7 PRINCÍPIO DA BOA-FÉ NA CONSTITUIÇÃO

Para Pretel (2007)

A Constituição de 1988 estabeleceu uma série de princípios, quer explícitos ou implícitos. De acordo com a opinião da maioria dos doutrinadores brasileiros, esta Carta consagrou um verdadeiro processo de abertura do nosso sistema, promovendo a modificação de valores fundamentais da ordem jurídica.

[...] A principal modificação teria sido a substituição do indivíduo pela pessoa, sendo a dignidade da pessoa humana fundante de todo o sistema jurídico, público ou privado.

A Lei Fundamental prestigiou, ao lado do princípio da dignidade da pessoa humana, a solidariedade e a igualdade substancial, prestigiando exclusivamente o princípio da boa-fé, como corolário lógico. Diz-se que foi consagrada a “teoria dos direitos fundamentais”, partindo-se de princípios efetivos e não simplesmente programáticos. Logo, a boa-fé é um princípio efetivo, o que pode tanto é verdade, que, em 1990, foi expresso no Código de Defesa de Consumidor (artigo 4º, inciso III da lei 8.078).

Nota-se, pois, que a configuração da boa-fé como primado orientador das condutas a serem seguidas pelos integrantes da sociedade leva (ou procura levar) os atores ao convívio harmônico.

O processo justo e efetivo traz em si a idéia de um proceder leal e ético das partes, bem como de todos aqueles que, de alguma forma, participam da relação processual.

O Juiz, nesse contexto, desempenha papel importantíssimo e disciplinador da conduta ética das partes, pois

A Constituição consagrou uma série de valores fundamentais, sobre a forma de princípios (expressos ou implícitos), dentre eles, o princípio da boa-fé. Sendo a Constituição o vértice norteador de nosso ordenamento jurídico, tal instituto deverá ter aplicabilidade nos ramos do direito público e do direito privado. Ao juiz caberá a interpretação do caso concreto e a promoção da sua efetividade ante o critério de ordem valorativa. Em outras palavras, o juiz, exercendo a função criadora que lhe fora atribuída pelo legislador civil de 2002, é responsável pela atuação do princípio confiança em todas as relações jurídicas. Deve sempre, contudo, observar o modo de aplicação dos princípios, qual seja, não há revogação, mas convivência, ponderação de valores em determinado caso. (PRETEL, 2007)

8 PROCESSO, BOA-FÉ E DIREITOS HUMANOS

Na medida em que a Constituição de 1988, como verdadeira Carta de Princípios, erigida ao ápice do conteúdo normativo de um povo, que não vive isolado entre nacionais, além de conviver e querer convivência entre estrangeiros, busca atender e estampar a garantia do homem em sua dimensão mais diferenciada dos outros, como pessoa e, por conseqüência, atributo mais precípuo, o da dignidade da pessoa humana.

Nesse diapasão, o processo se mostra como meio pelo qual o direito subjetivo garantido pelo Ordenamento será restaurado ou, no caso de ameaça, será impedida.

A garantia de um processo justo e efetivo se apresenta como um corolário dos direitos humanos viabilizados aos atores sociais, nacionais ou estrangeiros.

Com a idéia de um processo justo e efetivo vem à galope um tempo razoável para que essa situação seja encetada.

Com efeito, uma duração razoável do processo não pode ser alcançada quando os sujeitos principais e participantes, em geral, desvirtuam-se durante o *iter procedimental*, de forma a retardar ou impedir um fim próximo.

Nesse ponto, o Julgador tem uma relevante importância no aspecto pedagógico e garantidor dos direitos humanos na Ordem Nacional.

A respeito da vinculação do processo aos Direitos Humanos, Coelho Júnior (2006) trouxe narrativa na mesma linha alhures argumentada

Desde o término da Segunda Guerra Mundial, pode-se notar uma crescente atração entre Direito Processual e os direitos humanos. A busca de efetividade para os direitos reconhecidos nos tratados internacionais e nas constituições redundou na inclusão de garantias concernentes ao Processo Civil nesses documentos, tendência que MAURO CAPPELLETTI chamou de ‘internacionalização e constitucionalização das garantias processuais das partes nos litígios civis.’[01] Assim, o artigo X da Declaração Universal dos Direitos Humanos, o artigo 6º da Convenção Européia de Direitos Humanos, os artigos 8º e 25 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, o artigo 14 do Pacto Internacional Relativo aos Direitos Civis e Políticos da ONU, os artigos 24, 25 e 111 (este inserido pela Lei Constitucional n.2 de 23.11.1999) da Constituição Italiana (1947), os arts. 42, 101 e 103 da Lei Fundamental de Bonn (1949), o art. 24 da Constituição Espanhola (1978) são exemplos contundentes dessa aproximação entre os direitos humanos e o processo, via garantias processuais fundamentais, oponíveis pelas partes ao Estado-juiz e ao seu adversário nas lides civis.

Prossegue o autor (COELHO JÚNIOR, 2006), atrelando a perspectiva mundial ao Ordenamento Brasileiro, como inarredável consequência e tendência

Entre nós, o constituinte de 1988 não restou alheio a essa tendência e incluiu diversas garantias processuais entre os direitos e garantias fundamentais enumerados no art. 5º da Carta Cidadã, entre os quais avulta a consagração explícita da cláusula do devido processo legal.[02]

Disso resulta um direito substancial a um processo justo, ancorado na esfera dos direitos fundamentais [03], noção que se irradia por todo o planeta, aproximando os diversos ordenamentos processuais, independentemente de sua filiação ao sistema anglo-

saxônico ou da civil law. Deste modo, pode-se afirmar que haja, em matéria processual, uma progressiva marcha convergente para um modelo internacional de processo, orientada pelas exigências do processo justo, em um dos raros efeitos positivos da tão falada globalização.

Verifica-se, assim, que não há como implicar o processo como integrante dos Direitos Humanos, posto que se afigura uma garantia para a vida digna quando direitos do cidadão são ameaçados ou lesados.

O devido processo legal como postulado-mor dos demais arreios processuais não será justo quando calcado por atitudes desleais, as quais afligem a espera por uma duração razoável da entrega da prestação jurisdicional.

9 IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO E SANÇÃO PROCESSUAL

Os Sujeitos Internacionais, segundo a majoritária doutrina, tem imunidade de jurisdição, ou seja, não estão sujeitos às leis do país acreditado, isto é, estão infenso às leis locais.

Todavia, segundo o artigo 41, da Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas (CONVENÇÃO ...,1961) (promulgada no Brasil pelo Decreto nº 56.435, de 8 de junho de 1965), tal imunidade não exime a pessoa do respeito às leis e regulamentos do Estado acreditado

Artigo 41

1. Sem prejuízo de seus privilégios e imunidades, todas as pessoas que gozem desses privilégios e imunidades deverão respeitar as leis e os regulamentos do Estado acreditado. Tem também o dever de não se imiscuírem nos assuntos internos do referido Estado.

Entretanto, mesmo assim, a imunidade de jurisdição não é absoluta, para muitos, quando envolvendo atos de gestão, ou seja, é relativa.

Em nosso Ordenamento, a imunidade de jurisdição é relativa, conforme se extrai, entre outros, do acórdão abaixo do Excelso Pretório:

E M E N T A: IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO - RECLAMAÇÃO TRABALHISTA - LITÍGIO ENTRE ESTADO ESTRANGEIRO E EMPREGADO BRASILEIRO - EVOLUÇÃO DO TEMA NA DOCTRINA, NA LEGISLAÇÃO COMPARADA E NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: DA IMUNIDADE JURISDICCIONAL ABSOLUTA À IMUNIDADE JURISDICCIONAL MERAMENTE RELATIVA - RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO CONHECIDO. OS ESTADOS ESTRANGEIROS NÃO DISPÕEM DE IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO, PERANTE O PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO, NAS CAUSAS DE NATUREZA TRABALHISTA, POIS ESSA PRERROGATIVA DE DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO TEM CARÁTER MERAMENTE RELATIVO. - O Estado estrangeiro não dispõe de imunidade de jurisdição, perante órgãos do Poder Judiciário brasileiro, quando se tratar de causa de natureza trabalhista. Doutrina. Precedentes do STF (RTJ 133/159 e RTJ 161/643-644). - Privilégios diplomáticos não podem ser invocados, em processos trabalhistas, para coonestar o enriquecimento sem causa de Estados estrangeiros, em inaceitável detrimento de trabalhadores residentes em território brasileiro, sob pena de essa prática consagrar censurável desvio ético-jurídico, incompatível com o princípio da boa-fé e inconciliável com os grandes postulados do direito internacional. O PRIVILÉGIO RESULTANTE DA IMUNIDADE DE EXECUÇÃO NÃO INIBE A JUSTIÇA BRASILEIRA DE EXERCER JURISDIÇÃO NOS PROCESSOS DE CONHECIMENTO INSTAURADOS CONTRA

ESTADOS ESTRANGEIROS. - A imunidade de jurisdição, de um lado, e a imunidade de execução, de outro, constituem categorias autônomas, juridicamente inconfundíveis, pois - ainda que guardem estreitas relações entre si - traduzem realidades independentes e distintas, assim reconhecidas quer no plano conceitual, quer, ainda, no âmbito de desenvolvimento das próprias relações internacionais. A eventual impossibilidade jurídica de ulterior realização prática do título judicial condenatório, em decorrência da prerrogativa da imunidade de execução, não se revela suficiente para obstar, só por si, a instauração, perante Tribunais brasileiros, de processos de conhecimento contra Estados estrangeiros, notadamente quando se tratar de litígio de natureza trabalhista. Doutrina. Precedentes.

(RE 222368 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 30/04/2002, DJ 14-02-2003 PP-00070 EMENT VOL-02098-02 PP-00344)

Diante desse contexto, durante o processo, os entes internacionais também podem sofrer sanções, quando a conduta praticada no *iter procedimental* não se pautar pela boa-fé que *todos* devem seguir.

Desde que o país de origem tenha em seu ordenamento processual reprimendas semelhantes, não se tem como escusável a conduta atentatória praticada no país acreditado.

De toda sorte, conforme se observa da ementa citada, a execução ou efetivação dessas sanções somente podem ser objeto de cumprimento com renúncia ou por meio de homologação perante o país de origem, seguindo os trâmites para execução de sentenças estrangeiras.

10 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A boa-fé é conduta necessária e suficiente para amenizar a demora na prestação jurisdicional, embora não seja suficiente para o desfecho do processo, mas, sem dúvida, é fato preponderante para uma tutela jurisdicional justa e equânime.

Nesse desiderato, o Juiz, como dirigente e responsável pela manutenção da escorreita conduta dos participantes da relação jurídica processual, não deve permitir as chicanas e deslealdades como elementos da violação do direito fundamental a uma duração razoável do processo.

A má-fé é uma patologia e, nesse enfoque, deve ser tratada como mal a ser extirpado da relação jurídica ou sancionada quando do acometimento dessa enfermidade prejudicial, nela incluída a processual.

Com efeito, os atores processuais, não só o Juiz, autor e réu, mas todos aqueles que, de alguma forma, participem do processo devem se pautar por uma conduta proba e leal, abandonando ou evitando toda a forma de ato processual que cause ou tenda a causar danos ou conseqüências prejudiciais ao ente adverso e, também por conseqüência, aos demais jurisdicionado de outras relações processuais que são atingidos, na medida em que aqueles atos praticados com má-fé nos autos em que litiga ensejam atos judiciais desnecessários e/ou inúteis, impedindo ou retardando o juiz em apreciar e processar as outras demandas a ele submetidas.

Nesse desiderato, com a prática do ato, a sanção necessária se mostra um poder-dever do magistrado condutor do feito, na medida em que age como administrador da coisa pública, ou seja, do processo, do instrumento pelo qual o Estado exerce a jurisdição, posto que atraiu para si o monopólio de dizer o direito e satisfazer o direito contido

num título executivo (seja judicial, como a sentença, seja extrajudicial, como em um título de crédito).

Com efeito, o processo, como uma garantia constitucional garantidora de proteção dos direitos subjetivos sujeitos a uma ameaça ou lesão, revela-se como um dos direitos humanos erigidos na Ordem Internacional como primados da dignidade, para um convivência harmônica e evolutiva do homem.

A justa composição do conflito com uma duração razoável perfilha o caminho reto para assegurar a dignidade da pessoa humana.

A imunidade de jurisdição não deve ser motivo de escusa para a conduta leal e proba dos litigantes e de todos aqueles que participem do processo, ainda que Estado estrangeiro, muito mais quando as leis do país acreditante estabelecem os componentes éticos de lealdade processual e boa-fé como institutos universais ou hegemônico nas ordenações pautadas pelo primado do devido processo legal.

REFERÊNCIAS

ABDO, H. N. **O abuso do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007. v. 60. (Coleção de estudos de direito de processo Enrico Tullio Liebman).

ANDRADE, V. A. de. **Litigância de má-fé**. São Paulo: Dialética. 2004.

ASSEMBLÉIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos**. Disponível em: < http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em: **27 maio 2010**.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília. **Disponível em:** <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 9 maio 2010.

_____. **Código Civil Brasileiro:** Lei n. 10.402, de 10.01.2002. Brasília. **Disponível em:** <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm>>. Acesso em: 23 maio 2010.

CHIOVENDA, G. **Instituições de direito processual civil**. Capitano, P. Tradutor. Campinas, SP: Bookseller. 1998. v. 2.

COELHO JÚNIOR, S. O direito fundamental à execução na Jurisprudência da corte europeia de Direitos Humanos. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 1194, 8 out. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9012>>. Acesso em: 23 maio 2010.

CONVENÇÃO DE VIENA SOBRE RELAÇÕES DIPLOMÁTICAS, de 18.04.1961. Disponível em: <http://www.cedin.com.br/site/pdf/legislacao/tratados/convencao_de_viena_sobre_relacoes_diplomaticas.pdf>. Acesso em: 10 maio 2010.

DINIZ, M. H. **Dicionário jurídico**. São Paulo: Saraiva. 1998.

FELKER, R. **Litigância de má-fé e conduta processual inconveniente:** doutrina, jurisprudência e legislação. São Paulo: LTr, 2007.

LEAL, L. M. de M. Boa fé contratual. In: LÔBO, P. L. Netto e LYRA JUNIOR, E. M. G. de. (Coords.). **A teoria do contrato e o novo código civil**. Recife: Nossa Livraria. 2003.

MASCHIETTO, L. **A litigância de má-fé na justiça do trabalho:** princípios, evolução histórica, preceitos legais e análise da responsabilização do advogado. São Paulo: LTr. 2007.

PORTUGAL. **Código Civil Português**. Actualizado até à Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro. Disponível em: <<http://www.portolegal.com/CodigoCivil.html>>. 23 maio 2010.

PRETEL, M. P. e. A boa-fé: conceito, evolução e caracterização como princípio constitucional. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1565, 14 out. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10519>>. Acesso em: 23 maio 2010.

STOCO, R. **Abuso do direito e má-fé processual**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002

PROTEÇÃO JURÍDICA AO TRABALHADOR RURAL E SUA CONCRETIZAÇÃO PELA JUSTIÇA DO TRABALHO

Mariana Siqueira Prado*

“Se existe um direito a proteger essa gente, cabe-nos a tarefa política de torná-lo o mais eficiente possível. E, para tanto, o primeiro passo é aprender a interpretá-lo, extraindo todo o seu sumo, no que ele tem de melhor. É como usar uma enxada: cavar fundo, com firmeza, criando calos nas mãos” (Márcio Túlio Viana)

RESUMO

O presente estudo objetiva examinar a proteção jurídica ao trabalhador rural e sua concretização pela Justiça do Trabalho. Motiva-o a circunstância de a atividade rural apresentar singularidades, como a ausência de atuação efetiva de entidades sindicais e dos poderes públicos na fiscalização e controle do cumprimento das obrigações trabalhistas. Esse quadro agrava-se em regiões de novas fronteiras agrícolas, nas quais o desenvolvimento econômico através da explosão do agronegócio vem servindo de pretexto para justificar o reiterado descumprimento dos direitos dos trabalhadores rurais. No tocante à jornada de trabalho, imensas as dificuldades de sua aferição, o que favorece a exigência de jornadas muito superiores àquelas legalmente exigidas, geralmente desacompanhadas do pagamento das horas extraordinárias. A exposição exige a apresentação dos fundamentos da proteção jurídica ao trabalhador rural, a evolução da legislação que regulou esse sistema de proteção, as especificidades das normas atinentes à jornada dos trabalhadores rurais e a forma de atuação da Justiça do Trabalho para garantir a concretização da proteção jurídica ao trabalhador rural.

* Juíza do Trabalho Substituta no TRT da 22^a. Região.

Palavras-chave: Trabalhador rural. Jornada de trabalho. Proteção jurídica. Concretização. Justiça do Trabalho.

1 INTRODUÇÃO

Os 150 anos de história do Direito do Trabalho indicam que a razão de sua existência reside na função de melhoria das condições de pactuação da força de trabalho na ordem socioeconômica. Seu surgimento e desenvolvimento não tiveram como finalidade apenas a regulação da forma como o trabalho humano é prestado, haja vista que seu papel fundamental está precisamente em intervir na realidade social, de modo a transformá-la.

Essa preocupação do Direito do Trabalho na transformação da realidade fez-se especialmente presente no que diz respeito à limitação da jornada de trabalho. Mas um olhar sobre a realidade demonstra que a expansão normativa não tem sido suficiente para coibir os abusos praticados em relação à jornada de trabalho, situação essa que se agrava enormemente nas atividades rurais, principalmente em regiões em que há baixa atividade sindical e onde o poder público não se faz presente na fiscalização e controle das jornadas de trabalho.

Nesse sentido, constata-se em diversas regiões do país grande expansão econômica nas atividades relacionadas ao agronegócio, organizada quase sempre em torno da obtenção do lucro e redução de custos da produção, com práticas de trabalho informal, precário, sem registro e sem garantia dos direitos trabalhistas. Mesmo nos trabalhos formalizados, a prática de sonegação de direitos no campo é lugar-comum, na medida em que se impõem jornadas de trabalho excessivas, em regime de escala incompatível com a legislação e sem considerar as reais limitações relacionadas à segurança e saúde do trabalhador. Não raramente, essas jornadas

não se sujeitam a nenhum sistema de fiscalização e controle e são instituídas em regimes de escalas desgastantes, prestadas em locais de difícil acesso, ficando os trabalhadores durante semanas nas fazendas, com fortes restrições dos seus direitos de folga, ficando longos períodos ausentes de suas residências.

Objetivando oferecer adequada atuação do sistema normativo de proteção ao trabalhador rural¹, sobretudo no que diz respeito à jornada de trabalho por eles cumprida, tendo em conta a forma e as condições da prestação de serviços, faz-se necessário compreender os fundamentos da proteção jurídica ao trabalhador rural. Além dessa abordagem geral sobre a regulação do trabalho rural, mostra-se indispensável analisar as particularidades em relação à jornada do trabalhador rural. Em seguida, examina-se como essas particularidades da jornada do trabalhador rural devem ser compreendidas no contexto de especificidades regionais, principalmente em comunidades rurais de difícil acesso, com baixa conscientização dos direitos e caracterizada pela ausência dos poderes públicos, e de que forma o juiz deve dirigir a instrução do processo e valorar a prova para obter a máxima efetivação das normas de proteção ao trabalhador rural.

A motivação para o estudo da concretização pela via jurisdicional da proteção jurídica ao trabalhador rural deve-se à circunstância de a autora atuar como juíza do trabalho no cerrado piauiense, região de economia essencialmente agrícola, em plena expansão do agronegócio. O contato diário no sul piauiense revela que os trabalhadores rurais apresentam baixíssima formação escolar, simplicidade incomum, desconhecimento de seus direitos e fisionomias profundamente marcadas por vidas inteiras dedicadas ao trabalho em

¹ Os termos trabalhador rural e empregado rural são usados indistintamente no texto com referência ao trabalhador subordinado e assalariado, sem extensão àqueles que trabalham por conta própria, a exemplo dos meeiros, parceiros e posseiros.

condições as mais precárias, sujeitando-se às intempéries da natureza e às adversidades do trabalho extenuante. Diante desse quadro, cabe refletir sobre o papel da Justiça do Trabalho na concretização dos direitos formalmente reconhecidos aos trabalhadores rurais, mas que têm enormes dificuldades de efetiva concretização.

2 FUNDAMENTOS DA PROTEÇÃO JURÍDICA AO TRABALHADOR RURAL

Embora o trabalho rural seja tão antigo quanto o homem, curiosamente a proteção jurídica ao trabalho surgiu primeiramente através da proteção ao trabalho urbano. Isso porque o trabalho rural na origem foi praticado sob o regime de escravidão, fato histórico que fez com que a luta dos trabalhadores rurais não fosse direcionada para o reconhecimento de direitos materiais, posto que sua luta reivindicatória foi pioneiramente motivada pelo reconhecimento da liberdade. Como consequência, as primeiras normas de proteção ao trabalho direcionaram-se para a tutela dos trabalhadores urbanos, nas atividades industriais e comerciais, fruto de históricas lutas reivindicatórias forjadas com o advento do capitalismo, que conduziu à brutal exploração da força de trabalho humano.

No Brasil, no final do Século XIX, teve início no campo o processo de substituição do trabalho rural escravo pela mão-de-obra imigrante. Com o início da industrialização, progressivamente os trabalhadores rurais migraram para os centros urbanos, formando enormes contingentes de massas operárias, com jornadas excessivas, baixíssimos níveis salariais e condições de trabalho bastante adversas, tudo isso gerando uma descomunal exploração do trabalho humano. Surgiram então nos centros urbanos as primeiras organizações operárias reivindicatórias, tendo como uma das metas principais a limitação da jornada de trabalho, que variava entre 10 e 14 horas, com exigência em

determinadas fábricas de jornadas de 16 e até 18 horas de trabalho por dia. Nesse contexto, formou-se a massa trabalhadora, influenciada por idéias sociais, produto da consciência de classe, reunida em torno das primeiras organizações operárias.

No campo, a situação não era muito diferente. Embora livres, os trabalhadores rurais não tinham muitas alternativas. Restavam-lhes as opções de ir para as cidades e ali sujeitarem-se a trabalhos desumanos ou permanecerem no campo, sujeitando-se às péssimas condições de vida e de trabalho. Os trabalhadores urbanos, reunidos em torno de uma classe social e influenciados pela consciência política dos imigrantes, conseguiram desenvolver movimentos reivindicatórios, dos quais resultaram as primeiras leis de proteção nas atividades industriais e comerciais. Nas atividades rurais, a falta de consciência de classe conduzia à absoluta ausência de poder de reivindicação, deixando os trabalhadores sem capacidade de organização e mobilização para minimamente lutar por direitos trabalhistas. Portanto, não havia ambiente propício para a conquista de um sistema de proteção ao trabalhador rural. Essa falta de consciência política e da capacidade de reivindicação dos trabalhadores rurais não impediu o surgimento desse sistema de proteção, haja vista que, embora tardiamente, tal sistema surgiu a partir da regulação por iniciativa do próprio legislador.

Hoje, em nome da eficiência econômica, questionam-se os fundamentos da proteção ao trabalhador. No caso do trabalho no campo, em nome da expansão do agronegócio, arautos do desenvolvimento econômico a qualquer custo, sustentam que a legislação e a jurisdição não podem ser entraves ao crescimento da atividade produtiva, daí por que toda a atuação dos poderes públicos deve ser no sentido de ajustar-se às condições impostas pela nova realidade, de modo que especialmente em relação ao trabalho rural deve haver adaptações na lei e na sua interpretação de modo que sejam propiciados os meios para alcançar a eficiência econômica. Em nome

dos objetivos da produção e do mercado, colocam-se em que xeque os próprios pressupostos da legislação protetora do trabalho rural.

Ora, a necessidade de proteção aos trabalhadores está na essência do Direito do Trabalho. As mesmas razões históricas que determinaram o surgimento desse ramo especial do Direito continuam e em algumas atividades até se agravaram. A proteção da lei ao trabalhador existe e deve continuar existindo e tem como pressuposto, que é comum em diversos ramos jurídicos, o fato de que, existindo uma parte mais fraca na relação jurídica, deve o legislador conferir-lhe superioridade normativa, na medida em que, ausente essa proteção, a parte hipossuficiente sujeita-se a sérios e graves riscos de ser explorada. Essa proteção se dá em outras relações jurídicas, tal como ocorre nas relações tributárias e de consumo, em que o aparato normativo oferece especial proteção ao contribuinte e ao consumidor. A diferença é que nas relações de trabalho esse matiz protecionista é mais claramente assumido, o que de certo modo facilita o questionamento de seus fundamentos.

As críticas que se faz à estrutura legal de proteção baseiam-se em discurso ideológico inerente ao sistema capitalista de produção, que na essência objetiva maximizar os lucros e reduzir o máximo possível os custos da produção. Embora esse discurso ideológico não assuma expressamente, levado às últimas conseqüências, guarda no fundo a idéia de que em nome da eficiência do modelo capitalista de produção pode-se descumprir a legislação protetora do trabalho e desrespeitar a pessoa humana do trabalhador. O cancionero popular já advertia que não se pode ir contra o progresso, mas se deve apelar para o bom senso. Em outros termos, ninguém é contra o progresso nem contra a eficiência econômica, mas isso não pode ser alcançado sem considerar o aspecto humano e social do homem que trabalha.

A estrutura legal de proteção ao trabalho justifica-se de forma mais acentuada no âmbito do trabalho no campo. O empregado rural vive e trabalha em condições extremamente adversas, pois, embora tenham conseguido formalmente a liberdade há 150 anos, em muitas atividades e regiões do país a legislação protetora ainda não os alcançou. Ilustra bem essa grave realidade a perspicácia do Professor Márcio Túlio Viana ao constatar que “Talvez se possa dizer, em síntese, que se alterou o modelo de espoliação: antes, o camponês era coisa, por não ter direitos; mas ainda agora, apesar de tê-los, quase nunca vive como gente” (VIANA, 2003, p. 304). Portanto, importa reconhecer que a legislação de proteção ao trabalhador rural é instrumento legítimo e necessário para a realização da dignidade do homem e do valor social do seu trabalho, que devem ser exaltados e respeitados.

3 EVOLUÇÃO LEGISLATIVA DA PROTEÇÃO AO TRABALHADOR RURAL

Examinando a evolução da proteção jurídica ao trabalhador rural, constata-se que a Consolidação das Leis do Trabalho (DL 5.452, de 01.05.1943), adiante CLT, foi o primeiro instrumento legal a consagrar um conjunto de normas aplicáveis aos trabalhadores do campo. É certo que a CLT não teve a finalidade de regular de forma sistemática esse tipo de trabalho, mas foi a partir dali que surgiram algumas normas que foram estendidas aos trabalhadores rurais. Na essência dessa regulação estava o pressuposto da distinção entre os trabalhos urbano e rural, fato que marcará historicamente a regulação legal distinta das condições de trabalho desses dois tipos de trabalhadores. Depois da CLT, apareceram a Lei 605/49 e a Lei 4.090/62, que instituíram, respectivamente, o direito ao repouso semanal remunerado e a gratificação natalina, ambos aplicáveis aos trabalhadores rurais.

A primeira legislação especial de proteção ao trabalho rural foi o Estatuto do Trabalhador Rural (Lei 4.214/63), que estabeleceu a regra de estenderem aos trabalhadores rurais as disposições da CLT que não contradissem ou restringissem os direitos contemplados na legislação específica. O Estatuto teve o mérito de dar grande salto no sentido da extensão da legislação trabalhista ao trabalhador rural, quando na época prevalecia orientação extremamente restritiva, limitando-se injustificadamente a aplicação de direitos celetistas aos trabalhadores do campo. Posteriormente, a Lei 5.889/73 manteve a aplicação da CLT e legislação trabalhista extravagante aos trabalhadores rurais, aplicando a estes as normas que não fossem incompatíveis com as normas especiais trabalhistas que criou. O mérito desse instrumento legal foi delimitar seu espectro de incidência, definindo empregado e empregador rurais e admitindo a aplicação do seu sistema de proteção aos trabalhadores que, mesmo não enquadrados como empregados rurais, estivessem em idêntica situação de hipossuficiência (art. 17).

Segundo a definição do art. 2º da Lei 5.889/73, “Empregado rural é toda pessoa física que, em propriedade rural ou prédio rústico, presta serviços de natureza não eventual a empregador rural, sob a dependência deste e mediante salário”. De acordo com o art. 3º, “Considera-se empregador, rural, para os efeitos desta Lei, a pessoa física ou jurídica, proprietário ou não, que explore atividade agro-econômica, em caráter permanente ou temporário, diretamente ou através de prepostos e com auxílio de empregados”. O § 1º deste dispositivo inclui nessa atividade econômica a exploração industrial em estabelecimento agrário não compreendido na CLT. O art. 4º equipara “ao empregador rural, a pessoa física ou jurídica que, habitualmente, em caráter profissional, e por conta de terceiros, execute serviços de natureza agrária, mediante utilização do trabalho de outrem”.

Apesar da conceituação legal de empregado e empregador rurais, a questão é objeto de acesas divergências . Apenas para apontar pontos da divergência encontrada na doutrina, Alice Monteiro de Barros (2005, p. 379) e Arnaldo Sússekind (2002, p. 67) consideram que o termo está ligado aos métodos de execução do trabalho, isto é, quando o empregado executar seus serviços na agricultura, pecuária ou no campo. Já Godinho (2010, p. 375) e Magano (1992, p.132) indicam que haveria dois critérios de conceituação do empregado como rurícola, a saber, a atividade do empregador e o local de trabalho. Neste sentido, além do empregador explorar atividade rural, o empregado deve trabalhar em prédio rústico ou em propriedade rural.

O TST adota a vertente que classifica o empregado como rurícola de acordo com a atividade preponderante desenvolvida pelo empregador. Nesse sentido a OJ 315 da SDI-I: “MOTORISTA. EMPRESA. ATIVIDADE PREDOMINANTEMENTE RURAL. ENQUADRAMENTO COMO TRABALHADOR RURAL. É considerado trabalhador rural o motorista que trabalha no âmbito de empresa cuja atividade é preponderante-mente rural, considerando que, de modo geral, não enfrenta o trânsito das estradas e cidades”.

Na evolução da regulação do trabalho rural, a Constituição de 1988, no art. 7º, *caput*, conferiu tratamento uniforme entre trabalhadores urbanos e rurais, assegurando-lhes igualdade de direitos. Essa disposição constitucional operou uma mudança paradigmática no plano normativo, de tal sorte que os direitos conferidos aos trabalhadores rurais são os mesmos previstos para os trabalhadores urbanos. Portanto, o princípio é o da igualdade de direitos e assim essa paridade normativa entre rurais e urbanos deve ser o vetor a orientar a atuação dos poderes públicos e privados. Há, por certo, algumas normas especiais, instituídas exclusivamente para atender às peculiaridades do trabalho no campo. Em nome dessas

peculiaridades alguns direitos têm disciplinamento específico na Lei 5.889/73 e na própria Constituição. Nesta, os direitos estão elencados nos arts. 7º, 8º, 9º, 10, 11, 187, VIII, e 194, parágrafo único, II.

Os direitos específicos contidos na Lei 5.889/73 são os seguintes: i) intervalo para refeição e descanso, após seis horas de trabalho, conforme usos e costumes da região em que o trabalho é prestado; ii) cômputo dos horários efetivamente trabalhados, para efeito de apuração da jornada, em serviços intermitentes, desde que tal particularidade seja anotada na CTPS; iii) adicional noturno de 25% incidente sobre a hora normal, mas sem a redução prevista no art. 73, § 1º, da CLT, sendo considerado trabalho noturno aquele realizado entre 21 e 5 horas (na lavoura) e entre 20 e 4 horas (na pecuária); iv) aviso prévio, com possibilidade de o empregado não trabalhar um dia por semana, para possibilitar a procura de outro trabalho (art. 15), sem prejuízo da aplicação do art. 488, parágrafo único, da CLT; v) indenização para o trabalhador safrista equivalente a 1/12 do salário mensal, por mês de serviço ou tempo superior a 14 dias, quando expirado o contrato de safra na forma do art. 14; vi) impossibilidade de se efetuarem descontos salariais, salvo a título de moradia, até o limite de 20%, alimentação, até o limite de 25% e adiantamentos em dinheiro (art. 9º).

4 NORMAS ESPECIAIS APLICÁVEIS À JORNADA DOS TRABALHADORES RURAIS

Os trabalhadores urbanos e rurais sujeitam-se à jornada semanal de 44 horas (CF, art. 7º, XIII), estando os últimos regidos pela regra do art. 5º, do Decreto 73.626/74, segundo o qual “Os contratos de trabalho, individuais ou coletivos, estipularão, conforme os usos, praxes e costumes, de cada região, o início e o término normal da jornada de trabalho, que não poderá exceder de 8 (oito) horas por

dia”. A Lei 5.889/73 e o Decreto 73.626/74 também fixaram regras específicas para a concessão de intervalo no curso da jornada e entre uma e outra jornada, para a limitação do serviço extraordinário e para a fixação da remuneração do trabalho noturno.

O art. 5º da Lei 5.889/73 dispõe que “Em qualquer trabalho contínuo de duração superior a seis horas, será obrigatória a concessão de um intervalo para repouso ou alimentação observados os usos e costumes da região, não se computando este intervalo na duração do trabalho. Entre duas jornadas de trabalho haverá um período mínimo de onze horas consecutivas para descanso.” Já o art. 6º preceitua que “Nos serviços, caracteristicamente intermitentes, não serão computados, como de efetivo exercício, os intervalos entre uma e outra parte da execução da tarefa diária, desde que tal hipótese seja expressamente ressalvada na Carteira de Trabalho e Previdência Social”. Essa regra foi repetida no art. 10 do decreto regulamentador. O § 1º do art. 5º do Decreto 73.626/74 estabelece que “Será obrigatória, em qualquer trabalho contínuo de duração superior a 6 (seis) horas, a concessão de um intervalo mínimo de 1 (uma) hora para repouso ou alimentação, observados os usos e costumes da região”. O § 2º prevê que “Os intervalos para repouso ou alimentação não serão computados na duração do trabalho”. Por sua vez, o art. 6º dispõe que “Entre duas jornadas de trabalho haverá um período mínimo de 11 (onze) horas consecutivas para descanso”.

Em relação ao registro do horário de trabalho, por força da previsão do art. 4º do Decreto 73.626/74, aplica-se o art. 74 da CLT, daí por que o empregador com mais de 10 (dez) empregados deve adotar mecanismos de controle da jornada dos trabalhadores rurais. Embora sejam notórias as dificuldades para a operacionalização desse sistema de controle nas atividades rurais, faz-se necessário o aperfeiçoamento dessas práticas, de modo que fique garantida a

regularidade dos registros, com a efetiva participação dos trabalhadores, inclusive em relação às horas *in itinere*, o que facilita a definição das jornadas realmente realizadas, principalmente quando em juízo se discute a existência de trabalho extraordinário.

No que diz respeito aos empregados remunerados por unidade de produção, sistema adotado com frequências nas atividades rurais, especialmente nos períodos de safra canvieira, parece adequado reconhecer que a remuneração por produção não afasta o direito do trabalhador rural à limitação da sua jornada de trabalho. Logo, mesmo percebendo remuneração, o trabalhador teria direito às horas extraordinárias, com o adicional respectivo, independente do aumento da remuneração pelo acréscimo da produção. No entanto, prevalece nos tribunais a OJ 235 do TST, pela qual o “empregado que recebe salário por produção e trabalha em sobrejornada faz jus apenas à percepção do adicional de horas extras”.

Regramento especial existe em relação à jornada noturna do trabalhador rural. A CF, no art. 7º, IX, garantiu remuneração ao trabalho noturno superior ao diurno igualmente para trabalhadores urbanos e rurais. Entretanto, a regulação quanto a estes é distinta na legislação regulamentadora. Na Lei 5.889/73, art. 7º, “considera-se trabalho noturno o executado entre as vinte e uma horas de um dia e as cinco horas do dia seguinte, na lavoura, e entre as vinte horas de um dia e as quatro horas do dia seguinte, na atividade pecuária”. O parágrafo único dispõe que “Todo trabalho noturno será acrescido de 25% (vinte e cinco por cento) sobre a remuneração normal”. Apesar da igualdade de direitos entre trabalhadores urbanos e rurais contemplada pela Constituição, prevalece distinção no tocante à duração da hora noturna, haja vista que inaplicável aos empregados rurais o art. 73, § 1º, da CLT. Essa diferenciação parece compensada pela regra do parágrafo único do art. 7º da Lei 5.889/73.

Em relação aos turnos ininterruptos de revezamento, a CF, no art. 7º, XIV, assegura aos trabalhadores o direito a “jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva”. A concessão de intervalo durante os turnos de revezamento não é suficiente para descaracterizá-los. Neste sentido é a jurisprudência sumulada do TST: “TURNOS ININTERRUPTOS DE REVEZAMENTO. INTERVALOS INTRAJORNADA E SEMANAL - A interrupção do trabalho destinada a repouso e alimentação, dentro de cada turno, ou o intervalo para repouso semanal, não descaracteriza o turno de revezamento com jornada de 6 (seis) horas previsto no art. 7º, XIV, da CF/1988” (Súmula 360). Esse regime é perfeitamente aplicável aos trabalhadores rurais. Contudo, na prática, a atividade rural não o adota, pois na realidade seu desenvolvimento não se dá de forma contínua e ininterrupta, pressuposto para aplicação do instituto.

No tocante às horas *in itinere*, prática habitual no trabalho rural, dispõe a Súmula 90 do TST: “HORAS “IN ITINERE”. TEMPO DE SERVIÇO. I - O tempo despendido pelo empregado, em condução fornecida pelo empregador, até o local de trabalho de difícil acesso, ou não servido por transporte público regular, e para o seu retorno é computável na jornada de trabalho. II - A incompatibilidade entre os horários de início e término da jornada do empregado e os do transporte público regular é circunstância que também gera o direito às horas “in itinere”. III - A mera insuficiência de transporte público não enseja o pagamento de horas “in itinere”. IV - Se houver transporte público regular em parte do trajeto percorrido em condução da empresa, as horas “in itinere” remuneradas limitam-se ao trecho não alcançado pelo transporte público. V - Considerando que as horas “in itinere” são computáveis na jornada de trabalho, o tempo que extrapola a jornada legal é considerado como extraordinário e sobre ele deve incidir o adicional respectivo”. O entendimento sumulado foi incorporado pela Lei 10.243/2001, art. 58, § 2º.

Quanto à possibilidade de fixação de horas *in itinere* por negociação coletiva, o tema é recorrente nas causas envolvendo trabalhadores rurais, principalmente nas atividades relacionadas à indústria canavieira do sul do país. A jurisprudência tem posição divergente sobre a matéria. Predomina no TST a validade da negociação coletiva: “HORAS *IN ITINERE* E REFLEXOS. VALIDADE DE CLÁUSULA DE INSTRUMENTO COLETIVO DE TRABALHO. PREVISÃO DE LIMITE PARA O PAGAMENTO. PREVALÊNCIA. ARTIGO 7º, INCISO XXVI, DA CONSTITUIÇÃO DE 1988. A Constituição Federal, em seu artigo 7º, XXVI, dispõe sobre o reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho, devendo, assim, ser considerado o pactuado entre os empregados e empregadores no tocante às horas *in itinere*, sob pena de ferir o Texto Constitucional, tornando letra morta a previsão de negociação coletiva. O disposto no parágrafo 2º do artigo 58 da CLT, introduzido pela Lei 10.243/01, embora tenha reconhecido o direito às horas de percurso, não se classifica como norma de ordem pública e nem se caracteriza como direito indisponível dos empregados. Deve-se, então, privilegiar o ajuste autônomo das relações coletivas de trabalho, no tocante à fixação das horas a título de horas de percurso. Precedentes.” (Processo: RR - 118900-82.2008.5.09.0325, Data de Julgamento: 26/05/2010, Relator Ministro: Emmanoel Pereira, 5ª Turma, Data de Divulgação: DEJT 04/06/2010).

Ante a vedação de supressão de direito pela negociação coletiva, o entendimento citado não deve prevalecer. Decisões pela invalidade da negociação também são encontradas na jurisprudência do TST: “RECURSO DE REVISTA. HORAS-IN ITINERE-. - NEGOCIAÇÃO COLETIVA - SUPRESSÃO DE DIREITO. INVALIDADE. 1.1. Não há dúvidas de que o art. 7º, inciso XXVI, da Constituição Federal chancela a relevância que o Direito do Trabalho empresta à negociação coletiva - sempre válida e eficaz enquanto não rompidas as fronteiras nas quais se deve conter. 1.2. Até a edição da

Lei nº 10.243/2001, o conceito de horas -in itinere- decorria de construção jurisprudencial, extraída do art. 4º da CLT, não havendo, à época, preceito legal que, expressamente, normatizasse o instituto. Estavam os atores sociais, em tal conjuntura, livres para a negociação coletiva em torno da matéria, possibilidade inúmeras vezes reiterada por esta Corte. 1.3. Modificou-se a situação com o diploma legal referido, quando acresceu ao art. 58 da CLT o § 2º, vetor pelo qual a matéria alcançou tessitura legal, incluindo-se a remuneração das horas -in itinere- entre as garantias mínimas asseguradas aos trabalhadores. 1.4. Ante o comando do art. 9º consolidado, afirma-se a impossibilidade de se ajustar, em negociação coletiva, a ausência de remuneração do período gasto em trajeto, embora possível a sua quantificação. Naquele primeiro caso, estar-se-ia negando a vigência, eficácia e efetividade de norma instituída pelo Poder Legislativo, competente para tanto, e ofender-se-ia o limite constitucionalmente oferecido pelo art. 7º, VI, da Carta Magna, que, admitindo a redução de salário, não tolerará a sua supressão. Recurso de revista conhecido e provido”. (Processo: RR - 98100-27.2007.5.05.0342, Data de Julgamento: 19/05/2010, Relator Ministro: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, 3ª Turma, Data de Divulgação: DEJT 04/06/2010).

A possibilidade de prorrogação da jornada normal do trabalhador está prevista no Decreto 73.626/74: “Art. 7º - A duração normal do trabalho poderá ser acrescida de horas suplementares, em número não excedente de 2 (duas), mediante acordo escrito entre o empregador e o empregado ou mediante contrato coletivo de trabalho, observado o disposto no artigo anterior. § 1º - Do acordo ou do contrato coletivo de trabalho deverá constar, obrigatoriamente, a importância da remuneração da hora suplementar que será, pelo menos, 20% (vinte por cento) superior à da hora normal”. O adicional de 20% foi majorado para 50% pela CF, art. 7º, XVI. A compensação de horas está prevista no Decreto 73.626/74, art. 7º, § 2º, ao dispor que “Poderá ser dispensado o acréscimo de salário

se, por força de acordo ou contrato coletivo, o excesso de horas em um dia for compensado pela correspondente redução em outro dia, de maneira que não exceda o horário normal da semana”. Essa regra de compensação era semelhante à do trabalho urbano, prevista na CLT, art. 59, § 2º, com a diferença de que no trabalho rural não há limite máximo de 10 (dez) horas, mas tão-somente o respeito ao intervalo de 11 (onze) horas entre jornadas. A Lei 9.601/98, ao dar nova redação à CLT, art. 59, § 2º, e ao acrescentar o § 3º, criou a possibilidade de instituição do banco de horas. Essa prática não existe no campo e ademais prevalece a legislação específica que regula a compensação da jornada do trabalhador rural.

5 CONCRETIZAÇÃO DA PROTEÇÃO PELA JUSTIÇA DO TRABALHO

Apresentado o sistema de proteção jurídica ao trabalhador, cumpre àqueles encarregados de sua atuação assegurar na realidade prática sua efetivação. No caso da região do sul do Estado do Piauí, é imenso o desafio de tornar eficiente o sistema de proteção jurídica ao trabalhador rural. O poder público não se fez inteiramente presente na região. Os serviços de saúde, educação e segurança são incipientes, os sistemas de transporte e comunicação são insuficientes, a Superintendência Regional do Trabalho não está adequadamente aparelhada, o Ministério Público do Trabalho não tem capilaridade e as organizações sindicais não possuem experiência nem força para lutar pelo cumprimento da legislação trabalhista. Presente mesmo está o sistema estatal de custeio da produção, jorrando ano após ano recursos para o financiamento das safras agrícolas, mas sem qualquer preocupação em verificar se os tomadores dos empréstimos cumprem suas obrigações trabalhistas.

A região está em franca expansão do agronegócio e aqui eclodem as mais variadas relações de trabalho e em diversas

circunstâncias. Uma das peculiaridades diz respeito à prática comum de se recrutar trabalhadores nas cidades para que executem atividades em fazendas. Muitos destes prédios rústicos ou propriedades rurais situam-se em regiões distantes, sem comunicação rodoviária, em locais de difícil acesso, o que obsta a que os trabalhadores retornem diariamente ao término da jornada para suas residências. Advém daí uma situação muito comum em que os trabalhadores submetem-se a escalas de trabalho as mais variadas, sem que haja uma negociação coletiva prévia. Muitos trabalhadores passam 15 dias consecutivos nas propriedades, laborando em regime extenuante, gozando folga de 2 (dois) a 3 (três) dias consecutivos, computando-se o tempo de deslocamento das fazendas para a cidade. Além disso, não há controle da jornada mediante assinalação de livro de ponto ou qualquer outro mecanismo, inviabilizando o cômputo das horas extras prestadas. O fato é que estes trabalhadores laboram por 15 dias consecutivos, permanecendo em regime trabalho desgastante, sem receberem o pagamento pelas horas extras e não raramente sem que o empregador lhes forneça condições dignas de moradia e alimentação.

A dificuldade de comprovar a jornada diária de trabalho, seja pela ausência de prova documental, seja pela fragilidade da prova testemunhal, inviabiliza o ressarcimento ao obreiro e premia o empregador que se utiliza desta força de trabalho. Observando a realidade do trabalho rural, forçoso constatar que, em matéria processual, as provas documentais são escassas, quando não inexistentes, e as testemunhas, quando dispostas a comparecer em juízo e prestar os esclarecimentos, são na maioria das vezes pessoas de parco grau de instrução. Acrescenta-se a isso o distanciamento imposto pela própria natureza do trabalho rural, o receio da perseguição do empregador, o temor reverencial do magistrado e a dificuldades freqüentes de compreensão dos fatos e dos questionamentos feitos em juízo.

Nesses casos, a postura do julgador, considerando as peculiaridades do trabalho rural e especialmente em face da dificuldade de produção de prova pelo trabalhador, deve ser no sentido de maximizar os princípios processuais inquisitivo, da imediação e da celeridade. Na instrução, deve ser potencializado o princípio da livre investigação das provas, acentuado o aspecto inquisitivo do processo trabalhista, de sorte a aproximar a verdade processual da verdade real. Nesse momento torna-se ainda mais relevante a sensibilidade e perspicácia do juiz. As perguntas devem ser muitas vezes reformuladas, de modo que as testemunhas compreendam o que está sendo discutido e assim possam contribuir para a busca da verdade real. Além disso, o magistrado deve valer-se de outros meios de prova, a exemplo da inspeção judicial, que permite uma visão mais detalhada do local e da prestação de serviços, úteis à instrução e julgamento de muitos outros processos envolvendo forma e condições semelhantes de trabalho.

Ademais, o contato com a realidade do trabalho rural, permite ao julgador melhores condições para avaliar previamente a plausibilidade da demanda, podendo antecipar-se na proposição de conciliação que melhor se ajuste à causa e às condições do trabalhador e empregador rurais. Por fim, a compreensão integral do conflito pelo magistrado permite-lhe desenvolver soluções pedagógicas, de modo a estipular adequações preventivas pelo empregador rural no sentido de cumprir espontaneamente a legislação, conferindo-se efetividade e assim garantindo dignamente condições de vida e de trabalho ao cidadão trabalhador na atividade rural.

É certo que a concretização da proteção jurídica ao trabalhador rural não pode ser atribuída exclusivamente à Justiça do Trabalho. Essa concretização demanda atuação conjunta de múltiplas instituições públicas e privadas. No entanto, não há como deixar de reconhecer o destacado papel que deve desempenhar na luta pela

efetivação dos direitos dos trabalhadores rurais. Assim, na missão de conferir cidadania trabalhista àqueles que laboram no campo, a atuação do juiz do trabalho tem absoluta transcendência e para isso deve o magistrado procurar penetrar na realidade, realizando profunda prospecção para compreender a realidade do trabalhador rural, seu modo peculiar de trabalho, seus valores e seus dramas. O desafio do juiz do trabalho deve então orientar-se para compreender, sentir, participar e comungar das experiências do homem do campo, buscando atingir sua consciência, conhecer sua realidade e ir às suas causas, de modo que se alcance a concretização da proteção jurídica ao trabalhador rural através da atuação da Justiça do Trabalho.

Deve-se considerar que “uma proteção ao trabalhador rural tem justificativas históricas e essa proteção, respeitando as características culturais desse trabalhador e as peculiaridades da atividade no campo, deve ser superior àquela dirigida ao trabalhador urbano, até como forma de incentivar a retomada da atividade agrícola, e isso deve ser feito em gabinete, por ação da força política institucionalizada (legisladores, juízes, doutrinadores), pois esperar que os próprios interessados forcem a existência dessa realidade, não é o um sonho ou uma ilusão vã, é uma perversidade” (SOUTO MAIOR, 2005, p. 154).

Para concluir, cito trecho de uma canção do saudoso Luiz Gonzaga, na qual o artista pernambucano relata o assassinato de um vaqueiro no sertão nordestino, crime este que teve motivação política e cujo desdobramento não culminou com a punição dos culpados, por absoluto esquecimento do poder público em relação ao homem do campo:

“Bom vaqueiro nordestino, morre sem deixar tostão,
o seu nome é esquecido, nas quebradas do sertão.
Nunca mais ouvirão seu cantar, meu irmão”. (A morte
do vaqueiro – Luiz Gonzaga).

REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2005.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2010.

MAGANO, Otávio Bueno. **Manual de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1992.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Fundamentos da proteção ao trabalhador rural. In: _____. **Direito do Trabalho Rural**. São Paulo: LTr, 2005.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

VIANA, Márcio Túlio. **O trabalhador rural**. In: _____. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2003. v. 1.

ROTINAS DE SECRETARIAS DE VARAS DO TRABALHO

José Francisco Benigno Martins*

RESUMO

O presente trabalho demonstra a evolução nos últimos seis anos no Fórum Jesus Fernandes Oliveira em Teresina – PI, mencionando as generalidades e especificidades em termos de rotinas de secretaria de varas, com enfoque na primeira vara do trabalho de Teresina-PI, inclusive com apêndices.

Palavras-chave: Vara do Trabalho. Procedimentos. Sistema de Ilhas. Despachos Padrão.

1 INTRODUÇÃO

O presente escrito versa sobre as rotinas em secretarias de varas do trabalho, com enfoque especial na fase de execução, partindo da generalidade para os casos específicos, abrangendo o lapso temporal dos últimos seis anos no Fórum Jesus Fernandes Oliveira, em Teresina - Piauí, bem assim, na secretaria da primeira vara do trabalho desta capital.

Segundo a máxima de São Francisco de Assis, as palavras podem até convencer, mas é o exemplo que arrebatam multidões. A exposição das presentes idéias tem como fundamento tal idéia.

*Graduado em Direito pela Universidade Federal do Piauí (UFPI) e especializações pelas Universidades Federais do Piauí (UFPI) e Santa Catarina (UFSC), analista judiciário do quadro permanente do Egrégio TRT 22ª Região (Piauí) com lotação na 1ª Vara do Trabalho de Teresina/PI, e-mail: benigno@trt22.jus.br.

2 GENERALIDADES EVOLUTIVAS

Podemos apontar a implantação do **Diário da Justiça do Trabalho** em versão impressa e logo após via internet, em substituição às comunicações maciças via correios (ECT). Economizaram-se recursos e tornaram-se bastantes ágeis as comunicações na seara do processo do trabalho tanto na fase de conhecimento como na execução, além da segurança da comunicação.

Em termos de programas operacionais, surgiu o amazônico **sistema APT (acompanhamento de processos trabalhistas)**, provindo do TRT do Estado do Pará (8ª Região) em substituição ao SAP (sistema de acompanhamento processual), que permitiu a confecção integrada dos expedientes e de quase todos os atos processuais, excetuando sentenças, atas de audiência e cálculo, por questões operacionais, em virtude de sistemas paralelos como o AUDI, GEDOC, dentre outros.

Foram criadas as seguintes **CENTRAIS**:

Surge a **CENTRAL** dos processos no **PROTOCOLO**, na qual os processos já sobem para a secretaria autuados, numerados e notificados, e, que atualmente, já são recebidos de carga juntamente com as petições, evitando-se que petição e processo se apartassem no ato da devolução pelo advogado.

Posteriormente, a **CENTRAL** dos processos na **EXECUÇÃO DE MANDADOS**, na qual os processos são distribuídos por zonas para cada oficial de justiça, evitando racionalidade na distribuição dos mandados e economia de recursos e pessoal.

Quase que em concomitância, a **CENTRAL** dos processos na fase **LEILÃO**, na qual os processos já são preparados para alienação

por leiloeiro público e só retornam para as Varas depois de totalmente solucionados com o mero repasse dos recursos para os credores.

Fato, em generalidade, que merece realce é a remessa dos **precatórios** das varas para o tribunal nos próprios autos da reclamação trabalhistas, vez que antes subiam em autos apartados com cópias das principais peças.

Não menos importante foi o escaneamento e vinculação ao APT da inicial, procurações, defesa, recursos e incidentes, permitindo um acompanhamento mais real dos processos pelas partes e procuradores;

Levada a efeito a divulgação do sistema do de peticionamento via EDOC e de forma eletrônica, inclusive com solenidade de lançamento de cartilha no Fórum Jesus Fernandes da cartilha do peticionamento eletrônico, elaborada pelo serviço de informática do TRT 22ª Região, com a participação da OAB, Associação dos Advogados Trabalhistas do Piauí, e da mídia local.

Foram empreendidas reuniões sobre o processo virtual na sua íntegra, tendo como principal modelo exemplar na região Nordeste o TRT 13ª Região (Paraíba) que virtualizou todos os autos de processos das varas do trabalho da capital, João Pessoa.

3 ESPECIFICADES EVOLUTIVAS

Na secretaria da vara do trabalho, a equipe de trabalho **adotou o sistema de ilhas**, que consiste na divisão interna de trabalhos em que permitiu a cada servidor o conhecimento global do processo.

Tal sistema foi aprimorado com a criação da **minicentral de**

execução, responsável única e exclusiva pelos serviços *online*, entendendo-se como tais o BACEN, RENAJUD e INFOJUD.

A comunicação, outrossim, entre todos os setores melhorou com a racionalização das atividades.

A racionalização das atividades da Vara se caracterizou pelo realce dos atos ordinatórios, o diálogo com os MM Juizes nas feituas de minutas de despachos padrão, como os dos modelos em apêndice, o escaneamento dos contratos sociais das empresas, bem assim, das informações cartorárias e da secretaria municipal de finanças.

Esclareça-se a importância dos dados das secretarias municipais de finanças pelo fato de muitos devedores não providenciar o registro imobiliário de suas propriedades, entretanto a entidade municipal dispõe de ditos cadastros, pois a mesma é cobradora eficiente do Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU). Ilustram com exemplos de devedores que têm imóveis em suntuosas sedes, mas que não são registradas nos cartórios imobiliários, mas que não passam despercebidos pelo fisco municipal. Ainda, é certo de que a penhora só se finaliza com o registro imobiliário, mas que tal lacuna foi suprida pela nomeação de perito para fins de colher os padrões do imóvel para fins de registro, sendo que tal fato não é levado a cabo porque o devedor quase sempre para uma composição e quita o débito exequendo.

Não dúvidas de que a implantação do processo totalmente virtual no âmbito do TRT da 22ª Região trará melhoras significativas para o andamento processual, satisfação do jurisdicionado e qualidade de vida para o operador do direito, além do ganho ambiental com a economia de papel.

4 CONCLUSÃO

Podemos ver nos dados abaixo a evolução e os reflexos positivos na prestação jurisdicional, mormente na fase de execução:

FASE DE EXECUÇÃO (dados da 1ª VFT de Teresina – fonte APT)

Expedientes emitidos: 2008: 4155 ofícios. 3559 mandados. 9326 notificações 14502 despachos BACENJUD: Bloqueios: R\$ 9.488.155,55 Desbloqueios: 3.425.878,36 Transferências: R\$ 2.410.466,01.

Até setembro de 2009:

4382 ofícios, 2201 mandados, 6149 notificações, 9357 despachos, BACENJUD: Bloqueios: R\$ 10.923.221,59 Desbloqueios: 5.160.585,28 Transferências: R\$ 5.400.039,79.

Podemos concluir que: ampliou-se o número da expedição de ofícios em face da busca por informações cartorárias; reduziu-se o número de mandados, em face das citações postais das empresas e pessoas privadas; manteve-se o número de notificações em face dos despachos padrão; reduziu-se o número de despachos, em face do conteúdo complexo dos modelos; e, por fim, têm-se números absolutos e recordes de valores apreendidos via sistema do Judiciário com o Banco Central do Brasil.

Anexamos os apêndices à explanação para fins de melhor entendimento e crítica:

MODELOS DO DESPACHO PADRÃO (*CARIMBOS INFORMÁTICOS*).

Geral em pessoa física

Vistos etc.,

2 - Providências de BACEN-JUD nas contas e aplicações financeiras da parte executada, até o limite da execução.

3 - Restando infrutífera a medida, proceda-se a verificação, via sistema, acerca da existência de AUTOMÓVEIS cadastrados em nome da mesma junto ao RENAJUD.

4 - Se também restar infrutífera a medida determinada no item anterior, a Secretaria deverá providenciar a expedição de ofício aos INFOJUD, CARTÓRIOS DE REGISTRO DE IMÓVEIS E SECRETARIA MUNICIPAL DE FINANÇAS desta capital, solicitando informações acerca da existência de bens imóveis cadastrados em nome da parte executada.

6 - Após, com êxito na pesquisa BACENJUD, fica, desde já, convertido o referido valor em penhora. Neste caso, notifique-se a parte executada para fins de embargos à execução (Prazo de 5 dias – art. 884, da CLT). Com êxito as demais diligências, **EXPEÇA-SE O COMPETENTE MANDADO EXECUTIVO.**

7 - Sem êxito nas diligências possíveis acima, notifique-se a PARTE EXEQUENTE para indicar bens penhoráveis, em 30 dias, sob pena de arquivamento nos termos do art. 40, § 2º, da Lei nº 6830/1980. **EVENTUAL INTIMAÇÃO DO INSS, OBSERVAR O DISPOSTO NA Portaria MF 176/2010.**

8 - Sem manifestação da parte exequente, em arquivo provisório por 1 ano.

9 - Após o decurso do prazo do arquivo provisório, expeça-se certidão de crédito com a remessa dos autos ao arquivo geral, sem baixa na distribuição, alertando ao credor que em 15 anos os autos serão eliminados

após a remessa dos autos ao referido arquivo.

10- Ao final, proceda-se ao arquivamento sem baixa na distribuição no sistema APT, diante da Resolução Administrativa deste TRT sob o nº 77/2009 (publicado no DJTE nº 317/09, disponibilizado na internet em 07/12/2009) que disciplina, no âmbito do Tribunal Regional do Trabalho da 22ª Região, a expedição de Certidão de Crédito Trabalhista nas ações com execução suspensa há mais de um ano.

Geral pessoa jurídica e sócios

Vistos etc.,

2- Providências de **BACEN-JUD** nas contas correntes e aplicações financeiras da executada.

3- Restando infrutífera a medida, a Secretaria da Vara deverá adotar providências a partir da composição social, **ATRAVÉS DO SISTEMA INFOJUD**, a seguir numeradas.

4- Independentemente de novo despacho, deverá a Secretaria da Vara providenciar o **protocolo de bloqueio ON LINE, via BACEN-JUD**, nas contas correntes e aplicações financeiras dos sócios da executada, e, em seguida verificar, via sistema, se existem bens em nome da executada ou de seus sócios, cadastrados junto ao **RENAJUD**, de tudo certificando nos autos e procedendo, de imediato, o correspondente bloqueio. A tentativa de penhora ON LINE nas contas dos sócios, antes da ciência formal dos mesmos, é determinada como medida de cautela, porquanto, com a disseminação da informação de que o Poder Judiciário dispõe desse poderoso instrumento de rastreamento e apreensão de ativos financeiros, a citação poderia servir de alerta aos envolvidos em execuções, que certamente adotariam medidas com o objetivo de frustrar a apreensão. A citação do sócio, portanto, ficará postergada para um momento posterior.

5 - Restando infrutífero o bloqueio nas contas correntes e aplicações financeiras dos sócios e não havendo bens cadastrados junto ao RENAJUD em nome da executada ou de seus sócios deverá a Secretaria, tam-

bém independentemente de novo despacho, expedir ofício aos INFOJUD, CARTÓRIOS DE REGISTRO DE IMÓVEIS e SECRETARIA MUNICIPAL DE FINANÇAS desta capital, solicitando informações acerca da existência de bens imóveis cadastrados em nome da executada e de seus sócios.

6 - Após, com êxito na pesquisa BACENJUD, fica, desde já, convertido o referido valor em penhora. Neste caso, notifique-se a parte executada para fins de embargos à execução (Prazo de 5 dias – art. 884, da CLT). Com êxito as demais diligências, **EXPEÇA-SE O COMPETENTE MANDADO EXECUTIVO.**

7 - Sem êxito nas diligências possíveis acima, notifique-se a PARTE EXEQUENTE para indicar bens penhoráveis, em 30 dias, sob pena de arquivamento nos termos do art. 40, § 2º, da Lei nº 6830/1980. **EVENTUAL INTIMAÇÃO DO INSS, OBSERVAR O DISPOSTO NA Portaria MF 176/2010.**

8 - Sem manifestação da parte exequente, em arquivo provisório por 1 (um) ano.

9 - Após o decurso do prazo do arquivo provisório, expeça-se certidão de crédito com a remessa dos autos ao arquivo geral, sem baixa na distribuição, alertando ao credor que em 15 anos os autos serão eliminados após a remessa dos autos ao referido arquivo.

10- Ao final, proceda-se ao arquivamento sem baixa na distribuição no sistema APT, diante da Resolução Administrativa deste TRT sob o nº 77/2009 (publicado no DJTE nº 317/09, disponibilizado na internet em 07/12/2009), que disciplina, no âmbito do Tribunal Regional do Trabalho da 22ª Região, a expedição de Certidão de Crédito Trabalhista nas ações com execução suspensa há mais de um ano.

Geral previdência (recolhimentos pelas GPS com códigos 2909, com CNPJ, ou 1708, com PIS, e pelo reconhecimento do vínculo empregatício e pagamentos administrativos).

Vistos etc.,

2. Ao SCLJ para apurar as contribuições

previdenciárias incidentes sobre o acordo, considerando as súmulas 368, do TST, e Súmula Vinculante nº 8, do STF.

3. Se o valor encontrado for inferior ao limite estabelecido na Portaria nº 1.293, de 05 de julho de 2005, do Ministério de Estado da Previdência Social, qual seja, R\$120,00, dispensa-se a execução.

4. Ressalto que referida disposição normativa foi orientada pelo critério da razoabilidade. A execução é algo muito gravoso, pelos procedimentos que a envolvem. Não é razoável, portanto, que se inicie uma execução quando o valor arrecadado não se justifique, pois sequer cobrem os gastos com ela.

5. Se for superior, expeça-se a citação POSTAL, por AR, e neste caso, efetive-se o BACENJUD, reiterando se necessário, caso não haja pagamento nem parcelamento.

6. INFRUTÍFERO, expeçam-se ofícios ao REJANUD, Receita Federal (INFOJUD), Cartórios Imobiliários, Secretaria Municipal de Finanças de Teresina, na busca por bens penhoráveis.

7. Frutífero, fica convertido o referido valor em penhora. Neste caso, notifique-se a parte executada para fins de embargos à execução (Prazo de 5 dias).

8. Sem resultados positivos das diligências acima, notifique-se A PARTE EXEQUENTE para indicar bens penhoráveis, em 30 dias, sob pena de arquivamento nos termos do art. 40, § 2º, da Lei nº 6830/1980.

9. Sem manifestação da parte exequente, em arquivo provisório por 1 ano. Após o decurso do prazo do arquivo provisório, expeça-se certidão de crédito com a remessa dos autos ao arquivo geral, sem baixa na distribuição, alertando ao credor que em 15 anos os autos serão eliminados após a remessa dos autos ao referido arquivo.

Vistos etc.,

Caso haja a opção pelo parcelamento, em 48 horas, contadas da intimação do mandado ou da formalização do acordo, a parte reclamada deverá comparecer em secretaria para firmar termo de compromisso com a

finalidade de comparecer juntamente com a parte reclamante a posto de atendimento do INSS, com finalidade da formalização previdenciária decorrente do reconhecimento do vínculo empregatício, devendo as partes portar documentos de identificação original, inclusive CPTS E COMPROVANTE DE RESIDÊNCIA, podendo haver parcelamento administrativo das consecutivas contribuições previdenciárias em atraso correspondentes aos meses do vínculo, conforme sentenciado ou acordado.

Na oportunidade será concedido prazo razoável para que a reclamada comprove nos autos a regularização previdenciária da parte reclamante, bem assim, quitação ou parcelamento das contribuições previdenciárias, com estipulação de multa de R\$100,00 por dia de atraso, até o limite de R\$1.000,00, em favor de fundo próprio desta 1ª VFT conforme Portaria 3/2010, publicada no DJTE na data de 30/08/2010 e disponibilizado em 27/08/2010 (Resolução Administrativa do TRT 22ª Região nº 114/2007, publicada no DJE de 04/12/2007).

PRINCÍPIO PROTETOR E FLEXIBILIZAÇÃO DE DIREITOS

Maria José Marques Benigno Martins*

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo analisar o Princípio Protetor e Flexibilização de Direitos no sentido de evidenciar que no processo de construção das regras jurídicas dos diplomas legais no Brasil continuam sendo inspirados no princípio da proteção ou da tutela, conforme se verifica no *caput* do art. 7º da Constituição Federal de 1988, nos arts. 444 e 620 da CLT. Entretanto, atualmente, o princípio da proteção vem sofrendo recortes pela própria lei, com vista a não onerar demais o empregador e impedir o progresso no campo das conquistas sociais. Para a realização deste artigo foi utilizado o método bibliográfico com base na doutrina dos autores como: Delgado (2008), Barros (2009), Rocha (2006), Brito Filho (2004), Caminha (2003) dentre outros. Assim, com base no estudo destes doutrinadores surge o fenômeno da “flexibilização” de direitos se contrapondo, principalmente, à rigidez das normas trabalhistas, tendo o intuito de amenizar as altas taxas de desempregos. O grande desafio que se enfrenta é determinar o ponto de equilíbrio entre uma flexibilização sensível às preocupações legítimas das empresas e uma legislação que impeça um retrocesso ao antigo arrendamento de serviços, norteado pela autonomia da vontade, que foge completamente dos ideais de justiça social. Portanto, vale ressaltar que o princípio da proteção continua auxiliando o intérprete no processo de integração da legislação trabalhista.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Flexibilização de Direitos. Princípio protetor.

*Graduada em Direito pela Universidade Estadual do Piauí – UESPI e em Ciências Sociais – Sociologia pela Universidade Federal do Piauí (UFPI), Especialista em Direito e Processo do Trabalho pelo Centro de Ensino Unificado de Teresina – CEUT. Funcionária Pública da SEDUC – PI. e-mail: maze-marques@hotmail.com

1 INTRODUÇÃO

Cumprе ressaltar, inicialmente, sobre os direitos fundamentais que são assegurados constitucionalmente, bem como um breve levantamento histórico acerca do surgimento dos direitos fundamentais e da pessoa do trabalhador.

É relevante destacar que todo sistema jurídico atribui às pessoas um amplo e variado repertório de direitos, sendo que dentro desse repertório de direitos estão incluídos aqueles que são considerados fundamentais. Assim, podem-se definir direitos fundamentais, como os que, em dado momento histórico, fundados no reconhecimento da dignidade da pessoa humana, assegura a cada homem as garantias de liberdade, igualdade, solidariedade, cidadania e justiça.

Dessa forma, a doutrina dos direitos humanos fundamentais tem origem na idéia de que o Direito é algo que o ser humano recebe e descobre. Nessa linha, defende-se a existência de um direito justo, sábio, que é dado aos homens. Ainda dentro desta concepção, podem ser verificadas três vertentes: a de que as normas jurídicas são atribuídas por uma divindade; a de que o direito se manifesta pelos costumes, como longas práticas do povo; e a identificação do direito pelos “sábios”, ou seja, revelado pela sabedoria.

Nesse sentido é possível distinguir-se três “gerações” ou “dimensões” de direitos humanos fundamentais, conforme teoria lançada por Vazak citado por Caminha (2003, p. 93), “em Conferência proferida no Instituto Internacional de Direitos Humanos no ano de 1979”. A primeira dimensão corresponde a uma conscientização do século XVIII, incorporando idéias relativas aos chamados direitos subjetivos naturais. Assim, nas Declarações de Direitos do século XVIII, ganham destaque os direitos de “liberdade”, no sentido de que o Estado deve se abster de interferir na

conduta dos indivíduos, reconhecendo-se os direitos civis e políticos. Destarte, tem-se a consagração dos direitos individuais, civis e políticos.

A segunda dimensão corresponde aos direitos sociais, envolvendo uma prestação positiva do Estado, como o direito ao trabalho, à educação, à saúde, trabalhistas e previdenciários, enfatizados no início do século XX. O objetivo, no caso, é corrigir as desigualdades sociais e econômicas, procurando solucionar os graves problemas da chamada “questão social”, surgida com a Revolução Industrial. Nesse sentido, pode-se observar a consagração de direitos econômicos, sociais e culturais, vistos como inerentes ao Estado Social, objetivando a “igualdade”, sob o enfoque material; decorrem da dignidade humana e geram a pessoa poderes de exigir prestações positivas concretas do sujeito passivo, no caso, a sociedade representada pelo Estado.

A terceira dimensão refere-se aos direitos de solidariedade, pertinentes ao desenvolvimento, ao patrimônio comum da humanidade, à autodeterminação dos povos, à paz, à comunicação e à preservação do meio ambiente. É importante destacar que há autores que já fazem menção a uma quarta dimensão, referente aos direitos ligados à biogenética e ao patrimônio genético, ou à participação democrática, à informação e ao pluralismo.

É possível invocar como possíveis fundamentos dos direitos humanos, o Direito Natural, nas suas diferentes versões; os valores comuns individuais e universais, essenciais para a humanidade e a própria dignidade da pessoa humana, prevista no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988.

Nesse corolário, é importante trazer algumas reflexões a respeito da dignidade da pessoa humana, visto ser de extrema importância para se ter um mínimo de direitos, conforme Caminha (2003, p. 87):

A dignidade é a qualidade de quem é digno; nobreza, respeitabilidade; cargo ou título de alta graduação; respeito que merece alguém ou alguma coisa; honra, decência, brio. Na Constituição Federal de 1988, arts. 1º, inciso IV; 170 e 193, a palavra dignidade refere-se à pessoa humana e é empregada no sentido de respeito que o ser humano merece, respeito à sua honra, decência e ao seu brio. (grifo nosso).

De acordo com o pensamento de Comparato (1999), para quem o valor do direito decorre daquele que o criou, o homem. Assim, para o autor, o fundamento dos Direitos do Homem não pode ser outro que não o próprio homem, “considerado em sua dignidade substancial de pessoa”. Portanto, é o fato de ser o homem dotado de dignidade, ou seja, “um ser cujo valor ético é superior a todos os demais do mundo”, que impõe para si um mínimo de direitos. Natural, então, que a dignidade seja considerada o fundamento base.

Sarlet citado por Brito Filho (2004, p. 49) define dignidade como sendo “a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade”, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Para Kant citado por Caminha (2003, p. 89), o que caracteriza o ser humano, e o faz dotado de dignidade especial, é que ele nunca pode ser meio para os outros, mas fim em si mesmo e, por esta razão, tem valor absoluto, não podendo ser usado como instrumento para algo. É exatamente por isso que o homem tem dignidade, por que ele é pessoa.

É importante observar que a dignidade do ser humano tem sido reconhecida pelos principais textos, nacionais e internacionais, como base da vida em sociedade e dos Direitos Humanos, conforme pode ser verificado no artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em que “todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade”. E o que se buscou enfatizar foi o fato de o Estado ter como um de seus objetivos proporcionar todos os meios para que as pessoas possam ser dignas. Assim, a consagração, a garantia, a promoção e o respeito efetivos dos direitos fundamentais constituem o mínimo ético que deve ser acatado por toda a sociedade e todo direito que desejem se apresentar como uma sociedade e um direito justos. No campo das relações de trabalho a violação mais grave da dignidade da pessoa consiste na prática do trabalho escravo, ou trabalho forçado.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS TRABALHADORES

2.1 Limitação ao poder do empregador

Vale ressaltar que os direitos fundamentais se aplicam aos trabalhadores considerados em uma dupla dimensão, seja como cidadãos ou como sujeitos de uma relação de trabalho subordinado. É certo que o objeto do contrato de trabalho não é a pessoa do trabalhador, mas sua atividade, sendo que não se pode separar o trabalho da pessoa daquele que o presta. Assim, na execução do contrato de trabalho, o empregado reúne a dupla qualidade de titular de direitos fundamentais que lhe assistem como cidadão e de titular de direitos fundamentais aplicáveis estritamente no âmbito da relação de emprego.

Em suas relações com o empregador, o trabalhador tem direitos que lhe assistem como pessoa. O empregado conserva sua

qualidade de “homem livre”, em tempo e local de trabalho, embora submetido ao poder de direção do empregador em virtude do vínculo de subordinação. A relação de emprego não o priva de seus direitos e liberdades. É importante observar que os direitos fundamentais se aplicam não somente aos trabalhadores subordinados (empregados sujeitos de um contrato de emprego), mas também aos trabalhadores autônomos, aos parassubordinados, enfim, a todos aqueles que exercem uma atividade remunerada por conta de outrem ou de quem dependem do ponto de vista econômico.

Ato contínuo, ao exercer sua atividade na empresa, o trabalhador pode exigir que sejam respeitados seus direitos pessoais (à imagem, à intimidade, à liberdade de expressão, à liberdade de reunião, à comunicação e à informação, etc.), sendo que esses direitos, correspondem ao conseqüente dever do empregador de respeitá-los. A penetração dos direitos fundamentais na economia interna do contrato de trabalho decorre, portanto, da necessidade de garantir a autonomia de pessoas submetidas a um poder privado e visa a assegurar um mínimo de igualdade na dignidade, preocupação constante e visível nas situações concretas nas quais se acham envolvidos os mais fracos, eis as finalidades comuns aos direitos fundamentais e ao direito do trabalho. O dever que tem o empregador de dispensar tratamento digno ao empregado está na raiz da obrigação de respeitar os direitos fundamentais do obreiro, tendo em vista que esta obrigação tem por conteúdo o respeito aos direitos inerentes à dignidade da pessoa, que se relacionam com os direitos fundamentais, considerados de maneira genérica.

Neste corolário, pode-se afirmar que o direito do trabalho persegue a obtenção de uma igualdade mínima em proveito dos trabalhadores, por meio da intervenção do legislador e do apoio à atividade sindical, com o intuito de contrabalançar os poderes, em ambos

os lados. Esta busca de igualdade se expressa mediante o esforço de obter igualdade em dignidade, que se traduz no fundamento da ordem econômica, segundo a Constituição Federal de 1988: a valorização do trabalho humano, que pressupõe o respeito aos direitos fundamentais dos trabalhadores (direito a um emprego, liberdade sindical, direito de greve, direito de participação, direito à saúde e à segurança, ao repouso e ao lazer), além dos direitos que lhe são assegurados como pessoa.

3 PRINCÍPIO PROTETOR

Vale ressaltar que a palavra princípio reporta-se à idéia de “começo, início”, sendo a causa primária, a base, a razão maior de algo ou alguma coisa. Por extensão, significa, ainda, proposição fundamental que serve de base a uma ordem de conhecimentos. E é nessa acepção de proposição fundamental que ela foi incorporada por distintas formas de produção cultural dos seres humanos, inclusive o direito. Desse modo, princípio traduz, de maneira geral, a noção de proposições fundamentais que se formam na consciência das pessoas e grupos sociais, a partir de certa realidade, e que, após formadas, direcionam-se à compreensão, reprodução ou recriação dessa realidade.

Nesse sentido, princípios políticos, morais ou religiosos, por exemplo, importaria em proposições fundamentais, ideais, resultantes de determinado contexto político, cultural ou religioso, que se reportam à realidade como diretrizes de correspondentes condutas políticas, morais ou religiosas. Assim, os princípios seriam elementos componentes da visão de mundo essencial que caracteriza e grupos sociais, resultando de suas práticas cotidianas e sobre elas influenciando. Destarte, com relação à Ciência do Direito, os princípios conceituam-se como proposições fundamentais que informam a compreensão do fenômeno jurídico. São diretrizes centrais que se inferem de um sistema jurídico e que, depois de inferidas, a eles se reportam, informando-o.

Segundo Delgado (2008) afirma que, no Direito, os princípios cumprem funções diferenciadas, atuando até mesmo na fase de construção da regra de Direito – fase pré - jurídica ou política. Mas, será na fase jurídica típica, após consumada a elaboração da regra, que os princípios cumprirão sua atuação mais relevante. Na fase pré - jurídica, que é nitidamente política, voltada á construção das regras e institutos do Direito, os princípios despontam como proposições fundamentais que propiciam uma direção coerente na construção do Direito. São bases iluminadoras à elaboração de regras e institutos jurídicos. Assim, os princípios gerais do Direito e os específicos a determinado ramo normativo tendem a influir no processo de construção das regras jurídicas, orientando o legislador no desenvolvimento desse processo.

Ato contínuo, na fase propriamente jurídica, os princípios desempenham funções diferenciadas e combinadas, classificando-se segundo a função específica assumida. Desse modo, surgem, nesse caso, em um plano, **os princípios descritivos** (ou informativos) – na medida em que propiciam uma leitura reveladora das orientações essenciais da ordem jurídica analisada, atuando como instrumental de auxílio à interpretação jurídica; **os princípios normativos subsidiários** – na medida em que atuam como verdadeiras regras jurídicas em face de casos concretos não regidos por fonte normativa principal da ordem jurídica; **os princípios normativos concorrentes** – que atuam com natureza de norma jurídica, independentemente da necessidade de ocorrência da integração jurídica.

É importante ressaltar que ao tratarmos especificamente dos princípios do Direito do Trabalho, o autor Amauri Mascaro nascimento aborda-os sob a perspectiva do jusnaturalismo, do positivismo, da pessoa do trabalhador e seus direitos de personalidade, das leis trabalhistas das quais são inferidos, dos direitos constitucionais e da

doutrina ou dogmática jurídica. Afirma que não há unanimidade de respostas no questionamento entre positivismo e jusnaturalismo e que só concordam num ponto: os princípios existem e devem ser aplicados. O jusnaturalismo vê nos princípios realidades metajurídicas situadas fora do ordenamento do direito. O mundo dos princípios não é o jurídico e sim, o da ética.

Nesse corolário, se os princípios não integram a ordem jurídica, só podem estar fora dela, isto é, no mundo das regras morais e dos valores que informam o comportamento geral das pessoas na sociedade. Princípios jurídicos e normas de comportamento moral seriam duas esferas diferentes. Mas, essa concepção não consegue superar a dificuldade existente nas relações entre ética e direito, em que ao expulsar os princípios para fora da ordem jurídica, projeta-os, inevitavelmente, além do campo do direito, caso em que os princípios não seriam jurídicos.

Dessa forma, para o jusnaturalismo, os princípios são regras jurídicas de direito natural, e nesse âmbito é que se encontra a sua fonte de produção e de existência. Portanto, falar em princípios, assim, é o mesmo que se referir às idéias fundantes do direito, encontradas acima do direito positivo, mas como parte integrante do direito concebido como uma unidade que comporta não só as leis positivadas pelo homem, mas aquelas que provêm de outras fontes mais profundas, como o direito natural.

Já o positivismo sustenta que os princípios estão no ordenamento jurídico como realidades encontradas no seu interior. Para o positivismo, os princípios não estão fora do ordenamento jurídico positivo, estão nas leis, identificando-se com estas, servindo de molduras, de formas para os princípios. Há princípios reproduzidos pelas leis e há outros indutivamente extraídos das leis como constantes ou normas gerais do direito.

Cumprir observar que no Direito do Trabalho há uma divisão dos princípios em duas categorias que são: os princípios gerais do direito do trabalho – que são comuns ao direito individual e ao coletivo, e podem ser representados pelos princípios da progressão social ou da justiça social, da proteção (conhecido também como princípio tutelar ou tuitivo ou protetivo), da equidade e o da autodeterminação coletiva; e, os princípios de realização ou de concretização do direito do trabalho – representados pelos princípios do *in dubio pro operário*, da regra da aplicação da norma mais favorável, regra da condição mais benéfica, da irrenunciabilidade dos direitos, da continuidade da relação de emprego, da primazia da realidade, da irretroatividade das nulidades trabalhistas, da boa-fé, da substituição automática, da razoabilidade, da irredutibilidade salarial e o da igualdade salarial. Sendo que estes são subprincípios ou desdobramentos daqueles.

É importante ressaltar que parte importante da doutrina aponta o princípio protetor como o cardeal do Direito do Trabalho, por influir em toda a estrutura e características próprias desse ramo jurídico especializado. Nascimento (2006) afirma que a contribuição doutrinária tem na obra do grande jurista uruguaio Américo Plá Rodríguez a sua mais ampla, conceituada e valiosa formulação. Assim, considera que no direito do trabalho há um princípio maior e coerente com as suas finalidades, o princípio protetor do trabalhador, por ser um direito destinado, desde as suas origens, à função de tutela do trabalhador, como sendo uma forma de compensar a inferioridade em que se encontra no contrato de trabalho, pela sua posição de dependência ao empregador, com uma tutela jurídica que lhe deve ser dispensada, no sentido de promover o equilíbrio que falta na relação jurídica diante do desnivelamento entre os seus dois sujeitos, em detrimento do trabalhador e favorecendo o patrão.

O princípio protetor, para Plá Rodríguez citado por Lima (2007), subdivide-se em três outros, que são o *in dubio pro operário*

– significando que na dúvida deve-se pender para o operário, “a prevalência da norma mais favorável ao trabalhador e a preservação da condição mais benéfica para o trabalhador”.

O princípio *in dubio pro operário*, trata-se de transposição adaptada ao ramo justralhista do princípio jurídico penal *in dubio pro réo*. Como o empregador é que se constitui em devedor na relação de emprego (e réu na relação processual trabalhista), adaptou-se o princípio à diretriz *in dubio pro misero* (ou *pro operário*). Vale ressaltar que se trata de um princípio de interpretação, em que diante de um texto jurídico que possa oferecer dúvidas acerca de seu verdadeiro sentido e alcance, o intérprete deverá escolher, dentre as hipóteses interpretativas viáveis, a mais benéfica para o trabalhador. Mas, é importante observar que só se deve decidir em favor do trabalhador quando houver fundada dúvida a respeito do alcance da lei e não para suprir deficiência da prova, cujo ônus lhe competia, tampouco quando implicar sacrifício do interesse público em função do interesse particular (LIMA, 2007, p. 82).

A prevalência da norma mais favorável ao trabalhador é princípio de hierarquia para solucionar o problema da aplicação das normas jurídicas trabalhistas, quando dois ou mais operantes no caso concreto dispuserem sobre a mesma matéria, caso em que será precedente a que favorecer o trabalhador. Sendo que, como princípio de interpretação do direito, permite a escolha da interpretação mais favorável ao trabalhador, caso antepostas ao intérprete duas ou mais consistentes alternativas de interpretação em face de uma regra jurídica enfocada. Portanto, informa esse princípio que, no processo de aplicação e interpretação do direito, o operador jurídico, situado perante um quadro de conflito de regras ou de interpretações consistentes a seu respeito, deverá escolher aquela mais favorável ao trabalhador, a que melhor realize o sentido teleológico essencial do direito do trabalho.

O princípio da condição mais benéfica tem a função de resolver o problema da aplicação da norma jurídica trabalhista no tempo, quando a norma cronologicamente posterior modificar ou suprimir um direito previsto pela norma anterior revogada, caso em que, para resguardar os direitos do trabalhador diante das transformações prejudiciais que podem afetá-lo, deve enunciar-se à preservação da condição de trabalho que mais o beneficiar, como forma de seu direito adquirido. Neste sentido, este princípio importa na garantia de preservação, ao longo do contrato, da cláusula contratual mais vantajosa ao trabalhador, que se reveste do caráter de direito adquirido (art. 5º, XXXVI, CF/88). Ademais, para o princípio, no contraponto entre dispositivos contratuais concorrentes, há que prevalecer aquele mais favorável ao empregado.

Diante do exposto, cumpre ressaltar que os diplomas legais no Brasil continuam sendo inspirados no princípio da proteção ou da tutela, conforme se verifica no *caput* do art. 7º da Constituição Federal de 1988, o qual, ao arrolar os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, prevê “outros que visem à melhoria de sua condição social”. Isso demonstra, conforme Barros (2009), uma técnica legislativa direcionada ao princípio da proteção. Destarte, outra manifestação do princípio da proteção encontra-se nos arts. 444 e 620 da CLT. Sendo que, o primeiro, faculta às partes estipular as condições contratuais, desde que não contravenham às disposições de proteção ao trabalho, às convenções coletivas que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes. Já o art. 620 preceitua que as condições estabelecidas em convenções coletivas, quando mais favoráveis, prevalecerão sobre as estipuladas em acordos, desde que não contrariem o interesse geral da coletividade.

Contudo, atualmente, o princípio da proteção vem sofrendo recortes pela própria lei, com vista a não onerar demais o empregador

e impedir o progresso no campo das conquistas sociais. Pode-se considerar, também, como uma consequência do fenômeno da chamada flexibilização “normatizada”, em que dentro desse espírito, a própria Constituição, no art. 7º, XI, assegura ao trabalhador participação nos lucros ou resultados, mas desvincula-a da remuneração, retirando-lhe a feição retributiva. Com isso, a participação nos lucros não se incorporará ao cálculo de outros institutos jurídicos trabalhistas. O grande desafio que se enfrenta é determinar o ponto de equilíbrio entre uma flexibilização sensível às preocupações legítimas das empresas e uma legislação que impeça um retrocesso ao antigo arrendamento de serviços, norteados pela autonomia da vontade, que foge completamente dos ideais de justiça social. Entretanto, vale ressaltar que o princípio da proteção continua auxiliando o intérprete no processo de integração da legislação trabalhista.

4 FLEXIBILIZAÇÃO DE DIREITOS

Cumprido salientar que o Direito do Trabalho foi construído em torno do emprego típico, hoje assim chamado para diferenciar das relações de trabalho atípicas, tendo como características principais, a de ser um trabalho assalariado, por conta de outrem, com um vínculo contratual firme, cercado de formalidades como anotações, comunicações, mediante um contrato de trabalho de duração indeterminada, sujeito freqüentemente às cláusulas de uma convenção coletiva ou uma sentença normativa, em que se trata de um emprego estável que eventualmente enseja uma carreira, garantindo aumentos progressivos de salários em função de promoções, durante uma jornada completa e que proporciona o suficiente para a renda familiar, em que depende de um só empregador, exercido em local de trabalho específico, quase sempre o estabelecimento do empregado, e é individualmente afetado, ou seja, cada trabalhador tem seu próprio emprego.

A crise econômica ocorrida na Europa em 1973 e agravada em 1979, com a elevação dos preços do petróleo provocaram o surgimento de novas formas de contratação, geradoras de relações de trabalho atípicas, sendo que o contrato por tempo determinado deixou de ser exceção, admitindo-se várias formas de contrato a prazo, aposentadorias antecipadas, contratos de substituição, emprego partilhado, várias formas de teletrabalho, ou trabalho a distância, entre outros. Assim, com o aprofundamento da crise econômica, passou-se a falar do trabalhador que tem um emprego fixo como de um privilegiado. A realidade mostra que há, de fato, três setores no mercado de trabalho, sendo que um é o setor primário hiperprotegido, o outro é o setor secundário precário, porém legalizado e o outro é uns setores desprotegidos, que atua em uma zona de não-direito.

Dessa forma, progressivamente, cresce o setor informal, em que imensos contingentes de trabalhadores totalmente desamparados aumentam dia a dia. São trabalhadores autônomos, vendedores ambulantes, guardadores de automóveis, camelôs, cambistas, biscateiros, fazedores de bicos, etc., que lutam arduamente para ganhar o pão de cada dia, pensando somente no dia de hoje sem perspectiva do amanhã, pois, esses trabalhadores enquadrados no setor informal não gozam de benefícios trabalhistas, como férias, repousos semanais, adicionais por atividades insalubres, horário extra, trabalho noturno, etc. Sendo que não podem reivindicar nada em caso de cessação da relação empregatícia. Não tendo, portanto, acesso às prestações previdenciárias nem à justiça, permanecendo à margem do direito do trabalho, exatamente, por se subtraírem à disciplina legislativa que pressupõe a formalidade do direito do trabalho.

Assim, essas mudanças desencadearam a discussão em torno da flexibilização do emprego, cujos significados variam conforme o sistema legal que adote e o grau de desenvolvimento dos países. Destarte,

alguns sustentavam que a predominância de normas impeditivas nos institutos jurídicos era o fato gerador da crise das empresas, uma vez que lhes retirava as possibilidades de adaptarem-se a um mercado turbulento, impedindo, com isso, a competitividade entre as economias dos países e o aproveitamento das oportunidades de inovação tecnológica. Outros, ao contrário, atribuíam a culpa pela crise econômica à estrutura orgânica e aos métodos de gestão e viam a rigidez das instituições mais como um resultado da crise do que como sua origem.

Vale ressaltar conforme Rocha (2006), através da obra *Flexibilização e Desemprego*, que demonstra contrariedade com esta flexibilização ou desregulamentação das leis trabalhistas, que tais direitos são garantias constitucionais previstas, principalmente, no art. 7º da Constituição Federal de 1988, e que, portanto, são direitos mínimos assegurados aos trabalhadores.

Diante do exposto, de acordo com Barros (2009), a flexibilização no campo do trabalho, historicamente, tem sido uma reivindicação empresarial, identificável com uma explícita solicitação de menos custos sociais e maior governabilidade do fator trabalho. Sendo que para a realização dessa reivindicação, reclama-se uma flexibilização normativa, que poderá ser atingida sob o prisma legal, regulamentar e convencional, mas assegurando-se garantias mínimas ao empregado.

5 CONCLUSÃO

A história revela que desde o surgimento do homem na Terra o trabalho está presente na sua vida. Primeiro, no período considerado pré-histórico, o homem teve que trabalhar para obter seus alimentos, já que não tinham outras necessidades; depois, para que pudesse se defender dos animais ferozes e de outros homens passou a trabalhar na fabricação de instrumentos de defesa. O valor do trabalho para o ho-

mem, nessas fases da história da humanidade, equivale ao valor mesmo da própria vida, pois executava aquelas atividades precárias para obter os meios de subsistência. Assim, pode-se perceber após o exame de todas as fases históricas da vida humana o trabalho continua sendo uma condição para a existência humana. Sendo que, no início, era uma condição para sobrevivência, mas, com o passar dos tempos, até hoje, tornou-se uma necessidade para uma existência sem sofrimentos. Neste sentido, atualmente, nada é tão diferente, apenas, o cenário é outro, ou seja, o trabalho continua sendo um bem essencial para a existência humana, haja vista que o homem que não tem acesso a um trabalho livre e remunerado vai definhando até a morte, seja de tristeza, por não poder se sustentar nem dar alimento à sua prole; seja de vergonha que sente por não poder ter acesso aos bens da vida do mesmo modo que a maioria dos seus semelhantes, ou porque perde o brilho e a honra.

Cumprе ressaltar que na atual definição que deve ser emprestada ao trabalho, em que há a violação da dignidade da pessoa humana, deve forçosamente ser reconhecido que não é mais somente a liberdade o fundamento maior que é violado, como ocorria anteriormente, mas sim, a desconsideração da própria condição humana do trabalhador.

Após todos os esforços na busca de desvendar os fatos que nortearam toda a história do homem, no sentido de conseguir mudar a realidade presente, tem-se a consagração constitucional da dignidade da pessoa humana, em que resulta na obrigação do Estado garantir à pessoa humana um patamar mínimo de recursos, capaz de prover-lhe a subsistência e, sendo o caso, também para o sustento da família, dando-lhe trabalho em condições dignas, já que é direito fundamental.

Assim, o direito ao trabalho pressupõe não apenas a liberdade de escolher um ofício ou profissão e poder exercê-la sem interferências de outrem, mas, sobretudo, que a atividade estatal seja destinada para

facilitar ao máximo o alcance de um trabalho, a imposição estatal de regras que obriguem retribuição pelo trabalho, suficiente para proporcionar uma existência com dignidade do trabalhador e de seus dependentes, o direito à proteção no caso de desemprego involuntário, bem como a imposição de regras que assegurem a saúde, a honra, a liberdade e a integridade física e intelectual do trabalhador.

Na busca de elevar os níveis existenciais das classes trabalhadoras, os direitos fundamentais aplicados às relações de trabalho desempenham relevante papel, pois, os direitos humanos fundamentais do trabalhador integram o patrimônio jurídico da humanidade, expressão que identifica claramente o conjunto de direitos humanos que constituem a ordem pública internacional. O direito do trabalho busca incorporar as exigências de justiça e de valores éticos, sob a égide do respeito da dignidade da pessoa, para conferir suporte axiológico a qualquer sistema jurídico civilizado. E a tendência revelada pelo direito brasileiro não se aparta destas noções, haja vista aplicadas à regulação das relações de trabalho no Brasil, as idéias aqui esboçadas que indicam o rumo a ser seguido pelo Direito do Trabalho, que se orientará pela valorização cada vez mais acentuada do trabalho, conforme se verifica nos art. 1º, inciso IV, e 170, da Constituição Federal de 1988.

A valorização do trabalho respeitará um patamar mínimo de direitos do trabalhador que são os seguintes: igualdade no trabalho; trabalho com condições justas, incluindo a remuneração, e que preservem a sua saúde e segurança; proibição do trabalho infantil; liberdade sindical; e proteção contra os riscos sociais. Vale ressaltar que no plano prático, a orientação geral do direito regulador das relações de trabalho implica no reconhecimento da dupla função assinalada aos direitos fundamentais dos trabalhadores, ensejando limites ao exercício dos poderes do empregador e limites opostos à negociação coletiva flexibilizadora das condições de trabalho.

Os direitos fundamentais são irrenunciáveis e, quando se cuida de flexibilizar as condições de trabalho, a negociação coletiva encontra limite em um “núcleo duro” que impede o desrespeito à dignidade da pessoa do trabalhador. Portanto, é importante que haja a coexistência pacífica do poder público e do mercado, sem a ditadura de um sobre o outro, sendo que graças aos direitos humanos fundamentais a ao Estado social, é necessário agregar a lógica do interesse público, na qual se inserem os direitos fundamentais dos trabalhadores embasados na dignidade da pessoa.

REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do trabalho**. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2009.

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. **Trabalho descente: análise jurídica da exploração, trabalho forçado e outras formas de trabalho indigno**. São Paulo: LTr, 2004.

CAMINHA, Marco Aurélio Lustosa. **O Estado, as relações de trabalho e o papel do Ministério Público do Trabalho**. Curitiba: Gênese, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2008.

GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Método, 2007.

LIMA, Francisco Meton Marques de. **Elementos de Direito do Trabalho e Processo Trabalhista**. 12. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2007.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 32. ed. São Paulo: LTr, 2006.

ROCHA, Paulo Santos. **Flexibilização e Desemprego**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ROMITA, Arion Sayão. **Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho**. 2. ed. rev. e aum. São Paulo: LTr, 2007.

A FRATERNIDADE COMO PRINCÍPIO: NOVO PARADIGMA NA SOLUÇÃO DAS RELAÇÕES JURÍDICAS

José Rosa de Almeida*

RESUMO

O presente trabalho aborda sobre a Fraternidade como paradigma na solução das relações jurídicas. Faz-se um levantamento histórico da origem do verbete desde sua gênese, no cristianismo, seu cunho filosófico, com acepções mais voltadas à solidariedade humana. Mostra-se seu reconhecimento por várias Cartas de Direitos, para citar: Declaração Virgínia de 1776. Evidencia-se, também, sua passagem pelo Movimento Revolucionário Francês, no qual é alçada à categoria de Princípio norteador daquela revolução, mais, especificamente, com a decretação da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1848. Portanto, essa relação com as cartas de direitos – o Constitucionalismo Moderno consolida a Fraternidade como norma geral. Nos tempos contemporâneos a Fraternidade tem estreita relação com a declaração Universal dos Direitos Humanos; marcando presença, também, na Constituição Brasileira de 1988. Feito esse histórico, o qual a caracteriza como Princípio Geral; passa-se a reconhecê-la, não somente como Princípio Geral, mas também, como norma consolidada, pela sua presença de forma expressa nessas normas maiores; tanto de direito internacional, como na Declaração Universal dos Direitos Humanos, e, ainda, nas Cartas de Direitos, já mencionadas. Procura-se ainda relacioná-la aos princípios gerais de direito e ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Destarte, o escopo principal é demonstrar que a Fraternidade, entendida como norma, tem aplicabilidade prática nos diversos campos do direito; o que pode ser comprovado pela jurisprudência e Súmulas do STJ e STF. Este é o viés que se busca alcançar.

* Licenciado em Letras – Português, pela Universidade federal do Piauí, é estudante do 10º período do Curso de Direito da Faculdade São Gabriel – UNESC. E-mail: joserosa97@hotmail.com.

Palavras-chave: Constitucionalismo. Direito. Fraternidade. Solidariedade.

HISTÓRICO, EVOLUÇÃO E CONCLUSÕES SOBRE O TEMA ABORDADO

O verbete “fraternidade” tem origem bíblica, inicialmente, com o significado de membros de uma mesma família. Posteriormente, flui com o sentido de congregar pessoas que comungavam a mesma fé cristã. Mais adiante, a doutrina cristã elastece seu significado passando à acepção de irmãos, filhos de um mesmo pai, que é Deus. Entretanto, esse verbete evolui e chega à categoria de Princípio Integrativo e Norteador de várias relações entre pessoas, comunidades e porque não dizer, continentes. Não é supérfluo lembrar que foi na Revolução Francesa de 1789, “que é proclamada – entre muitos ‘motes’ a célere divisa ‘Liberdade, Igualdade, Fraternidade’”, assim afirma (BAGGIO, 2008, p. 7).

Ainda, segundo Baggio, (2008, p. 7): “Esse lema, porém não era oficial; viria a sê-lo somente na República Revolucionária de 1848”. Há de se ressaltar que é um momento de suma importância, visto que a “Revolução constituiu um ponto de referência histórico de grande relevância, porque, durante o seu andamento, pela primeira vez na Idade Moderna a ideia de fraternidade foi interpretada e praticada politicamente”, (BAGGIO, 2008, p. 7). É claro que a cultura cristã do Ocidente teve bastante influência sobre as suas várias facetas, como: irmãos por laços sanguíneos; fraternidade em Cristo; o simples fato de dar esmolas; o dever de hospitalidade; tudo isso “pressupõe a comunhão dos bens, chegando à complexa obra de solidariedade social – as quais nas Idades Média e Moderna, precedem os atuais sistemas de bem-estar social” (BAGGIO, 2008, p. 8).

É oportuno lembrar que na trilogia de 1789, a Fraternidade, em função de sua aproximação com os outros Princípios, adquiriu

uma dimensão política. Neste diapasão, é arrancada do âmbito das interpretações simplesmente cristãs ou de relações de consanguinidade e, é alçada, ao lado da Liberdade e Igualdade, à categoria de Princípio com novas ideias e perspectivas triunfantes, muito embora não conseguido se firmar como tal, em virtude de seu ofuscamento da seara pública, conforme, a seguir, menciona Baggio (2008, p. 8):

A trilogia introduz – ou, ao menos, insinua – um mundo novo; um *novum* que questiona inclusive o modo como o cristianismo entendeu até então a fraternidade; um *novum* que é anunciado e logo em seguida decai, pelo desaparecimento quase que imediato, da fraternidade da cena pública. Permanecem em primeiro plano a Liberdade e a Igualdade, geralmente mais antagonistas do que aliadas (antagonistas justamente por serem desprovidas da Fraternidade) –, que de algum modo estão integrados entre si no seio dos sistemas democráticos; mas que se tornam também, em alguns lugares, sínteses extremas de duas visões de mundo, de dois sistemas econômicos e políticos que disputarão o poder nos dois séculos seguintes.

Liberdade e Igualdade permaneceram no cenário revolucionário, tanto como força política, como, ideia força; sendo que a Fraternidade não logrou da mesma sorte, mantendo-se no silêncio, sem uma força motriz que a levasse adiante. Mas, por que a Fraternidade não logrou o mesmo êxito? Segundo se constata nesta pesquisa, o motivo principal que a levou ficar fora do cenário mundial por alguns tempos, foi exatamente a sua conotação religiosa, em função da origem que teve no cristianismo. Pois, as revoluções como um todo, com exceção da Revolução Americana, sempre se afastaram da religião, diga-se de passagem, da, cristã. Por que isso? Porque os revolucionários se contrapunham às ideias da chamada burguesia que, em muitos casos, tinha, de forma incondicional, apoio da Igreja, enquanto Instituição detentora de poder. Mesmo havendo a participa-

ção de muitos religiosos nos movimentos revolucionários; estes não conseguiam levar consigo, ou não deixavam transparecer, suas convicções cristãs. Por ser oportuno, menciona-se, a esse respeito, o que diz Tocqueville, *apud* Pezzimenti (2008, p. 59 - 63):

[...] dos três princípios que inspiraram a revolução, o mais prejudicado foi justamente a fraternidade, por ser o mais claramente ligado a motivações religiosas e impregnado delas.

[...] na França triunfou uma religião abstrata. Além disso, o suporte da religião cristã, não teve influência na revolução, como nos Estados Unidos. Em seu lugar, abriu-se lugar para a ideologia [...] Sem pressupostos religiosos, propósitos como liberdade, igualdade e fraternidade se transformam em meras abstrações.

Diante do exposto, não restam dúvidas quanto ao eclipse da fraternidade do cenário político por um tempo considerável. Entretanto, afirma-se que, aos poucos, ela retornou e desta feita, para se firmar como Princípio integrador e normatizador das relações jurídicas; visto ser um elemento que permeia as relações entre os outros princípios e estar presente, de forma expressa, em normas importantes no contexto mundial, como é o caso da Declaração Universal dos Direitos Humanos; expressamente presente no preâmbulo da Carta da República e de forma implícita (na Constituição), em diversos princípios, em especial no tocante à dignidade da pessoa humana. Como a história continua sendo construída a cada momento, por volta do bicentenário da revolução de 1789, novos ares surgem, não só na França, mas desta feita, no contexto mundial. Tanto em relação à trilogia no seu conjunto, quanto, especificamente, à Fraternidade.

Vários são os historiadores que ressaltam o papel importante da Fraternidade no contexto mundial, sua importância não só para a trilogia francesa, mas também para sua afirmação como Princípio que deve ser cultivado; não somente de forma localizada, mas no

próprio mundo globalizado, onde passa a uma categoria de “Fraternidade Universal”, como prega Chiara Lubich¹. Entre os grandes nomes a serem ressaltados estão: J. M. Roberts e G. Antoine, inclusive através de pesquisas estimuladas pela UNESCO, Órgão das nações Unidas. Roberts pontua a Fraternidade por volta de 1976, como uma prática da Maçonaria, o que não a afasta do contexto da trilogia francesa, numa revista de publicações maçônicas, com certa penetração no mundo acadêmico da época, seu trabalho “ocupava-se tanto da trilogia revolucionária em si, quanto da sua relação com a Maçonaria” (BAGGIO, 2008, p. 9).

Já Antoine, estabeleceu, através de sua pesquisa, senão “o que”, pelo menos o “onde” das palavras que viessem a interessar e oferecer uma base para a pesquisa semântica propriamente dita. Aliás, “Antoine, selecionou em quais palavras confiar. A pesquisa sobre Fraternidade foi integrada àquela sobre outros 2 (dois) termos, considerados variações da própria Fraternidade: solidariedade e participação” (BAGGIO, 2008, p.11). É oportuno lembrar que a ideia dessa discussão não é colocar sob desconfiança esses Princípios, mas, sobretudo “garantir a todos os cidadãos os direitos fundamentais, com base nos Princípios Universais e não no pertencimento a um grupo, a uma classe, a um lugar ou uma raça” (BAGGIO, 2008, p. 15).

É de bom alvitre lembrar que o escopo deste trabalho é entender as relações da Fraternidade com o direito; que surge no contexto do cristianismo, como ideia de solidariedade e chega à categoria de Princípio Integrativo e Norteador. Destarte, como fazer essa abordagem jurídica?

1 Lubich – Fundadora do *Movimento dei Focollari*, com sede na Itália, porém difundido em todo o mundo. Chiara Lubich tem centenas de obras escritas, entre livros e artigos e algumas dezenas de Doutorados *Honoris Causa*, nas diversas áreas das ciências humanas, um destes, inclusive, outorgado pela Faculdade de Economia da Universidade de São Paulo – USP.

Pela leitura feita, entende-se que a Fraternidade, como Princípio, não exclui a aplicabilidade do direito, basta se ver que ela – Fraternidade, ao lado dos outros Princípios: Liberdade e Igualdade e enquanto “um valor” vêm sendo proclamados por algumas Constituições Modernas e pós Modernas, incluindo-se aqui a Carta Cidadã de 1988. Neste aspecto, há de se aconselhar com Machado (2008, p. 2-3), conforme segue:

[...] para enfrentar um termo considerado por muitos e particularmente para os juristas em geral como extrajurídico ou meta jurídico, é mister que seja posta uma premissa, sem a qual a fraternidade não pode ser perseguida: o reconhecimento da igualdade entre todos os seres humanos. Evidentemente que tal igualdade é antes de tudo uma igualdade em dignidade.

Como é cediço, o direito nasce das opções que o legislador se utiliza para por fim aos conflitos; assim, neste caso, ele está sendo positivado. Por outro lado, entende-se que há tipos de direitos que necessitam ser assegurados pelo Estado não se submetendo ao arbítrio deste, visto que fazem parte de um conjunto de bens, inalienáveis, irrenunciáveis, como por exemplo: o direito à vida. Esses direitos passaram a ser chamados de fundamentais e têm tido, paulatinamente, uma consonância com o constitucionalismo moderno e pós moderno, como mencionado já nas Cartas de Direitos e no contexto revolucionário francês, contrapõe-se ao absolutismo. Neste aspecto, a Fraternidade foi duramente atacada pelos chamados Iluministas, encontrando resistência na sua consagração jurídica, “sob o pretexto de que enfraquecia a coesão cívica e somente seria aplicada no interior do próprio Estado” (MACHADO, 2008, p. 4).

Diante de tantos atropelos, pelos quais tem passado a humanidade, tantas foram as situações novas surgidas referentes a cada época; entretanto, restringir-se-á aqui apenas a 3 (três) momentos que têm ligação direta com o tema abordado neste trabalho. Historicamente, é sabido que, com o

Neoliberalismo surge o “Estado Liberal”, no qual a sociedade ansiava pela Liberdade, tendo em vista que os povos oprimidos e massacrados desejavam que se tornassem “iguais”. Após algumas conquistas, principalmente ao final da primeira Guerra Mundial, a sociedade alcançou um novo estágio, é o chamado “Estado Social”, onde se passou a cultivar os direitos tidos como de segunda geração, tais como: direitos sociais, econômicos e culturais; neste momento o foco dos cidadãos passa a ser o “valor chamado de Igualdade”, os indivíduos começam a exigir do Estado situações que podem se materializar através de políticas públicas.

Ainda neste contexto, surge também, em 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que flui não por acaso, mas, como uma forma de condenação às aberrações nazistas praticadas no contexto da Segunda Guerra Mundial. Esse documento é muito importante para trazer à tona os direitos de Fraternidade e solidariedade que surgem desprendidos da figura do homem-indivíduo, como seu titular do direito individualmente, ou seja, passa a ter uma visão de proteger grupos, passando a ter caráter de direitos coletivos, tais como: direito à paz, à autodeterminação dos povos e são sempre universais. Pode-se afirmar, sem sombra de dúvidas, que é este o momento em que a Fraternidade se firma como Norma; pois, está presente numa Declaração Internacional que surge com objetivo de normatizar relações jurídicas universal. Destarte, assim como surgiram os estados “liberal” e “social”, neste caso, deduz-se poder chamar-se de “estado fraternal”.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem teve seu processo de inicialização, pelo Conselho Econômico e Social da ONU – Organização das Nações Unidas, em fevereiro de 1946; sendo concluída, com aprovação pela sua Assembléia Geral, apenas, em dezembro de 1948,. “Esse documento possui algumas características que o diferenciam das cartas de direitos, anteriormente publicadas, como por exemplo, da Declaração da Virgínia de 1776 (AQUINI, 2008b, p. 128).

A diferenciação, é oportuno lembrar, dá-se em 3 (três) aspectos distintos: Aquini (2008b, p. 128-130):

a) A **universalidade**. A passagem de um projeto de declaração **internacional** para, o de uma declaração **universal** apresenta dois importantes significados [...] ir além da dimensão de um simples acordo entre Estados [...]; ir além do próprio papel central desempenhado pelos Estados [...];

b) As cartas de defesa anteriores haviam se caracterizado como instrumento de defesa da autonomia do indivíduo perante a autoridade [...], e se ampliou, sob dois pontos de vista. **Uma ordem social e internacional em que os direitos e liberdades estabelecidos na presente declaração passassem a ser plenamente realidade** (artigo 28) [...] **todo ser humano tem deveres para com a comunidade, na qual o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade é possível**, evidencia também uma responsabilidade individual pela aplicação dos direitos humanos, [...] (artigo 29);

c) Um terceiro elemento de novidade é a definição dos direitos econômicos e sociais, considerados um dos pilares da Declaração, **cujo caráter é completamente novo, no plano internacional e cuja força não é nada inferior à dos outros direitos** (destaques nos itens “a”, “b”, e “c”, do próprio autor).

Ainda neste contexto, ressaltando o art. 1º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, contribui, Aquini (2008b, p.130): “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com o espírito de fraternidade”.

Não é supérfluo lembrar que este artigo 1º da Declaração sofreu algumas mutações para chegar ao texto atual, mencionado acima; de

forma que pudesse ter uma melhor conotação sobre a universalidade, a que ele deveria expressar. O verbete fraternidade, inclusive, não fazia parte de sua primeira versão. Visto isso, o mais importante a se ressaltar foi a manutenção do mencionado art. 1º, pois, “havia correntes contrárias à sua configuração no texto da Declaração, o que por via de consequência, reduziria o significado e abrangência da mesma, afirma (AQUINI, 2008b, p. 132).

Quanto à realidade brasileira, essa afirmação da Fraternidade como norma está no própria preâmbulo da Constituição Pátria, que se compromete com “uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceito, como valores supremos, comprometidos na ordem interna e internacional, com as soluções pacíficas de suas controvérsias”. Segundo Mancini², *apud* Baggio (2008, p. 15), *in verbis*: “[...] é em relação ao valor e à exigência da fraternidade que se pode verificar a pretensão de universalidade da liberdade e da igualdade. Readmitir a fraternidade na razão política significa citar em juízo a pretensão de qualquer ideologia ou projeto histórico”.

Portanto, é esta dimensão da fraternidade que se quer trazer para as discussões atuais nas relações jurídicas, não ficando somente no campo ideológico, mas também político e normativo. E isso, no Brasil, tem tido avanços: muitos são os simpósios, congressos e seminários em que se discute o tema ora ressaltado. Há Magistrados que proferem decisões fundamentadas no Direito Fraternal, como é o caso do Ministro Ayres Britto e do Juiz Federal do Trabalho, Carlos Eduardo Evangelista dos Santos. Ressalta-se também doutrinadores que despontam em defesa da fraternidade; só para citar: Professor

² Mancini, escreveu a obra “Esistenza e gratuità”, onde desenvolve um raciocínio muito interessante e profundo sobre a fraternidade, sustentando que: “é legítima a tese segundo a qual também a fraternidade tem credenciais para possuir uma importância política.”

Mauro Bonavides e Dr. Carlos Augusto Alcântara Machado. Diante desses fenômenos, já se pode vislumbrar sua amplitude e efetividade como novo paradigma. Proporcionando, assim, um caráter humanizador às decisões judiciais.

Visto isso, pode-se afirmar que a Fraternidade se concretiza no espaço social, comprando-se ao que diz (REALE, 2003, p.155) “como costume que não tem uma origem determinada, mas que aos poucos se converte em hábitos jurídicos”. Portanto, não há dúvida quanto à sua conversão em Direito Formal, basta que se observem, como já demonstrado sua inclusão nas Cartas de Direitos, no Constitucionalismo Moderno e pós Moderno. Pode ser ressaltada, ainda, nos julgados e precedentes normativos do STJ e STF; os quais estão recheados de Direitos Fraternos. Podendo-se mencionar alguns: No julgamento da ADI 3768-4/DF a Ministra Cármen Lúcia (DJU, 26/10/2007, Ementário 2295-4) sobre o uso do transporte coletivo pelos idosos, segue o voto:

A gratuidade do transporte coletivo representa uma condição mínima de mobilidade, a favorecer a participação dos idosos na comunidade, assim como viabiliza a concretização de sua dignidade e de seu bem estar, não se compatibiliza com condicionamento posto pelo princípio da reserva do possível. Aquele princípio haverá de se compatibilizar com a garantia do mínimo existencial [...].

No contexto deste voto da eminente Ministra, vale ressaltar 2 (dois) aspectos fundamentais, nos quais se enxerga o Princípio da Fraternidade: o primeiro, a participação dos idosos na comunidade, idéia de comunhão, portanto, solidariedade, fraternidade. O segundo, viabiliza a concretização de sua dignidade e de seu bem estar, acrescente-se social. Não se pode conceber dignidade e bem estar social, onde não haja solidariedade, fraternidade, que são pressupostos básicos para que isso aconteça.

Na mesma linha de raciocínio, com declaração de voto, manifesta-se o Ministro Carlos Ayres Britto, ADI-3768-4/DF (DJU, 26/10/2007 Ementário 2295-4), conforme segue:

[...] o direito em discussão seria um direito fraternal, a exigir do Estado ações afirmativas compensatórias de desvantagens historicamente experimentadas por seguimentos sociais como os dos negros, dos índios, das mulheres, dos portadores de deficiência e dos **idosos**. (grifo nosso).

Neste caso específico, o Exmo. Ministro não faz arroteio, vai direto ao assunto, colocando a Fraternidade como algo essencial e necessário nas relações jurídicas, o que confirma o objetivo da pesquisa que ora se faz: a fraternidade como princípio integrador e normatizador das relações jurídicas.

Na busca de satisfazer o mote a que se propõe, veja-se que situação interessante no julgamento de um Recurso Extraordinário, interposto pelo Ministério Público do Distrito Federal – RE – 495.740, julgado em 15/04/2008, extraído de noticiário do STF, acesso em 5 de junho de 2009. Informativo do STF: “Drama humano emociona ministro Celso de Mello”.

Celso de Mello emocionou-se durante julgamento de ação que pedia o pagamento de indenização para a mãe de uma criança que nasceu com Síndrome de West, apresentando um quadro de paralisia cerebral, cegueira, tetraplegia, epilepsia e malformação encefálica. Segundo o informativo de notícia do STF: “As anomalias genéticas foram decorrentes de infecção por citomegalovírus contraída por sua mãe, durante o período de gestação, enquanto trabalhava no berçário de hospital público do Distrito Federal”. O ministro chegou às lágrimas, durante o julgamento, e depois, por escrito, explicou o motivo de sua emoção:

O fato ocorreu em julgamento de recurso do governo do Distrito Federal que contestava decisão monocrática do relator, ministro Celso de Mello, que considerou incorreta decisão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. O TJ entendeu não haver nexo de causalidade entre o trabalho da mãe servidora e a doença de seu filho. Segundo o ministro, trata-se de ‘um caso doloroso, mais do que doloroso, agravado pela omissão dolosa das autoridades do Distrito Federal’, que há dez anos se vêm negando a ajudar a família do menor deficiente.

Em seu voto, Celso de Mello determinou:

que o governo do Distrito Federal deposite, em até 30 dias, a título de pensão mensalidades o nascimento da criança dois salários mínimos por mês, enquanto for viva e a título de indenização por dano moral 80 salários mínimos. O não cumprimento da decisão implicará o pagamento de multa diária de R\$ 20 mil. O pedido de indenização foi ajuizado pelo Ministério Público do Distrito Federal em favor da criança que completara 10 (dez) anos de idade em dezembro de 2008.

Ainda segundo o informativo do STF, “a doença foi contraída no trabalho responsável pelo manuseio de sangue e urina contaminados de recém nascidos, coletados no berçário do Hospital Regional de Planaltina (DF) pela servidora”.

Para o Ministério Público: “houve omissão de uma série de exames e de cuidados por parte do empregador”, o Governo Distrital. Ainda segundo o MP: “A decisão do Tribunal de Justiça, que indeferiu o pedido de indenização, transgrediu o artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição da República, devendo o recurso extraordinário ser provido por reconhecimento da existência de responsabilidade civil objetiva do Distrito Federal”.

Ao dar provimento ao recurso, o ministro Celso de Mello baseou seu voto no parecer da Procuradoria-Geral da República, afirmando que:

R. TRT da 22ª Região	Teresina	v. 6	n. 1	p.196 - 217	jan. / dez. 2009
----------------------	----------	------	------	-------------	------------------

Distrito Federal não arcou sequer com o pagamento de adicional de insalubridade devido nessas circunstâncias. A Procuradoria informou que, constatada a gravidez, ‘nada foi alterado no panorama descrito’. Disse ainda o Ministro o poder público expôs a servidora a risco injustificado, principalmente porque ela exercia cargo de técnica de administração pública e não deveria estar transportando urina e sangue. Configurando desvio de função. Assim, enquanto empregador, o Distrito Federal assumiu, com a conduta, o risco deliberado de lesionar o feto, o que ocorreu a partir do contágio da gestante por citomegalovírus, com conseqüências desastrosas, trazendo grave sofrimento à mãe e à criança e vultosas despesas incompatíveis com a sua situação econômica para o tratamento de enfermidade e de suas repercussões.

Em seu voto, acompanhado pelos demais ministros presentes à sessão da Turma, o eminente Ministro disse:

que não havia, nesta antecipação de tutela, nenhum obstáculo legal à medida, pois não se trata, no caso, de reclassificação, aumento salarial ou esgotamento da ação. Ele citou vários precedentes do STF e de Tribunais de Justiça do país que concederam medidas semelhantes, lembrando que o quadro do menor do Distrito Federal é **gravíssimo** e que ele necessita de **permanentes cuidados especiais**. (Destaques do próprio original).

Realmente, esta é uma decisão fantástica, digna de ser mencionada neste trabalho de pesquisa. Percebe-se que o Ministério Público, e ainda confirmado pelo Ministro Celso de Mello, veem nesta criança o protótipo perfeito do que vem a ser a dignidade da pessoa humana em sua mais alta essência e relevância. Não é comum decisões desse gênero, em geral se encontram casos que observam mais o aspecto coletivo, não assim de forma individualizada.

Continuando o que se afirmou anteriormente, não é supérfluo lembrar o posicionamentos do Superior Tribunal de Justiça, por seus julgados nas Turmas e Plenário daquela Corte, conforme menciona Faga (2009, p. 597):

Portador. HIV. Tramitação Prioritária. As pessoas portadoras de doenças graves devem ter assegurada a tramitação prioritária de suas ações. Na espécie, o portador do vírus HIV interpôs uma ação de revisão de cláusulas contratuais do contrato de mútuo c/c repetição de indébito. Assim, lastreado no princípio da dignidade humana, deve-se assegurar a tramitação prioritária da ação, [...] tendo em vista a condição particular do recorrente em decorrência da sua moléstia grave. REsp. 1.026.899-DF, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 17/04/2008.

Diante do julgado acima, não se encontra diferença em relação ao visto nos julgados do STF, o princípio defendido é o mesmo, a dignidade da pessoa humana. Princípio já bastante mencionado e discutido neste trabalho, mas que sempre merecerá destaque, visto a sua importância para aquilo que se a defender, ou seja, a fraternidade como integradora e normatizadora das relações jurídicas, como bem destaca o eminente Ministro: “assegurada a tramitação prioritária [...] lastreado no princípio da dignidade humana”, é disso que se necessita ter presente na consciência dos operadores do direito, é um direito que vai além do legalismo, ou das interpretações convenientes, casuísticas.

Ainda merece destaque o julgamento que teve como relator o Ministro Luiz Fux, para garantir, por parte do município, a um menor portador de Síndrome de Down, transporte coletivo de forma gratuita, conforme Faga (2009, p. 599):

MS. Menor. Deficiente Físico. Tratamento Gratuito. O Ministério Público estadual impetrou mandado de

Segurança para garantir a menor portador de síndrome de Down e hipertiroidismo seu ingresso em programa de transporte municipal, especializado e gratuito, a fim de deslocar-se a centro de tratamento de reabilitação. As instâncias ordinárias constataram e reconheceram a deficiência física do menor, bem como a necessidade de locomoção para realizar-se o tratamento de saúde. Assim, está configurada a necessidade de ser atendida a pretensão à saúde do menor (direito legítimo e e constitucionalmente garantido a todos, além de ser um dever do Estado). Diante do exposto, a Turma negou provimento ao recurso do município [...] REsp. 937.310/SP, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 09/12/2008.

Este julgado ressalta, mais uma vez, o princípio da dignidade da pessoa humana, já merecedor de destaques anteriormente. Portanto, confirmando-se o dever de solidariedade do Estado para com as pessoas deficientes, ou de forma indireta, o direito fraterno, do qual muitos são merecedores e poucos usufruem.

Um outro fato digno de ser mencionado é a experiência que está sendo vivenciada em São Caetano do Sul/SP, em que a experiência se concretiza nas escolas; em Porto Alegre/RS, na âmbito da justiça infanto-juvenil; e, no Núcleo Bandeirantes, uma Cidade Satélite do Distrito Federal, o programa é voltada para infratores adultos denominada de Justiça Restaurativa. Essa experiência coloca réu, vítima, um mediador e até membros da comunidade, em determinados casos, frente-a-frente para discutir a pena a que o infrator deve ser submetido. Os resultados têm sido extraordinários, isso é puro direito fraterno. Veja-se o que diz Pinto³, (2005, p.3):

³ Renato Sócrates Gomes Pinto é procurador de justiça aposentado, pós graduado em Direitos Humanos e Liberdades Cíveis pela Universidade de Leicester (Reino Unido) e em Direito e Estado pela Universidade de Brasília, presidente do Instituto de Direito Comparado e Internacional de Brasília (DF).

Baseia-se num procedimento de consenso, em que a vítima e o infrator, quando apropriado, outras pessoas ou membros da comunidade afetada pelo crime, como sujeitos centrais, participam coletiva e ativamente na construção de soluções para a restauração dos traumas e perdas causadas pelo crime.

Trata-se de um processo estritamente voluntário, relativamente informal, intervindo um ou mais mediadores ou facilitadores, na forma de procedimentos tais como medição vítima infrator (*mediatio*) reuniões coletivas abertas à participação de pessoas da família e da comunidade (*conferencing*) e círculos rescisórios (*sentencing circles*).

Na forma de mediação, propicia-se às partes a possibilidade de uma reunião num cenário adequado com a participação de um mediador, para o diálogo sobre as origens e as conseqüências do conflito criminal e construção de um acordo e um plano restaurativo.

Neste contexto em que se encontra a esperança, visto essa atuação exemplar da justiça restaurativa. É um viés a ser seguido.

Há uma outra experiência muito concreta no campo da adoção à distância. Essa situação é coordenada por Dr. Munir Cury, um Procurador de Justiça aposentado, que preside a Associação por um Mundo Unido – AMU, a qual nasceu na Itália e tem ramificações em vários Estados do Brasil. A experiência consiste em manter as crianças com suas respectivas famílias. Há grupos de pessoas, de forma voluntárias que provêm essas comunidades daquilo que é necessários para a sobrevivência e desenvolvimento dessas crianças; em determinados casos, mantendo fonte de renda também para os adultos. Isso vem contribuindo para que as crianças não migrem para a periferias das grandes ou mesmo pequenas cidade, onde, sem dúvidas cairiam na marginalização. Isso se enquadra no conceito de Ciência Social, da qual o Direito é um ramo;

Concretamente, no Estado do Maranhão, na comunidade Estiva, próxima a Caxias/MA, localidade em que funciona uma Escola a qual atende em torno de 120 (cento e vinte) crianças, no ensino fundamental, do primeiro ao quarto ano. A experiência vai além do atendimento às crianças, há casos em que toda a família, pela sua situação de pobreza, termina sendo envolvida nos trabalhos do projeto e, de certa forma, também sendo ajudada. A própria escola, que foi construído com recursos do projeto, hoje funciona os três turnos, atendendo as outras séries dos ensinos fundamental, médio e na alfabetização de adulto, inclusive. Para tanto, mantém convênios com os Municípios de Caxias/MA; Teresina/PI; os Estados do Maranhão e do Piauí, para que estes cedam os professores que ali atuam. Não obstante as dificuldades no deslocamento, não faltam voluntários que se disponibilizam para ajudar neste magnífico trabalho.

Outra localidade beneficiada é comunidade Magnificat, no Município de Itapecuru-Mirim/MA, também com escola do mesmo gênero, desta feita, com um diferencial, pois a comunidade é bem maior que a mencionada anteriormente e as famílias envolvidas trabalham em regime do cooperativa, em que o fruto do trabalho é compartilhado com todos. Há outras situações em que se tem notícia, no Estado do Pará, do Amazonas, Em São Paulo, pioneiro na experiência, entre outros

Não é supérfluo lembrar que a abertura para o novo é que possibilita mudanças. Diante do que sem tem exposto, há de se mudar as velhas maneiras de pensar e passar-se para outros níveis de concretização do Direito e da Justiça, compreendendo-se a Fraternidade a partir de um novo horizonte. É chegado o momento de se poder afirmar que ela pode e deve ser entendida como Princípio e Norma Jurídica; visto ser possível sua aplicabilidade nos diversos ramos do Direito, contribuindo, assim, para com aqueles que buscam a justiça pela efetivação dos seus direitos fundamentais.

É digno de se lembrar que a Carta da República de 1988, a partir de seu preâmbulo, até o artigo 16 (dezesseis), contém toda a essência da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Destarte, fica evidente sua afeição, sua predisposição para com o Princípio da Fraternidade, visto conter todos os elementos necessários a uma convivência fraterna. E o que isso tem a ver com a fraternidade? Conforme já definido anteriormente por Roberto Mancini, se a fraternidade tem o poder de transformar as relações ideológicas e políticas, por que não dizer, também, que ela tem poderes para redimensionar as relações jurídicas, facilitando as pretensões dos operadores do direito? Claro que sim, pode-se, sem sombra de dúvida, acreditar em seu potencial transformador.

Para concluir, há de se lembrar que uma sociedade fraterna passa pela vivência de uma dimensão plural dos seus confraternizados, em que cada um, com suas diferentes formas de pensar, é aceito pelos demais sem qualquer tipo de preconceitos e isso vai além de uma simples busca de uma inclusão social ou uma mera liberdade individual. Pois, na verdade, o que se busca é uma convivência fraterna que culminará com a liberdade de todos. Desta forma, sem pretensões de esgotar a matéria, o presente trabalho, propõe-se, em linhas gerais, estabelecer em que consiste o Princípio da Fraternidade e quais suas principais preocupações no campo das relações jurídicas. Vale reconhecer que, sobre o tema abordado, há uma fonte significativa na qual se podem buscar informações; portanto, não seria em um breve artigo que se deveria considerar por encerrada discussão, entende-se ser somente o início. Neste diapasão, tendo em visto todo o exposto, há de se finalizar lembrando-se da lição de Carlos Ayres Britto: **“A Fraternidade é o ponto de unidade a que se chega pela conciliação possível entre os extremos da Liberdade, de um lado, e, de outro, da Igualdade”**.(grifo nosso).

REFERÊNCIAS

AQUINI, Marco. Fraternidade e direitos humanos. In: CONGRESSO INTERNACIONAL “RELAÇÕES NO DIREITO: QUAL O ESPAÇO PARA A FRATERNIDADE?” – ENSAIOS / PRÁTICA FORENSE. 2005, Roma. **Anais...** São Paulo: Cidade Nova; Comunhão e Direito, LTr, 2008a.

_____. Fraternidade e direitos humanos. In: BAGGIO, Antonio Maria *et al* (Org.). **O princípio esquecido 1: a fraternidade na reflexão atual das ciências políticas.** São Paulo: Cidade Nova, 2008b.

BAGGIO, Antonio Maria *et al* (Org.). **O princípio esquecido 1: a fraternidade na reflexão atual das ciências políticas.** São Paulo: Cidade Nova, 2008.

BERNHARD, Agnes. Elementos do conceito de fraternidade e de direito constitucional. In: CONGRESSO INTERNACIONAL “RELAÇÕES NO DIREITO: QUAL O ESPAÇO PARA A FRATERNIDADE?” – ENSAIOS / PRÁTICA FORENSE. 2005, Roma. **Anais...** São Paulo: Cidade Nova; Comunhão e Direito, LTr, 2008.

BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social.** Rio de Janeiro: Forense, 1980.

_____. **A teoria do Estado.** 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2007a.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. São Paulo: Saraiva, 2005. Coleção Saraiva de Legislação, 35.

_____. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. Brasília, DF, 1990.

BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CASO, Giovani *et al* (Org.). **Direito & fraternidade**: São Paulo: Comunhão e Direito, Cidade Nova; LTr, 2008.

COSEDDU, Adriana. Direito penal e “espaços” de fraternidade. In: CONGRESSO INTERNACIONAL “RELAÇÕES NO DIREITO: QUAL O ESPAÇO PARA A FRATERNIDADE?” – ENSAIOS / PRÁTICA FORENSE. 2005, Roma. **Anais...** São Paulo: Cidade Nova, Comunhão e Direito; LTr, 2008.

CURY, Munir. Instituto da adoção e a realidade social brasileira. In: CONGRESSO INTERNACIONAL “RELAÇÕES NO DIREITO: QUAL O ESPAÇO PARA A FRATERNIDADE?” – ENSAIOS / PRÁTICA FORENSE. 2005, Roma. **Anais...** São Paulo: Cidade Nova, Comunhão e Direito; LTr, 2008.

FAGA, Tânia Regina Trombine. **Julgamentos e súmulas do STF e STJ**. São Paulo: Métodos, 2009.

FREITAS, Marco Antônio de; MONTESSO, Cláudio José; STERN, Maria de Fátima Coêlho Borges(Orgs.). **Direitos sociais na Constituição de 1988: uma análise crítica vinte anos depois**. São Paulo: ANAMATRA; LTr, 2008.

FURTADO, Emmanuel Teófilo. Os direitos humanos de 5ª geração enquanto direito à paz e seus reflexos no mundo do trabalho, avanços e retrocessos na Constituição Federal e na legislação. In. FREITAS, Marco Antônio de; MONTESSO, Cláudio José; STERN, Maria de Fátima Coêlho Borges(Org). **Direitos sociais na Constituição de 1988: uma análise crítica vinte anos depois**. São Paulo: ANAMATRA; LTr, 2008.

GORIA, Fausto. Fraternidade e direito: algumas reflexões. *In*: CONGRESSO INTERNACIONAL “RELAÇÕES NO DIREITO: QUAL O ESPAÇO PARA A FRATERNIDADE?” – ENSAIOS / PRÁTICA FORENSE. 2005, Roma. **Anais...** São Paulo: Cidade Nova, Comunhão e Direito; LTr, 2008.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **Direito constitucional: manuais para concursos e graduação.** São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2005. v. 5.

MARCO, Carla Fernanda de. **Dos princípios constitucionais.** Disponível em: <www.mundo.juridico.adv.br>. Acesso em: 15 de junho de 2009.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **A fraternidade como categoria jurídico-constitucional:** conferência proferida no congresso nacional – “direito e fraternidade”, promovido pelo movimento comunhão e direito. São Paulo, 2008. Disponível em: <www.portalciclo.br>. Acesso em: 12 de novembro de 2008.

PEZZIMENTI, Rocco. Fraternidade: o porquê de um eclipse. *In*: BAGGIO, Antonio Maria [Org.]. **O princípio esquecido 1: a fraternidade na reflexão atual das ciências políticas.** São Paulo: Cidade Nova, 2008a.

PINTO, Renato Sócrates Gomes. **A construção da justiça restaurativa no Brasil:** o impacto no sistema de justiça criminal. Artigo disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9878>>. Acesso em: 15 de junho de 2009.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito.** 27.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

Revista Consultor Jurídico. **Drama humano emociona Ministro do SFT**. Artigo disponível em: <www.conjur.com.br>. Acesso em: 8 de junho de 2009.

ROCHA, Camem Lúcia Antunes. Voto no julgamento sobre o uso de transporte coletivo pelos idosos (ADI-3768-4/DF, ementário-2295, DJU-26/10/2007).

SANTOS, Fernando Ferreira dos. **Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. Fortaleza: Celso Bastos, 1999.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. São Paulo: Malheiros, 1992.

Tribunal de Nuremberg. Direção: Stanley Kramer. Produção: Stanley Kramer. Roteiro: Abby Mann. Havard Law School Librery, 196. 1 dvd (187 min.).

PREMISSAS HISTÓRICAS E TEÓRICAS SOBRE A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO

Danilo Nascimento Cruz*

RESUMO

Visa o presente trabalho, promover um estudo crítico sobre as premissas que culminaram com o fenômeno denominado constitucionalização do direito. Analisar-se-á tanto o contexto histórico como as principais correntes teóricas sobre o tema, tais como, efetividade constitucional, dogmática jurídica, positivismo jurídico, direito natural e pós-positivismo.

Palavras-chave: Constitucionalização. Direito. Teorias.

1 INTRODUÇÃO

O fenômeno da constitucionalização do direito tem amplo espectro de atuação sobre ordenamentos jurídicos vários em todo o mundo. A evolução do pensamento jurídico, do direito natural ao positivismo jurídico, passa pelo nascedouro de um embrião crítico trazido à tona pela teoria crítica do direito com o atual deságüe na nova onda pós-positivista.

Inúmeros subdesenvolvimentos de questionamentos científicos incidentes ao fenômeno da constitucionalização permitem ao estudioso do direito, sempre sob o enfoque da atuação efetiva da ciência jurídica

* Graduado em Direito pela Universidade Estadual do Piauí – UESPI. Técnico Judiciário do Tribunal Regional Eleitoral do Piauí – TRE/PI; *e-mail*: dnc_pi@yahoo.com.br

sobre a sociedade, o incremento de novas teorias, que repercutindo sobre o Estado Social promovem o surgimento de uma produção legislativa mais harmônica ao contexto social.

Tópicos como a efetividade constitucional, a aferição do contexto histórico das constituições brasileiras, a atuação efusiva da normatividade dos princípios e a moderna visão proporcionada pela hermenêutica constitucional, correspondem a uma nova ciência do direito, típica do Estado Constitucional e preocupada com o homem em sua dignidade.

À guisa de aprofundamento da matéria, o presente artigo aborda de forma analítica, mas não exauriente, as principais premissas históricas e teóricas sobre a constitucionalização do direito.

2 A QUESTÃO DA EFETIVIDADE CONSTITUCIONAL

A preocupação com a preeminência normativa da Constituição, utilizando-se de definição apregoada por Canotilho, nasceu pela necessidade de vivificar o sentimento constitucional¹ que inexistia no contexto social europeu até meados do século XX. A tradição de contemplar o ordenamento jurídico do Estado Soberano com um texto constitucional escrito já era sedimentada nos países que tinham vínculo com o sistema jurídico romano-germânico, ao contrário dos que tinham naquele continente, por base, o sistema jurídico do *common law*.

¹ Karl Loewenstein explica: “Con la expresión ‘sentimiento constitucional’ (Verfassungsgefühl) se toca uno de los fenómenos psicológico sociales y sociológicos de existencialismo político mas difíciles de captar. Se podría describir como aquella conciencia de la comunidad que trascendiendo a todos los antagonismos y tensiones político partidistas, económico sociales, religiosos o de otro tipo, integra a detentadores y destinatarios del poder en el marco de un orden comunitario y obligatorio, justamente la constitución, sometiendo el proceso político a los intereses de la comunidad.” (LOESWENSTEIN *apud* SCHIER, 1999, p. 74.)

O conteúdo das Cartas Constitucionais não passava de meros planos direcionais dotados de um apanhado de prognósticos inatos e inertes que, no mais das vezes, norteavam a atuação dos poderes públicos², não os vinculando, mas tornando-os permissionários de uma atuação discricionária. Deve-se enfatizar que os poderes acima mencionados restringiam-se ao legislativo e ao executivo, onde nesta quadra o judiciário era um ator menor.

Nas palavras de Luís Roberto Barroso (2006, p.153):

Uma das grandes mudanças de paradigma ocorridas ao longo do século XX foi a atribuição à norma constitucional do status de norma jurídica. Superou-se assim o modelo que vigorou na Europa até meados do século passado, no qual a constituição era vista como um documento essencialmente político, um convite à atuação do poderes públicos. A concretização de suas propostas ficava invariavelmente condicionada à liberdade de conformação do legislador ou à discricionariedade do administrador. Ao judiciário não se reconhecia qualquer papel relevante na realização do conteúdo da Constituição.

Com o fim da segunda guerra mundial, o movimento de reconstitucionalização aflorou na Europa, a derrocada do positivismo, a reaproximação do direito com a ética e a moral e a utilização da lei como meio justificador de atrocidades³, foram o campo propício para ascendência de um ideal constitucional efetivo. As normas constitucio-

² “Deve-se ter claro que a Constituição, como documento jurídico-político, está submersa em um jogo de tensões e poderes, o que não pode significar como querem alguns, a sua transformação em programa de governo, fragilizando-a como paradigma ético jurídico da sociedade e do poder, ao invés de este se constitucionalizar, pondo em prática o conteúdo constitucional.” (STRECK; MORAES, 2006, p. 153)

³ “A lei às vezes degrada e avilta, corrompe e escraviza em ocasiões sociais e políticas de profunda crise e comoção, gerando a legalidade das ditaduras, ao passo que a Constituição é sempre a garantia do poder livre e da autoridade legítima exercitada em proveito da pessoa humana.” (SLAIBI FILHO, 2006, p. 17)

nais passam a ser dotadas de imperatividade além do caráter vinculativo e obrigatório.

Essa imperatividade revela-se nascedoura pela força normativa constitucional. Konrad Hesse *apud* Schier (1999, p. 72-73) orientando-se no sentido de buscar solução à questão da força normativa constitucional, indica três proposições: i) uma no sentido de reconhecimento da existência de uma subordinação recíproca entre a Constituição Jurídica e realidade político-social; ii) a análise acerca do espectro de atuação da Constituição Jurídica, bem como iii) um diagnóstico sobre a eficácia da mesma.

Ora, é cediço que se encontra arraigado no âmago de cada homem componente da sociedade, um sentimento vivo de ter assegurado, respeitado e concretizado seus direitos inatos e atávicos. A concretização das normas constitucionais é a certeza de que não se está diante de uma folha de papel em branco. É isso que a sociedade espera, ansiosa, de sua carta política. E essa idéia não é uma “modernidade” do século XIX, é uma idéia que remonta o contrato social, em que os homens num pacto de consentimento procuravam preservar seus direitos inatos (naturais) legitimando o nascimento do Estado Civil.⁴

Assim, chegamos a um ponto crucial para concretizarmos a idéia de efetividade, qual seja, captar dentro da teoria do direito o espectro de atuação concreta das normas constitucionais a partir do conceito de eficácia.

⁴ Deve-se notar que essa idéia de legitimação para o nascimento do Estado com a preservação dos direitos naturais é patente no pensamento de Locke. Ao contrário, Hobbes entendia que haveria uma negação (que se daria em troca da proteção do Leviatã) total de qualquer direito anterior, pois, não haveria ainda um Estado que o concedesse. Vislumbra-se nesse momento, um Estado de natureza, pré-político, mas não selvagem, e onde tal conjectura não passa de uma abstração justificadora e legitimadora para o nascimento da sociedade política organizada. Para um aprofundamento crítico sobre tema veja-se: (STRECK; MORAES, 2006, p. 28-50).

Barroso (2009, p. 81) conceitua eficácia nos seguintes termos:

A eficácia dos atos jurídicos consiste na sua aptidão para a produção de efeitos, para a irradiação das conseqüências que lhe são próprias. Eficaz é o ato idôneo para atingir a finalidade a qual foi gerado. Tratando-se de uma norma, a eficácia jurídica designa a qualidade de produzir, em maior ou em menor grau, os seus efeitos típicos.

Apreendemos então que, para que haja a eficácia jurídica basta a possibilidade da aplicação da norma, ou seja, basta aptidão para gerar efeitos. Situação precária para a idéia de efetividade. Deste modo, temos que partir para o conceito de eficácia social, que se caracteriza pela concretização do comando normativo no mundo dos fatos, a inter-relação evidente do ser e do dever-ser.

Tal conceito resume e fecha a idéia de efetividade. Evidencia o real propósito constitucional, pois não basta teorizar uma utopia ufana e fechar os olhos de forma vil às mazelas postadas às portas de nossas casas. É necessário que a norma seja sincera e factível, que as aspirações sociais realmente sejam fatores reais de poder.

3 A INSINCERIDADE NORMATIVA E A INEFETIVIDADE DAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS DE 1824 À DE 1967 c/ EC 01/69. – DOUTRINA DE LUÍS ROBERTO BARROSO.

É importante começarmos esse item sob o rigor sóbrio das palavras do Prof. Oliveira Vianna em seu “O idealismo na Constituição” citado pelo Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1988, p. 91):

O que realmente caracteriza e denuncia a presença do idealismo utópico num sistema constitucional é a disparidade que há entre a grandeza e a impressionan-

te eurritmia de sua estrutura e a insignificância de seu rendimento efetivo – e isto quando não se verifica a sua esterilidade completa.

O trabalho do Prof. Luis Roberto Barroso para o direito constitucional brasileiro foi e é de importância incontestável. A disseminação de suas idéias sobre a efetividade constitucional brasileira em sua obra “O direito constitucional e efetividade de suas normas”, que condensa uma substancial análise crítica sobre a atuação de nossa carta magna seus limites e suas possibilidades, tem estimulado uma fértil produção acadêmica no Brasil e de certa forma ainda faz manar uma nova forma de pensar nos operários do direito pátrio.

Uma apreciação acurada de seu trabalho acima mencionado nos possibilita apartar um tema que é de acentuado relevo, a insinceridade normativa.

As normas constitucionais são atos políticos que atuam diretamente sobre a organização social, são imperativas sobre toda a coletividade e subordinam todo o aparelho estatal. Tais características anteriormente aludidas exigem uma materialização e uma alocação definida no ordenamento jurídico.

Luís Roberto Barroso ao fazer um apanhado histórico-crítico das nossas cartas constitucionais ressalta algumas vicissitudes que embaraçaram até mesmo o bosquejo brotar de um sentimento constitucional na sociedade brasileira.

Segue breve epítome:

- Constituição de 1824 – O início pela outorga. A herança rancosa do patrimonialismo. A pseudo-garantia de igualdade formalmente

assegurada constitucionalmente em íntimo convívio com privilégios da nobreza, voto censitário e o regime escravocrata. Marginalização institucionalizada sob os auspícios de uma oligarquia caricatural.

- Constituição de 1891 – A primeira das constituições da república era autoritária e avessa às questões sociais. Inquietações e revoltas sucessivas eram comuns numa ainda oligarquia institucionalizada. A onipotência de uma burguesia latifundiária. Implementação de uma fórmula (mal copiada) federalista norte-americana distorcida. Processo eleitoral desacreditado e fraudulento.

- Constituição de 1934 – A intensa influência da constituição de Weimar de 1919. O início de uma ditadura.

- Constituição de 1937 – Nas precisas palavras de Luís Roberto Barroso “Governo de fato, de suporte policial e militar, sem submissão sequer formal à Lei maior, que não teve vigência efetiva, salvo quanto aos dispositivos que outorgavam ao chefe do executivo poderes excepcionais.”

- Constituição de 1946 – Uma constituição de desenho social marcante, mas inefetivo, uma Carta de prognósticos. Manobras políticas eram prosaicas, refletindo às avessas a forma que de fato legitimava a escolha de nossos governantes. Representava a era do governo dos Atos Institucionais.

- Constituição de 1967 – Período de caro custo social. Autoritarismo institucionalizado. A censura e a tortura eram a regra, a liberdade uma longínqua exceção. O Brasil vivia em pleno estado de psicastenia.

- Constituição de 1969 – Um exemplo de carta nominal, em clássica classificação de Karl Loewenstein⁵, onde as prescrições do dever-ser não se coadunavam com as do ser.

Observando-se o quadro político, social e institucional que regeu a sociedade brasileira durante o interstício que inicia com a Constituição de 1824 e finda com a Constituição de 1967, é notório o quanto as cartas políticas que vigoraram tiveram uma função de mero formalismo. Existiam sem qualquer denotação de força cogente, nem de garantia à defesa dos direitos fundamentais. A égide de suas existências garantia apenas o interesse de castas oligárquicas polutas e demagógicas, legado de uma colonização fugidia e acovardada.

Toda essa situação causou uma verdadeira frustração constitucional e institucional. A existência de leis para tudo e que não garantiam ou serviam para quase nada, acumulavam-se numa verdadeira inflação legislativa e transfiguravam-se numa patente insinceridade normativa. (BARROSO, 2009, p. 59)

4 O DIREITO NATURAL E O IDEAL METAFÍSICO

A idéia de direito natural remonta à compreensão de normas metafísicas, superior ao racionalismo humano.⁶ Caracteriza-se pela

⁵ “A lei às vezes degrada e avilta, corrompe e escraviza em ocasiões sociais e políticas de profunda crise e comoção, gerando a legalidade das ditaduras, ao passo que a Constituição é sempre a garantia do poder livre e da autoridade legítima exercitada em proveito da pessoa humana.” (SLAIBI FILHO, 2006, p. 17)

⁶ “A noção de um direito superior às leis humanas manifesta-se já nos textos gregos. Vimos que a mitologia grega consagrara o simbolismo da Justiça por meio da deusa Dikê. A missão de Dikê era defender o direito entre os homens. Possuía duas irmãs, Eunomia, que representava a ordem e segurança, e Eiroené, a paz. Dikê, Eunomia e Eiroené formavam o tripé de sustentação do direito.” (VENOSA, 2006, p. 43).

imagem do justo, nascida da razão humana e presente no pensamento de cada homem.

Sua idéia básica consiste no reconhecimento de que há, na sociedade, um conjunto de valores e de pretensões humanas legítimas que não decorrem de uma norma jurídica emanada do Estado, isto é, independem do direito positivo. Esse direito natural tem validade em si, legitimado por uma ética superior, e estabelece limites à própria norma estatal. Tal crença contrapõe-se a outra corrente filosófica de influência marcante, o positivismo jurídico... (BARROSO, 2009, p. 13)

Dentro de suas variações ao longo dos anos, suas principais facetas revelaram-se por ser; i) uma lei de vontade divina (onde a razão divina rege o universo e o comportamento humano, tem por fonte a vontade de Deus) e o ii) direito natural ditada pela razão do homem (o direito natural é visto como mera lei moral e não propriamente um direito)

A idade moderna traz mudanças. A reforma protestante; a formação dos Estados Nacionais; a mudança do eixo econômico do mediterrâneo para o atlântico; a derrocada da idade medieval pela quebra da unidade da fé cristã, o afloramento do racionalismo científico (...)

O jusnaturalismo passa à categoria de filosofia natural do direito e partidária do iluminismo, seu grande mérito foi de sublimar o conceito de justiça como centro gravitador do direito, este impondo-se não unicamente porque emana de um poder soberano, mas porque se harmoniza com os princípios de justiça.

As idéias jusnaturalistas foram o combustível para as revoluções de cunho iluminista. A lei, símbolo maior desta época, sobrelevou-se frente ao direito natural e assim, o criador foi superado pela criatura, o direito natural é postado à margem da história por

suas características metafísica e anti-científica, bem como pela onipotência positivista.⁷

5 O POSITIVISMO JURÍDICO

Com o advento do positivismo viveu-se a época em que o direito era apenas aquele existente nas leis criadas pelo homem e posta pelo Estado.

“O positivismo nega em princípio a existência de juízos de valor atrelando-se aos fenômenos que podem ser observados.” (VENOSA, 2006, p. 17)

Explica Barroso:

O positivismo jurídico foi a importação do positivismo filosófico para o mundo do direito, na pretensão de criar-se uma ciência jurídica, com características análogas às ciências exatas e naturais. A busca de objetividade científica, com ênfase na realidade observável e não na especulação filosófica, apartou o direito da moral e dos valores transcendentais. Direito é norma, ato emanado do Estado com caráter imperativo e força coativa. A ciência do direito, como todas as demais, deve fundar-se em juízos de fato, que visam ao conhecimento da realidade, e não em juízos de valor, que representam uma tomada de posição diante da realidade. Não é no âmbito do direito que se deve travar a discussão acerca de questões como legitimidade e justiça. (BARROSO, 2001, p. 13)

⁷ “O advento do Estado liberal, a consolidação dos ideais constitucionais em textos escritos e o êxito do movimento de codificação simbolizaram a vitória do direito natural, o seu apogeu. Paradoxalmente, representaram, também, a sua superação histórica.” (BARROSO, 2001, p. 15 – 16).

O positivismo foi concebido como uma forma de isolar o direito da moral e da política. O tratamento de questões atinentes à legitimidade e à justiça comportavam um grau de abstração que não caberia ao trabalho do interprete ou ao aplicador da norma.

A norma e o direito apresentam-se quase que de forma indissociável, o Estado afirma sua estatalidade como fonte autêntica de emanção dos atos normativos de forma completa, pura e dogmática, não permitindo lacunas, pois a norma contempla todas as situações a serem reguladas de forma quase hermética, o pensamento jurídico do século XIX sustentava um ordenamento sem contradições internas, nem vazios a ser integrados. A lei é para ser aplicada, pois nela se encontra a legitimação da regulação social.

O poder legislativo era visto como órgão supremo do Estado por representar a vontade do povo. O poder judiciário tinha uma atividade mecânica que impedia os juízes do exercício de uma função deliberativa, valorativa e ainda era compelido a uma aplicação literal da lei, ou nas palavras de Montesquieu, o juiz era apenas a boca da lei.

É unanimidade entre os doutrinadores (NADER, 2003, p. 377) que o positivismo foi a porta aberta que faltava aos regimes totalitários. Sua falsa idéia de objetividade dogmática à bem do coletivo permitiu o Estado cruel do nazismo Alemão, o ferrenho comunismo da extinta União Soviética e o fascismo na Itália.⁸

⁸ “... a decadência do positivismo é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha. Esses movimentos políticos e militares ascenderam ao poder dentro do quadro de legalidade vigente e promoveram a barbárie em nome da lei. Os principais acusados de Nuremberg invocaram o cumprimento da lei e a obediência a ordens emanadas da autoridade competente. Ao fim da Segunda Guerra Mundial, a idéia de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos e da lei como um estrutura meramente formal, uma embalagem para qualquer produto, já não tinha mais aceitação no pensamento esclarecido.” (BARROSO, 2001, p. 18).

6 DOGMÁTICA JURÍDICA

Para manter-se intacto à sua intangibilidade imperativa, o positivismo concebeu a dogmática jurídica como certidão de pureza.

A dogmática jurídica teve e tem por característica circunscrever o estudo do direito às normas positivadas que compõem o ordenamento, constituindo-se uma mera descrição sistemática destas normas como dogmas. E, sendo dogmas, as normas são vistas como preceitos estabelecidos a priori e apresentados como verdades definitivas, incontestáveis, tidas como naturais, aceitas e seguidas, sem discussão ou análise crítica⁹. Nessa idéia, revestem-se de abstração e logicidade, com conceitos absolutos e com exclusão de interferências de outras ciências.(PAES, 2004, p. 23)¹⁰

Assinala Karl Larenz:

[...] dogmas fundamentam-se e comungam da autoridade da lei, que não pode ser posta em causa no quadro da dogmática de um determinado direito positivo. O termo ‘dogmática’ significa a vinculação do processo de conhecimento àquilo que na lei é assumido e que, neste quadro, deixa de ser questionado.(LARENZ, 1997, p. 319)

⁹ O criticismo revela-se uma posição metodológica própria do Kantismo, caracterizada por considerar que a análise crítica da possibilidade, da origem, do valor, das leis e dos limites do conhecimento racional, deve ser o ponto de partida da reflexão filosófica. Nesse sentido Aurélio Buarque de Holanda – Dicionário Aurélio – Versão Eletrônica.

¹⁰ “... o pensar dogmático, desenvolvido em circuito fechado, tratando das normas e dos conceitos jurídicos, de seu arranjo e funcionalidade internos, de suas inter-relações e de sua sistematização na ordem jurídica positiva, termina por esvair-se em considerações intra-sistêmicas, esquecendo ou deixando de lado a circunstância por certo não negligenciável de que o direito existe para satisfazer necessidades e interesses individuais e sociais. Desemboca-se, por essa forma, no reducionismo logicista e formalista pelo qual se quer construir uma ciência jurídica tão perfeita que termina não dever satisfação à vida e aos dramas humanos.” (AZEVEDO, 1989, p. 29).

Um esboço de sua superação se deu através da abordagem crítica do direito, afinal a ciência jurídica deveria ter reflexo no contexto social, ser efetiva e transformadora de forma a moldar e adaptar as exigências decorrentes do sistema sóciopolítico. A atividade de intérprete não se limitaria à aplicação das normas, mas possuiria a função precípua de criar o direito, cujo exercício envolve, não só o conhecimento jurídico, mas valores e convicções dos quais é portador.

Os resquícios o ideário positivista sob a legitimação de dogmas sofreu e ainda tem sofrido duras críticas. Hugo de Brito Machado Segundo em denso trabalho sobre a razão da Dogmática Jurídica, ensina que, mesmo que se admita que o cientista do direito parta de normas postas, não lhe cabendo discutir sua obrigatoriedade, tal motivo não seria suficiente para atribuir-lhe caráter dogmático, afinal, mesmo sem discutir a procedência dessa visão principialista, também nos outros ramos do conhecimento científico o objeto a ser conhecido seria também um dado não alterável pelo sujeito cognoscente, regido por leis que não podem ser por ele modificadas mas apenas descobertas.¹¹

Corroborando com Hugo Segundo, o Prof. Arnaldo Vasconcelos no prefácio da obra “*Por que dogmática jurídica*” do primeiro autor, relaciona como alguns dos prejuízos trazidos pelas posições dogmáticas, a intolerância com a visão pluralista do mundo; uma postura autoritária, acrítica e antidemocrática, bem como a imobilização do pensamento, e arremata acusando o dogmatismo da mais prolífica fonte de erros dos sistemas jurídicos. (MACHADO SEGUNDO, 2008, p. xv)

¹¹ “Além disso, como os próprios teóricos atuais reconhecem, mesmo os positivistas mais ortodoxos, as normas não são um dado pronto, a ser aceito de forma completamente acrítica, pelo cientista do direito, nem um ponto de partida inelutável de qualquer investigação. De início porque não há consenso quanto ao que estejam a prescrever os textos que as enunciam, sendo certo que a norma não existe objetivamente fora do intérprete, de modo a ser simplesmente descrita por ele.” (MACHADO SEGUNDO, 2008, p. 34).

Não obstante, ainda existe parcela da doutrina nacional que reconhece a legitimidade da Dogmática Jurídica.¹²

7 TEORIA CRÍTICA DO DIREITO – EM BUSCA DE UM DIREITO TRANSFORMADOR

A necessidade de se conceber uma nova visão, menos anacrônica e mais efetiva, do direito veio através das teorias críticas do direito.

As teorias críticas partiam basicamente do pensamento marxista que buscava denunciar o direito enquanto poder, instrumento de legitimação das classes dominantes, através da ideologia de superestrutura social de ocultação/alienação. O direito não serviria como objeto de emancipação por ser ligado a uma ideologia.

Tais teorias identificaram-se em diversas vertentes, dentre as quais a epistemológica, a sociológica, a semiológica, psicanalítica e teoria crítica da sociedade. Especificar cada umas dessas vertentes não está na órbita de delimitação deste trabalho, porém é importante realçar que todas partiam da premissa que o direito representava uma instância de poder dominador e alienador.

A teoria crítica, portanto, enfatiza o caráter ideológico do Direito, equiparando-o à política, a um discurso de legitimação do poder. O Direito surge, em todas as sociedades organizadas, como a institucionalização dos interesses dominantes, o acessório normativo da

¹² Lênio Luiz Streck preceitua na apresentação do terceiro volume das Lições de Direito Processual Civil do Prof. Alexandre Freitas Câmara. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. xv. “Não há direito sem dogmática (jurídica)... Contemporaneamente, como se sabe, mormente em face do advento dos novos tempos constitucionalizantes, a dogmática jurídica pode questionar e servir e instrumento fundamental para realização de direitos dos mais variados. Basta ver, nesse sentido, a gama de direitos (ainda) não realizados em nossa sociedade.”

hegemonia de classe. Em nome da racionalidade, da ordem, da justiça, encobre-se a dominação, disfarçada por uma linguagem que a faz parecer natural e neutra. A teoria crítica preconiza, ainda, a atuação concreta, a militância do operador jurídico, à vista da concepção de que o papel do conhecimento não é somente a interpretação do mundo, mas também a sua transformação. (BARROSO, 2001, p. 10)

A teoria crítica proporcionou uma nova leitura da ciência jurídica frente à defasada hegemonia do positivismo jurídico. Todavia, a nova forma da idéia de juridicidade partiu da falsa premissa de dominação, situação essa que desencadeou algumas conseqüências desarrazoadas, como a inviabilidade de uma dogmática emancipatória; o desprestígio do discurso jurídico; o esvaziamento da dignidade normativa, dentre outros.

Apesar do insucesso das teorias críticas sobre a onipotência positivista e a inércia em que vivia a ciência jurídica, floresceu aí o que podemos chamar de a semente do neoconstitucionalismo.

8 NEOCONSTITUCIONALISMO OU PÓS-POSITIVISMO

O pós-positivismo ou neoconstitucionalismo¹³ foi a válvula de escape, o suspiro que faltava à já tão cansada fórmula positivista.

¹³ Sobre o tema no direito brasileiro: MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Neoconstitucionalismo – a invasão da constituição*. São Paulo: Método, 2008. SARMENTO, Daniel. SOUZA NETO, Cláudio Pereira (orgs.). *A Constitucionalização do Direito – Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007. Nesse livro, conferir sobre o neoconstitucionalismo: BARROSO, Luis Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional do Brasil)*; SCHIER, Paulo Ricardo. *Novos Desafios da Filtragem Constitucional no Momento do Neoconstitucionalismo*.

A reaproximação do direito com ética e com os valores postos de lado pelo positivismo, promoveram uma revolução na ciência jurídica.¹⁴

Reviu-se a questão da legalidade estrita, os princípios passaram a ser dotados de normatividade, surge uma nova concepção hermenêutica e desenvolve-se de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana.

¹⁴ “...mas seria numa terceira fase, desenvolvida na segunda metade do século vinte, que se reincorporariam plenamente os valores abandonados pela velha dogmática positivista, tudo sob a ponderável influência das mutações experimentadas pela sociedade e pelo Estado, notadamente após um meio século de mega-conflitos dominado por radicalismos políticos, por ideologias escravizantes e por autocracias tirânicas, construídas sobre o esqueleto formal e sem valores do Estado de Direito, em que a legalidade se confundia com a legitimidade e se ignorava a dimensão ética da licitude. Essa nova fase, da jurisprudência de valores, foi a resposta ao grande vazio axiológico e teleológico criado pela legalidade formalista, suportando um Direito sem alma, sedimentada depois de breves vacilações doutrinárias em que ferveu, num primeiro momento, a indignação de movimentos contestadores mais radicais e de menor fôlego, como, por exemplo, o da chamada teoria crítica, desenvolvida logo depois de terminada a II Guerra Mundial pela denominada Escola de Frankfurt, contando com os nomes de L. Althusser e, depois, J. Habermas, mas que acabou por negar o próprio Direito, ao predicar uma jurisprudência política. Distintamente, a jurisprudência de valores, partindo da nova concepção de justiça de John Rawls e contando com famosos próceres, como G. Bettiol, L. Legal y Lacambra, R. Dworkin e Karl Larenz, logo frutifica na doutrina e nos tribunais da República Federal da Alemanha, que à época reconstruía seu Direito Constitucional sob o enfoque da democracia substancial, notadamente em trabalhos que logo se tornaram clássicos, como, entre outros, os de K. Engisch, P. Häberle, F. Muller, R. Alexy (na teoria dos princípios) e W. Canaris, este último definindo claramente o Direito como um sistema aberto de valores, ou seja, expresso por meio de princípios dotados de força normativa, com conteúdo de valor (axiologische) ou de fim (teleologische). Nada surpreendente, portanto, que, depois do auge e da queda das grandes potências bélicas e dos mega-Estados, e do pavor constante de um iminente holocausto nuclear, tenha ocorrido “essa reaproximação entre ética e direito, a partir do que se convencionou chamar de “virada kantiana” (kantische Wende), e ela viesse a se tornar um fundamento do Estado Democrático da Direito, reentronizando as dimensões éticas perdidas da legitimidade e da licitude e restabelecendo o primado da sociedade sobre o Estado e do homem sobre a sociedade, expressado nos direitos fundamentais, um conceito que passou a pairar acima dos ordenamentos jurídicos e dos Estados, para inspirá-los e informá-los.” (MOREIRA NETO, 2006)

O arcabouço teórico do neoconstitucionalismo trouxe em si uma nova forma de organização política, o Estado Constitucional, representado pela justaposição simbiótica entre a democracia e constitucionalismo do pós-guerra.

Historicamente temos como marco inicial a lei fundamental de Bonn, bem como a fértil produção jurisprudencial da Corte Constitucional Alemã. No Brasil o processo de reconstitucionalização deu-se sob o manto do nascimento de um novo Estado, com a promulgação de uma nova constituição (1988) e dentro de uma transição de um regime ditatorial para o democrático, possibilitando um período de estabilidade constitucional.

Em clínico olhar Luis Roberto Barroso infere:

Sob a Constituição de 1988, o direito constitucional no Brasil passou da desimportância ao apogeu em menos de uma geração. Uma Constituição não é só técnica. Tem de haver, por trás dela, a capacidade de simbolizar conquistas e de mobilizar o imaginário das pessoas para novos avanços. O surgimento de um sentimento constitucional no País é algo que merece ser celebrado. Trata-se de um sentimento ainda tímido, mas real e sincero, de maior respeito pela Lei Maior, a despeito da volubilidade de seu texto. É um grande progresso. Superamos a crônica indiferença que, historicamente, se manteve em relação à Constituição. E, para os que sabem, é a indiferença, não o ódio, o contrário do amor. (BARROSO, 2006, p. 18-19)

No plano teórico, três grandes transformações subverteram o conhecimento convencional relativamente à aplicação do direito constitucional: a) o reconhecimento de força normativa à Constituição; b) a expansão da jurisdição constitucional; c) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. (BARROSO, 2006, p. 20-21)

9 O PAPEL DA NOVA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

O caráter preeminente das normas constitucionais bem como a insuficiência dos métodos tradicionais de interpretação frente a nova estrutura de normatividade dos princípios, foram decisivos para a elaboração de um novo conjunto de métodos de interpretação constitucional que prestigiassem a ponderação de valores e a teoria argumentativa. É necessário ressaltar que tal situação não implica na defasagem dos métodos hermenêuticos tradicionais.¹⁵

Pelo contrário, é no seu âmbito que continua a ser resolvida boa parte das questões jurídicas, provavelmente a maioria delas. Sucede, todavia, que os operadores jurídicos e os teóricos do Direito se deram conta, nos últimos tempos, de uma situação de carência: as categorias tradicionais da interpretação jurídica não são inteiramente ajustadas para a solução de um conjunto de problemas ligados à realização da vontade constitucional. A partir daí deflagrou-se o processo de elaboração doutrinária de novos conceitos e categorias, agrupados sob a denominação de nova interpretação constitucional, que se utiliza de um arsenal teórico diversificado, em um verdadeiro sincretismo metodológico. (BARROSO, 2006, p. 25)

Essa nova forma de interpretação constitucional tem por fundamento o alto nível de abertura interpretativa promovido pelo texto constitucional, com densa carga axiológica, permitindo assim

¹⁵ “Portanto, ao se falar em nova interpretação constitucional, normatividade dos princípios, ponderação de valores, teoria da argumentação, não se está renegando o conhecimento convencional, a importância das regras ou a valia das soluções subsuntivas. Embora a história das ciências se faça, por vezes, em movimentos revolucionários de ruptura, não é disso que se trata aqui. A nova interpretação constitucional é fruto de evolução seletiva, que conserva muitos dos conceitos tradicionais, aos quais, todavia, agrega idéias que anunciam novos tempos e acodem a novas demandas.” (BARROSO, 2005).

um sem número de possibilidades interpretativas à vista dos elementos do caso concreto, em busca de uma solução providente.

9.1 A normativa dos princípios¹⁶

Tema instigante e essencial dentro do pós-positivismo é a normatividade dos princípios. Com a insurreição da força normativa constitucional, os princípios jurídicos insculpidos na carta constitucional passaram a gozar de um status de aplicabilidade relevantíssimo, superou-se a função puramente axiológica, ética e ineficaz, passando à uma incidência direta no caso concreto.

A dogmática moderna avalia o entendimento de que as normas em geral, e as normas constitucionais em particular, enquadram-se em duas grandes categorias diversas: os princípios e as regras. Antes de uma elaboração mais sofisticada da teoria dos princípios, a distinção entre eles fundava-se, sobretudo, no critério da generalidade. Normalmente, as regras contêm relato mais objetivo, com incidência restrita às situações específicas às quais se dirigem. Já os princípios têm

¹⁶ Para um estudo aprofundado sobre o tema: LIMA, Francisco Meton Marques de. *O Resgate dos Valores na Interpretação Constitucional*. Fortaleza: ABC, 2001. v. 1. 399 p.; COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, 160p.; NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. Aspectos Jurídicos do Brasil Contemporâneo. *O Pós-Positivismo Chega ao Brasil. Inaugura-se um Constitucionalismo de Transição*. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, Salvador, n. 6, jun./jul./ago., 2006. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 3 fev. 2009; SCHIER, Paulo Ricardo. *Novos Desafios da Filtragem Constitucional no Momento do Neoconstitucionalismo*. Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 4, outubro/novembro/dezembro, 2005. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 3 fev. 2009; ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: Entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 7, jan./fev./mar., 2009. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 3 de fev. 2009.

maior teor de abstração e incidem sobre uma pluralidade de situações. Inexiste hierarquia entre ambas as categorias, à vista do princípio da unidade da Constituição. Isto não impede que princípios e regras desempenhem funções distintas dentro do ordenamento. Nos últimos anos, todavia, ganhou curso generalizado uma distinção qualitativa ou estrutural entre regra e princípio, que veio a se tornar um dos pilares da moderna dogmática constitucional, indispensável para a superação do positivismo legalista, onde as normas se cingiam a regras jurídicas. A Constituição passa a ser encarada como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos suprapositivos, no qual as idéias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central. A mudança de paradigma nessa matéria deve especial tributo às concepções de Ronald Dworkin e aos desenvolvimentos a ela dados por Robert Alexy. A conjugação das idéias desses dois autores dominou a teoria jurídica e passou a constituir o conhecimento convencional na matéria. Regras são, normalmente, relatos objetivos, descritivos de determinadas condutas e aplicáveis a um conjunto delimitado de situações. Ocorrendo a hipótese prevista no seu relato, a regra deve incidir, pelo mecanismo tradicional da subsunção: enquadram-se os fatos na previsão abstrata e produz-se uma conclusão. A aplicação de uma regra se opera na modalidade tudo ou nada: ou ela regula a matéria em sua inteireza ou é descumprida. Na hipótese do conflito entre duas regras, só uma será válida e irá prevalecer. Princípios, por sua vez, contêm relatos com maior grau de abstração, não especificam a conduta a ser seguida e se aplicam a um conjunto amplo, por vezes indeterminado, de situações. Em uma ordem democrática, os princípios freqüentemente entram em tensão dialética, apontando direções diversas. Por essa razão, sua aplicação deverá se dar mediante ponderação: à vista do caso concreto, o intérprete irá aferir o peso que cada princípio deverá desempenhar na hipótese, mediante concessões recíprocas, e preservando o máximo de cada um, na medida do possível. Sua aplicação, portanto, não será no esquema tudo ou nada,

mas graduada à vista das circunstâncias representadas por outras normas ou por situações de fato. (BARROSO, 2005).

Superadas as concepções jusnaturalistas e metafísicas, bem como aquelas que os tinham como simples fonte normativa subsidiária, os princípios passaram por uma fase de positivação constitucional (SCHIER, 2005).

Assim, para Paulo Ricardo Schier, os novos sistemas constitucionais acentuam sua carga axiológica, os princípios passam a caracterizar o cerne das constituições, promovendo uma verdadeira filtragem constitucional na leitura de todas as questões da dogmática jurídica.

Avilta-se nesse momento neoconstitucional a vinculatividade especial da Constituição a permitir uma adequada solução às hipóteses de colisões normativas, bem como a implementação de uma dogmática principialista.

10 CONCLUSÃO

A constitucionalização do direito vem revelando-se um marco, uma nova forma de pensar a ciência jurídica. Sua vagarosa evolução ao longo dos séculos é a demonstração clara de como o pensamento científico desenvolve-se ao mesmo passo do desenvolvimento do comportamento social.

A vigência e superação de pensamentos teóricos afirmam a constante do progresso científico. A evolução do direito natural ao positivismo, passando pela teoria crítica do direito, a superação da dogmática, com o deságüe no pós positivismo embebido de uma proeminência normativa constitucional e sua efetividade é o resumo do caminho traçado peça ciência jurídica até seu atual estágio.

Superou-se o Estado Legalista e impôs-se o Estado Constitucional. A ciência jurídica deita-se sobre um novo paradigma e o homem de mero coadjuvante passa a ser ator principal, traduzido em sua dignidade.

BIBLIOGRAFIA

ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a ciência do direito e o direito da ciência. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, n. 17, jan./mar. 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 3 fev. 2009.

AZEVEDO, Plauto Faraco. **Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989.

CRUET, Jean. **A vida do direito e a inutilidade das leis**. Salvador: Progresso, 1956.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, v. 1, n. 6, set. 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 3 fev. 2009.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **THEMIS: Revista da ESMEC / Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará**. Fortaleza, v. 4, n. 2, jul./dez. 2006.

_____. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. **Cajur**, Teresina, a. 1, n. 6, 28 out. 2005. Disponível em: <http://cajur.brinkster.net/artigos/arti_histdirbras.zip>. Acesso em: 3 fev. 2009.

_____. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 14. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. v. 3.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estado de direito e constituição**. São Paulo: Saraiva, 1988.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lâmega. 3. ed., Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.

LIMA, Francisco Meton Marques de. **O resgate dos valores na interpretação constitucional**. Fortaleza: ABC, 2001.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Por que dogmática jurídica**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Neoconstitucionalismo: a invasão da constituição**. São Paulo: Método, 2008.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Aspectos jurídicos do Brasil contemporâneo. O pós-positivismo chega ao Brasil. Inaugura-se um constitucionalismo de transição. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, n. 6, jun./ago. 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 3 fev. 2009.

PAES, Arnaldo Boson. **Criação judicial do direito**. 2004. 23 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Estadual do Piauí / Universidade Federal do Ceará, Piauí/Ceará.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira (Orgs.). **A constitucionalização do direito**: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem constitucional**: construindo uma nova dogmática jurídica. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999.

_____. Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 4, out./dez. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 3 fev. 2009.

SLAIBI FILHO, Nagib. **Direito constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

STRECK, Lênio Luiz; MORAES, José Luís Bolzan de. **Ciência política e teoria do estado**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

VENOSA. Silvio de Salvo. **Introdução ao estudo do direito**: primeiras linhas. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

CONFERÊNCIAS

**POSIÇÃO DAS CORTES CONSTITUCIONAIS NO
SISTEMA JURÍDICO: PEQUENA CONTRIBUIÇÃO PARA
DISCUTIR FUNDAMENTOS RACIONAIS DO PENSAR
NOS TEMPOS DE JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO
A PARTIR DA TEORIA DE SISTEMAS SOCIAIS
AUTOPOIÉTICOS**

Willis Santiago Guerra Filho*

A teoria social sistêmica elaborada por *Niklas Luhmann*, com a publicação dos dois volumes de “Die Gesellschaft der Gesellschaft”, atingiu seu ponto culminante. Trata-se de uma teoria holística, de aplicação generalizada no âmbito de ciências formais e empíricas, tanto naturais como sociais, e que toma como distinção fundamental, justamente, aquela entre “sistema” e seu “meio-ambiente”, para explicar tudo a partir dessa distinção, entre o que pertence a determinado sistema e o que está fora, no ambiente circundante, como elemento de outros sistemas - ou não.

A teoria em apreço pretende se desenvolver a partir de um conceito de sociedade que não é nem “humanista” nem “regionalista”. Isso significa que para ela a sociedade não é formada pelo conjunto de seus integrantes, os seres humanos, assim como não há para ela uma sociedade delimitada por critérios geo-políticos - a “sociedade brasileira”, “latino-americana”, “européia” etc. Sociedade para a teoria de sistemas luhmanniana é a “sociedade mundial” (*Weltgesellschaft*), que se forma modernamente. O que a compõe não são os seres humanos que a ela pertencem, mas sim a comunicação entre eles, que nela circula de várias formas, nos diversos subsistemas funcionais (direito, economia, política, ética, mídia, religião, arte, ciência, educação etc.).

* Professor de Filosofia do Direito do Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito da PUC-SP.

A teoria social sistêmica, tal como desenvolvida, principalmente, por Luhmann, assume, portanto, os seguintes pressupostos: (1º) substitui a contraposição entre sujeito e objeto, enquanto princípio heurístico fundamental, pela “diferenciação sistêmica”, no mundo (*Welt*), entre o que é “sistema” e seu meio ambiente (*Umwelt*). Com isso, não apenas oferece uma abordagem “dessubstancializada”, pois o sistema não é um *hypoukeimenon*, como foram as coisas (rei) na Antigüidade e o sujeito na modernidade, mas também (2º) “desumanizada”, não-antropocêntrica, já que os seres humanos, enquanto sistemas biológicos, dotados de uma consciência, não fazem parte dos sistemas sociais integrantes do sistema global que é a sociedade, e sim, do seu meio ambiente – e o “antropocentrismo”, a visão que fundamenta um apartamento dos seres humanos de seu ambiente natural, justificando a oposição a ele, conhecendo-o para nele intervir e a ele se impor, pode ser considerado um dos motivos centrais de uma crise que é “epistemo-ecológica”, a qual tanto e cada vez mais nos ameaça, como sabe qualquer um minimamente informado, hoje em dia.

A diferenciação sistêmica entre "sistema" e "meio ambiente", então, é o artifício básico empregado pela teoria para se desenvolver em simetria com aquilo que estuda, como seu “equivalente funcional”. Essa diferenciação é dita sistêmica por ser trazida "para dentro" do próprio sistema, de modo que o sistema total, a sociedade, aparece como meio ambiente dos próprios sistemas parciais, que dele (e entre si) se diferenciam por reunirem certos elementos, ligados por relações, nas operações do sistema, formando uma unidade.

Uma "unidade", além de diferenciada no sistema do meio ambiente, também pode aparecer como meio ambiente para outras unidades, permitindo, assim, que por ela se aplique, recorrentemente, um número mais ou menos grande de vezes, a diferença sistema/meio ambiente, sem com isso perder sua organização. A "organização" é o

que qualifica um sistema como complexo ou como uma simples unidade, com características próprias, decorrentes das relações entre seus elementos, mas que não são características desses elementos. A unidade de elementos de um sistema é mantida enquanto se mantém sua organização, o que não significa que não variem os elementos componentes do sistema e as relações entre eles. Essas mudanças, porém, se dão na estrutura do sistema, que é formada por elementos componentes do sistema relacionados entre si. Os elementos da estrutura podem sempre ser outros; o sistema se mantém enquanto permanecer invariante a sua organização, com uma complexidade compatível com aquela do meio circundante e demais sistemas ali existentes. Note-se que para a organização o que importa é o tipo peculiar de relação, circular e recorrente, entre os elementos, enquanto para a estrutura o que conta é que há elementos em interação, ação e reação mútua, elementos esses que podem ser fornecidos pelo meio ambiente ao sistema, sem que por isso a ele não se possa atribuir o atendimento de duas condições gerais, para que se tenha "sistemas autopoieticos", como Luhmann propõe que se considere os sistemas sociais: a autonomia e a clausura do sistema.

Sistema autopoietico é aquele dotado de organização autopoietica, onde há a (re)produção dos elementos de que se compõe o sistema e que geram sua organização, pela relação reiterativa, circular ("recursiva") entre eles. Esse sistema é autônomo porque o que nele se passa não é determinado por nenhum componente do ambiente mas sim por sua própria organização, formada por seus elementos. Essa autonomia do sistema tem por condição sua clausura, quer dizer, a circunstância de o sistema ser "fechado", do ponto de vista de sua organização, não havendo "entradas" (inputs) e "saídas" (outputs) para o ambiente, pois os elementos interagem no e através dele - não se trata, portanto, de uma "autarquia" do sistema, pois ele depende dos elementos fornecidos pelo ambiente (GUERRA FILHO, p. 69 e seg., p. 82 e seg.).

Só a comunicação autoproduz-se, donde se qualificar como autopoieticos os sistemas de comunicação da sociedade. O sentido da comunicação varia de acordo com o sistema no qual ela está sendo veiculada e as pessoas são meios (media) dessas comunicações, assim como computadores, faxes, telefones, etc. Esses componentes, contudo, não pertencem aos sistemas sociais e, sim ao seu meio ambiente. Os seres humanos, enquanto seres biológicos, são sistemas biológicos autopoieticos e enquanto seres pensantes, são também sistemas psíquicos autopoieticos. Sem a consciência decorrente do aparato psíquico, é claro, não haveria comunicação e logo também não haveria sistemas sociais. Sem a rede neuronal não haveriam pensamentos. O que não há é uma relação causal entre imagens e pensamentos como os que temos, enquanto seres humanos, como demonstra o fato de que os demais seres portadores de redes neuronais não dispõem de uma elaboração simbólica como nós. É a linguagem, então a primeira condição para que se dê o acoplamento (estrutural) entre sistemas auto(conscientes) e sistemas sociais (autopoieticos) de comunicação (LUHMANN, 1997, p. 101). Os sistemas sociais, como todo sistema, se mantém sem dissipar-se no meio-ambiente em que existem enquanto se mantém sua estrutura e enquanto for apto para diferenciar-se nesse meio ambiente, com o qual “faz fronteira”. Sistemas psíquicos (biológicos) e sistemas de comunicação (sociais), por mais que estejam cognitivamente abertos para o meio ambiente, para dele se diferenciarem, fecham-se em um operar, o que significa reagir ao (e no) ambiente por auto-referência, sem contato direto com ele.

A estrutura dos sistemas sociais fica no seu centro, sendo nele onde se determina o tipo de comunicação produzida pelo sistema; Em volta do centro, protegendo-o, tem-se a chamada periferia do sistema, através do qual ela entra em contato com o meio ambiente e demais sistemas ali existentes. Desde as fronteiras de um dado sistema até o seu centro, - em uma periferia, portanto, forma-se o que Munch (COLOMY

(ed.), 1992, p. 65) denominou “zona de interpenetração”, onde os sistemas, nos termos de Luhmann, “irritam-se” em decorrência de seu “acoplamento estrutural” com outros sistemas (LUHMANN, 1987, p. 291 e seg.).

Esse acoplamento necessita ser viabilizado por certos meios (media). O meio principal de acoplamento entre o sistema do direito e o sistema da política, por exemplo, segundo Luhmann (“Verfassung als evolutionäre Errungenschaft”, in: Rechtshistorisches Journal, #9, Frankfurt am Main, 1990, p. 204 e segs.) são as constituições. Para entendermos isso é necessário ter em mente que o judiciário é a organização que ocupa o centro do sistema jurídico, pois é quem determina em última instância o que é e o que não é direito. Da mesma forma os demais poderes do Estado, legislativo e executivo, ocupam o centro do sistema político, mas assim como o judiciário, têm na constituição as pautas mais importantes de balizamento da ação de seus componentes.

Em sendo assim, onde se situam as Cortes Constitucionais, que pronunciam a última palavra sobre o que está escrito e prescrito nas constituições?

A doutrina reconhece que tais cortes exercem um poder de legislação negativa, e que podem apreciar o mérito de decisões administrativas, quando as mesmas apresentam defeitos do ponto de vista da manutenção da integridade dos princípios e direitos fundamentais. Ao mesmo tempo, ao pronunciarem a última palavra sobre o que é e o que não é direito, situam-se no “centro do centro” do sistema jurídico. Este “centro do centro”, então, é onde se daria o acoplamento estrutural do sistema jurídico com outros, e não só com o sistema político. Também a educação, a ciência, a arte, a religião, a economia, a mídia e todos os demais sistemas sociais penetram no direito e são por ele penetrados (ou “irritados”), principalmente, por via de interpretações a partir do que se acha disposto na constituição, interpretações essas que

são feitas por juristas, juizes e demais operadores jurídicos e, mesmo, por jornalista, padres, cientistas, enfim, todos os cidadãos, e essas interpretações todas influenciam (“irritam”) os membros das Cortes Constitucionais, mas a interpretação que prevalece, em um sistema jurídico autopoietico - e, logo, autônomo - é desses últimos.

Considerando as características da fronteira dos sistemas, referidas por M. Bunge

(1990, p. 219), tem-se que (1º) periférico em um sistema é o que ocorre em suas fronteiras; (2º) uma função específica das fronteiras dos sistemas é proceder trocas entre o sistema e o meio; (3º) na fronteira encontramos os elementos do sistema que estão diretamente acoplados com componentes do meio-ambiente. Isso nos leva a concluir, por exemplo, que uma Corte Constitucional situar-se-ia na fronteira entre os sistemas jurídicos e políticos, sendo um dos componentes mais importantes no acoplamento estrutural dos dois sistemas. Com isso, tem-se de admitir que as Cortes Constitucionais estão na fronteira do sistema jurídico, saiu de seu centro e migrou para lá, não sendo mais, propriamente, parte integrante do judiciário em um sistema jurídico autopoietico (cf. Luhmann, "Die Stellung der Gerichte im Rechtssystem", in: RECHTSTHEORIE, # 21, Berlin, 1990; Guerra Filho, ob. cit., p. 75 e segs.). Elas passam a integrar o sistema político, devendo se submeter aos mesmos critérios de legitimação que os demais componentes desse sistema.

Conclui-se, então, que a fronteira do sistema jurídico e, por simetria, também dos demais sistemas sociais, não passa apenas por sua periferia, mas também por seu centro. É por isso que, com H. v. Foerster, podemos dizer, tal como H. Willke (Ironie des Staates, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1996, p. 65) que o Estado de uma sociedade funcionalmente policêntrica é formada por subsistemas

sociais diferenciados (interdependentes) que se estruturam não de forma hierárquica, mas sim “heterárquica”, pois nenhum subsistema goza, a priori, de primazia em relação aos demais - nem o subsistema de economia, como é ainda hoje bastante divulgado e como foi dito pelo próprio Luhmann, em uma versão mais antiga de sua teoria (Luhmann, "Positivität des Rechts als Voraussetzung einer modernen Gesellschaft", in: Id., *Ausdifferenzierung des Rechts: Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Frankfurt a. M., 1981: 149). Na última versão dessa teoria não se fala mais em primazia da função de nenhum subsistema, a não ser em relação a si mesmo (Luhmann, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, cit., vol. II, p. 747 e seg.), já que “cada sistema funcional só pode cumprir com a própria função” (ib., p. 762).

Postular que a sociedade contemporânea, organizada em escala mundial, “globalizada”, é o produto da diferenciação funcional de diversos (sub)sistemas, como os da economia, ética, direito, mídia, política, ciência, religião, arte, ensino etc. - sistemas autopoieticos, que operam com autonomia e fechados uns em relação aos outros, cada um com sua própria “lógica” -, postular isso não implica negar que haja influência (ou “perturbações”) desses sistemas uns nos outros. Entre eles dá-se o que a teoria de sistemas autopoieticos denomina “acoplamento estrutural” (cf. Luhmann, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, loc. ult. cit., p. 776 ss.). Assim, o sistema da política acopla-se estruturalmente ao do direito através das constituições dos Estados, enquanto o direito se acopla à economia através dos contratos e títulos de propriedade, e a economia, através do direito, com a política, por meio dos impostos e tributos, e todos esses com a ciência, através de publicações, diplomas e certificados, cabendo a uma corte constitucional, em última instância, deliberar sobre a “justeza” desses acoplamentos, em caso de dúvidas ou contestações, que os ameace, ameaçando, assim, a autopoiese do sistema global e, logo, sua permanência, sua “vida”.

REFERÊNCIAS

Bunge, B. System Boundary. In: **International Journal of General Systems**, 20. London, 1990.

COLOMY, P. (ed.). “The Dynamics of Societal Communication”. In: _____ . **The Dynamics of Social Systems**. Sage: London, 1992.

GUERRA Filho, Willis S. **Autopoiese do direito na sociedade pós-moderna**: introdução a uma teoria social sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

LUHMANN, Niklas. **Die Gesellschaft der Gesellschaft**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1997. v. 2.

LUHMANN, Niklas. **Soziale Systeme. Grundriß einer allgemeinen Theorie**. 3. ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp. 1987.

PAINEL

RESGATE DA MORAL COMO FONTE DE DIREITOS INDIVIDUAIS E COLETIVOS

Celso Barros Coelho

1 DIREITO E MORAL

A relação entre Direito e Moral é um tema presente nas cogitações dos filósofos do Direito, não só pelos elementos que distinguem esses valores, como pelos que revelam suas conexões. A grande tarefa é colocar em ordem esses elementos, para se saber quando estamos lidando com a Moral e quando estamos lidando com o Direito, propriamente ditos.

Em face das dificuldades para estabelecer os limites da distinção e para separar os pontos de conexão, costuma-se lembrar a observação de **Ihering**, segundo o qual a relação entre Moral e o Direito constituiria o Cabo Horn ou o Cabo das Tormentas da Filosofia do Direito.

Colocaríamos antes o problema num ângulo em que aparece, de um lado, a **liberdade**, do outro, a **autoridade**, para situar, em relação à primeira, a moral e, em relação à segunda, o direito. Ligaríamos, assim, o tema a um momento histórico da democracia grega, bastante influenciado pelo pensamento de Isócrates, em seu **Panegirico**.

Ao exaltar o governo de Cononte e, principalmente, o do filho Timóteo, lamenta haver ele perdido a hegemonia sobre toda Grécia, por não ter o seu povo a Constituição de que necessitava para defendê-la. Suas convicções, na versão que nos apresenta WERNER JAEGER, na **Paidéia** (1989. p. 789), estão assim expressos: “A Constituição é a alma do Estado. Desempenha nele função igual à do espírito e da razão do Homem. É a Constituição que modela o caráter do

cidadão privado, como dos dirigentes políticos, e com ela se conforma a sua conduta”.

Saindo do quadro da idéias de **Isócrates**, para as de **Aristóteles**, a fonte mais autorizada da análise da política na Grécia, seja nas suas realizações concretas, seja em suas dimensões teóricas, convém lembrar, no vasto elenco de suas idéias, as que se prendem à natureza espiritual do homem, com as suas três formas de manifestação: a **ética (ethos)**, a **noética (logos)** e a **poética (oiesis)** (BOSON, 1993, p. 132) Guiando-se o homem pelo seu espírito, colocando no horizonte de sua existência esses três pontos luminosos, indicadores de suas preocupações individuais e sociais, é que os seus atos podem assumir aquele caráter que neles via Santo Tomás, ao distinguir os atos **humanos** e os atos **do homem**¹. Para **Santo Tomás**, só são autenticamente atos humanos os atos reflexivos, aqueles em que o homem faz uso da razão. Os atos instintivos, orientados por interesses irracionais ou não, atos maquinais, são atos do homem.

A doutrina de Tomás de Aquino encontra na tríplice indicação de Aristóteles a sua base principal, como muito bem sintetiza o professor Gerson de Brito Mello Bóson (1993, p. 132), nesta passagem:

Acha-se a poética no conjunto das manifestações criadoras do espírito, expressão destas, na objetivação, pelo trabalho e técnica, dos valores instituídos e concretizados na atualidade cultural. É no trabalho e na técnica que se revela a atuação poética do homem e, ao mesmo tempo, onde melhor se constituem as ocasiões de suas manifestações éticas, reveladas na forma de sua conduta. Na maneira de conduzir-se, distingue-se a moralidade do homem.

¹ Suma Teológica, 1ª. p. da 2ª, q. I; art. 1º (*apud* Do Direito Natural à Sociologia, JACQUES LECLERCQ. Duas Cidades, p.35).

Não cabe aqui descer a indagações sobre a distinção clássica entre Moral e Direito, quando nos socorremos do elemento subjetivo para definir a Moral, no interesse exclusivo do indivíduo, enquanto o Direito estaria configurado no plano da intersubjetividade. O primeiro seria uma posição individual, o segundo, uma posição social. Na base de ambos está a liberdade, valor que toca a essência do homem. A Liberdade ligada ao valor da Justiça seria própria do Direito. Considerada, porém, com a finalidade de alcançar o bem, é a Moral. Mas tanto o Direito e a Moral levam em conta os ideais da **Justiça** e do **bem** que se confundem no plano das aspirações humanas.

Para melhor ajustar o conceito ao tema proposto, valho-me da distinção estabelecida, com muita precisão, pelo ilustre autor de **Filosofia de Direito** já mencionado, por sinal um piauiense que se projetou na sua condição de filósofo do Direito, em obra pouco conhecida entre nós, mas muito rica de ensinamentos doutrinários, Gerson Bóson (*apud* Bonavides, p. 10). Diz ele: “As normas jurídicas encontram diferenciação específica no seu caráter institucional. São elas os elementos construtivos das instituições que fazem a substância da sociedade, são elas elementos substanciais construtivos do Estado. Nesse sentido é válida a observação de Jelineck de que o Direito é o **mínimo ético**, porque as normas jurídicas, claramente, se deixam recortar no panorama geral da normatividade ética. O máximo ético pertence à Moral. O jurídico é tão ético quanto a moral, mas a moral, especificamente considerada, não constrói instituições, embora possa o homem com ela fundamentá-las ou justificá-las.

Assim, quando falamos em resgate da Moral como fonte de direitos individuais e coletivos, estamos-nos referindo, em primeiro lugar, aos princípios éticos que inspiraram as Declarações de Direito no texto das constituições liberais, onde o que se proclama é a validade dos direitos individuais, sem haver interesse, por enquanto, de dar

realce às condições sociais do homem. É nesse contexto que vamos examinar como essas fontes se manifestaram e chagaram até nós, a partir de concepções jusnaturalistas.

O jusnaturalismo que temos em vista não é aquele que veio da Idade Média e que foi amplamente justificado nos trabalhos de Santo Tomás de Aquino, Santo Agostinho e outros. Extraiu ele sua concepção da **natureza** e da **razão**, na harmonia de suas relações, do que resultou um conjunto de normas artificiais para explicar a realidade humana. A conduta humana estaria pautada pelos ditames invariáveis da razão e esta, por sua vez, obedecia à ordem estabelecida pela natureza. A norma impunha-se pela sua imutabilidade e tinha a mesma aplicação em todos os lugares. O individualismo bastava-se a si mesmo e com ela manifestava-se o desejo de liberdade. **Kant** afirma: “Uma pessoa não está submetida a outras leis senão aquelas que se dá a si mesmo”.

Essa crença no primado da razão não poderia durar, porque passou a ser combatida por todos aqueles que defendiam o Direito Natural ou pugnavam para trazê-lo, novamente, ao palco das discussões teóricas, visando a alcançar o momento de sua aplicação prática. A crença numa ordem racional a justificar as ações humanas foi abalada ante os avanços impulsionados por novas concepções de natureza antropológica, que passaram ao domínio da história e da experiência científica.

Nesse contexto, há de ressaltar-se o pensamento de **Marx** e **Hegel**, um e outro descobrindo novas razões para explicar o progresso humano, o primeiro a partir do real e o segundo do ideal, numa concepção dialética do processo histórico.

Examinando essa questão em seu livro “Locke o Direito Natural, NORBERTO BOBBIO escreve estas breves palavras, que bem explicam a origem dos postulados dos Direitos Humanos na sua

versão original: “Da existência de um Estado limitado pela lei natural, nasceram: 1) o constitucionalismo moderno, oposto ao maquiavelismo; 2) as teorias da razão do Estado e do Direito Divino dos reis, contrários ao absolutismo paternalista e ao hobesiano” (*apud* BONAVIDES, 1958, p. 10) .

No fundo de todas essas questões situava-se o problema da Liberdade, cuja defesa, pelo modo como fora inserido nos textos constitucionais, ao lado da igualdade, se fortalecia cada vez mais, traduzindo compromissos do Estado e da Sociedade para com os direitos individuais e coletivos.

Essas duas rubricas correspondem a dois planos em que, teoricamente, se colocam as Declarações de Direito: no plano interno de cada Estado, que admitiu essa conquista, aparecem como Direitos fundamentais e, no plano internacional, adotou-se a designação de Direitos Humanos.

Tanto os Direitos fundamentais, como os Direitos Humanos são o resultado de movimentos de reivindicações políticas, preocupados, inicialmente, com as liberdades individuais e só, numa segunda etapa, com os direitos sociais. É o longo percurso do Estado Liberal ao Estado Social, tema este que, entre nós, brasileiros, foi tratado com muita acuidade e saber pelo ilustre constitucionalista cearense, PAULO BONAVIDES, com o livro que traz aquela designação, publicado, em primeira edição, em 1958.

Diz ele, nas primeiras páginas de seu livro: “A história da liberdade, do medievalismo feudal aos nossos dias, se acha umbilicalmente vinculada à história do Estado moderno, à sua esquematização desde o absolutismo de Hobbes ao socialismo democrático de Haroldo Lask”.

E acrescenta: “Na doutrina do liberalismo, o Estado foi sempre o fantasma que aterrorizou o indivíduo. O poder, de que não pode prescindir o ordenamento estatal, aparece, de início, na moderna teoria constitucional como o maior inimigo da Liberdade”. Esse fantasma começou a aparecer com as idéias políticas de Hobbes, e serviu para justificar as duas revoluções que culminaram em postulados doutrinários em defesa da liberdade individual: **a Americana e a Francesa.**

Inspiradas em motivos políticos diferentes, essas duas evoluções ideológica comum, expressa no texto das respectivas constituições. Essa ideologia era a do Direito Natural, assimilada com maior ou menor fidelidade às suas origens, mas postas a serviço de uma mesma causa, a que fixava os postulados axiológicos dos Direitos Humanos, tendo como ponto culminante o reconhecimento da dignidade da pessoa humana, em favor da qual se colocavam a liberdade e a igualdade.

Nesse ponto convergem os valores éticos e os valores jurídicos, aqueles como princípios norteadores da estrutura normativa que vai ser adotada em função das instituições políticas beneficiárias desses movimentos. O ambiente estava impregnado do espírito do iluminismo, como se deduz destas palavras de A. E. PEREZ LUÑO (DIREITOS humanos, 1997, p. 220) “Os direitos humanos nasceram com a modernidade no seio da atmosfera iluminista que inspirou as revoluções burguesas do século XVIII”. São, exatamente, as revoluções acima referidas com suas manifestações, no plano constitucional, em dois documentos que bem revelam os parâmetros em que se situaram os interesses neles consubstanciados. A Constituição Francesa com o nome histórico de “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão” de 1789 e a “Constituição Federal Americana” de 1787, a primeira de caráter mais individualista e formal, a segunda de conteúdo mais democrático e ético. A Declaração Francesa expressa no seu art. 16: “Toda sociedade na qual não esteja assegurada a garantia dos Direitos nem determinada a separa-

ção de poderes não tem Constituição”. Já a Constituição americana traz explicito, no seu texto, que é o povo que decide por si mesmo, como diz o seu preâmbulo: **“We, the people the United do ordain and establish this Constitution”** (CURSO...,1991, p. 105), ou seja: “Nós, o povo dos Estados Unidos, ordenamos e estabelecemos esta Constituição”. Comentando esse dispositivo, os constitucionalistas EDUARDO GARCIA ENTERRIA e TOMÁS RAMÓN FERNNÁNDEZ, mostram que ela visava; 1º estabelecer uma ordem política determinada, definida em sua estrutura básica e em sua função; 2º) porém, por sua vez, nessa estrutura há de participar de maneira predominante, senão exclusiva, o próprio povo. De modo que os exercentes do poder senão agentes e servidores do povo e não seus proprietários, e, por sua parte, essas funções hão de ser definidas como limitadas, especialmente pela concreção de zonas isentas ao poder, reservadas a autonomia.

2 LIBERDADE, DEMOCRACIA E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Revela-se, aí, o caráter liberal da Declaração Francesa e o caráter democrático da Constituição americana, cada um deles seguindo uma linha histórica, marcada, em relação à primeira, pela predominância de seu padrão ideológico e, no tocante à segunda, e pela política. Foi essa diferença, a singularizar o sistema políticos adotado pelos americanos, que levou ALEXIS TOCQUEVILLE a escrever o livro **“A Democracia na America”**, livro que se consagrou, sobretudo, nos últimos tempos, como obra sociológica fundamental. O governo descentralizado expresso no texto da Constituição e a supremacia da constituição foram por ele exaltados.

Tão divergente quando a esse ponto fundamental, o destino da Constituição Francesa foi conturbado, justamente pelo fato de traduzir ela a preocupação pela organização política do Poder do que pelas reivindicações, no campo social.

A conturbação decorreu de duas linhas seguidas ao longo da história, referindo-nos, aqui, às direções tomadas pela direita e pela esquerda. Aí assumem papel importante as Monarquias restauradas que sucedem à ruptura imposta em todo o Continente pelos exércitos de Napoleão². As Constituições que nascem nesse clima de adaptações políticas não se preocupam em abrir espaço para a participação popular, conservando-se como meros instrumentos de equilíbrio de poder para assegurar o “princípio monárquico”. Como diz o mesmo autor, “é a expressão do princípio” que, em matéria constitucional, consagra para toda a Alemanha o famoso art. 47 da Ata Final do Congresso de Viena.

Se assim se manifesta a organização político-constitucional, preocupada, numa segunda etapa, em renovar o pacto medieval entre a Coroa e o povo, muito longe, portanto, do que ocorria na América, surge a corrente esquerdista, baseada em duas vertentes de pensamento opostos em suas bases ideológicas, mas convergentes, no propósito de discutir os problemas ligados à organização do poder político. Trata-se das vertentes em que se colocaram **Hegel** e **Marx**, aquele apontando realidades a partir da idéia, este construindo conceitos a partir da realidade. Marx queria mudar a base política, na tentativa de que assim mudaria as idéias da classe dirigente, apegando-se a sua conhecida frase segundo a qual **“as idéias dirigentes dum época são as idéias da classe dirigentes”**. Com a classe operária supunha ele mudar os destinos do mundo e corrigir os desvios na ordem política estabelecida com a presença do Estado.

No embalo de tal discussão surge a colocação de **Ferdinand Lassalle** que reduziu a Constituição a um simples fenômeno sociológico, expressando tão somente as condições reais do poder, sendo de pouca relevância a Constituição escrita, mera **folha de papel**, a ser

² FERNNÁNDEZ, op. cit. p. 102.

rasgada sempre que entrasse em confronto com a Constituição real e efetiva condicionada por aqueles fatores reais.

A discussão em torno desse problema, que dividia os políticos e os ideólogos, estendeu-se ao longo do século XIX, ou mais precisamente, até o fim da Primeira Guerra Mundial, quando o quadro político se abriu para novas concepções, interpretações e conquistas.

3 PACTO DE AFIRMAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS, NOVA VERSÃO.

O fim da **Primeira Guerra Mundial** deixou um vazio imenso no espírito daqueles que haviam traçado um destino otimista para a nossa civilização. Surgiu a desconfiança, aumentou o medo e nada poderia assegurar um clima de confiança para novas conquistas. Havia uma consciência de que a História deveria recompor-se em moldes que levassem em conta o homem real, visto em suas necessidades e aspirações.

O livro de SPENGLER “**A Democracia do Ocidente**”, surgido em 1917, mostrava esse pessimismo, o que levou o seu prefaciador, na edição espanhola, José Ortega y Gasset, a afirmar:” **La verdad es que no se comprende cómo una guerra puede destruir la cultura**”.

Não apenas se podia lamentar a perda da cultura, mas indo mais além, lamentar também que os valores jurídicos eram os mais ameaçados. Surgia, então, a catástrofe provocada de um lado pelo **Nazismo** e, do outro, pelo **Fascismo**, tinha-se impressão de que as nações envolvidas não se encontrariam para discutir idéias, nem os valores que haveriam de ser, necessariamente, restaurados e na base dos quais estava o reconhecimento da dignidade da pessoa humana.

Esse o valor essencial a ser defendido e preservado, pois dele dependia o futuro da Humanidade e a reconstrução da História, em suas linhas marcadamente humanizadoras.

Sáimos, assim, do campo meramente teórico, das contendas ideológicas, das indefinições históricas e políticas para chegarmos a um pacto social, unindo povo e nações. Com esse pacto se fez a base da proclamação dos Direitos Humanos.

Era o retorno, de forma efetiva, de postulados que haviam sido esquecidos – como o do Direito natural, fonte que alimentou o sistema jurídico ocidental e que sofrera processos de esgotamento, por desvios de teorias que granjearam grande prestígio como o Positivismo puro.

Era uma versão nova do Direito Natural, na compreensão de Norberto Bobbio (2000, p. 487), ao afirmar: “Se a doutrina do Direito Natural é tão antiga quanto a Filosofia ocidental, a doutrina dos direitos naturais, que está na base das famosas Declarações, é moderna”.

Sabemos todos o quanto significou esse avanço para alcançarmos a versão definitiva desses direitos, as Declarações que precederam o documento máximo representado pela **Declaração Universal dos Direitos Humanos, da ONU, de 1948**.

Antes, a **Carta das Nações Unidas (1948)**, considerado o primeiro documento histórico a abria caminho para a conquista definitiva, proclama, no seu Preâmbulo, “**a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor da pessoa humana, na igualdade dos direitos dos homens e das mulheres, e das nações grandes e pequenas**”. Iniciava-se, aí, a abertura para a internacionalização dos Direitos do Homem que a Declaração Universal, acima referida, haveria de consumir, num texto descritivo, mas, sobretudo, positivo quanto às situações concretas de proteção desses direitos.

O âmbito de validade e eficácia de suas disposições passou a ser a própria humanidade. Para efetivar esses direitos, através de instrumentos que vêm sendo utilizados, de formas diversas e principalmente pela elaboração de tratados internacionais de proteção, os quais, nas palavras de FLAVIA PIOVESAN (2003, p. 322): “refletem, sobretudo, a consciência ética contemporânea compartilhada pelos Estados na medida em que invocam o consenso internacional a cerca de temas centrais dos direitos humanos. Há, assim, um processo de internacionalização dos direitos humanos, lembrando a citação da autora, além de alguns pactos e convenções, a **Declaração de Direitos Humanos de Viena, de 1993**, ao afirmar, no seu art. 5º: “**Todos os direitos humanos são universais, interdependentes e inter-relacionados**. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos globalmente de forma justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase”.

Essa importante declaração de Viena é produto de um conselho de povos e nações, pois foi ela assinada por 171 Estados, num amplo espectro de compromissos morais e jurídicos, éticos e filosóficos, como diretriz de governo e objetivos políticos.

No nosso Continente os governos são movidos pelas mesmas intenções e preocupações, comprovadas pela publicação de importantes documentos na mesma linha. Vale lembrar à **Declaração Americana dos Direitos e Deveres do homem** que antecedeu a própria **Declaração Universal e à Convenção Americana de Direitos Humanos**, mais conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, de 1969.

As novas Constituições surgidas nesse período, na Europa e America trazem os seus textos enriquecidos e fortalecidos por estes postulados ético-jurídicos, inscrevendo-se nele Direitos Fundamentais inspirados nos mesmos princípios adotados por aquelas Cartas.

Embora as Declarações de Direito e os demais documentos expressem um estado de consciência dos seus signatários, a forma como se dá sua aplicação prática é diferente, como anotou KONRAD HESSE. Há, assim, Nações que se interessam por expressar, no texto de suas Constituições, o elenco desses Direitos, a título de Direitos Fundamentais. É o caso das constituições mais modernas, ligadas à nossa cultura e à nossa tradição, como a da Alemanha, da Itália, da Espanha e de Portugal.

A nossa Constituição de 1988 é minuciosa na indicação desses direitos, sendo de salientar-se o conteúdo do seu **Preâmbulo**, que condensa valores éticos, políticos, sociais relativos aos valores individuais, sociais e coletivos. Na França, a adesão se funda na tradição histórica, a partir da Carta de 1879, enquanto na Inglaterra a significação desses direitos se explica pela tradição da *common law* que passou, também, para os americanos do Norte.

Com todas essas manifestações que traduzem uma consciência universal da dignidade da pessoa humana, ter-se-ão de considerar os fatores éticos, culturais, regionais, políticos e religiosos, a conferirem padrões diferenciados no modo de aplicar os princípios que se inscrevem nos textos das Constituições e das Leis.

No que tange aos valores individuais é bom lembrar que teve importância singular, para defini-los, como expressão da autonomia da vontade e, portanto, da liberdade, a codificação do século XIX. No que toca aos valores coletivos, as Constituições desempenham seu papel, sobretudo em nossos dias, onde elas apontam para a diversidade das situações humanas no meio social. Em todos eles a moral é fonte de renovação dos direitos individuais e coletivos, como é fácil deduzir-se do sistema jurídico em que nossa cultura se integra.

Cabe a nós, cientistas do Direito, aplicadores da Lei e estudantes de nossas Universidades, aprimorar, cada dia, o conteúdo das relações jurídicas e fazer com que elas venham impregnadas dos valores morais.

O resgate da moral, como fonte dos direitos individuais e coletivos, é o compromisso que devemos assumir, sobretudo em momentos como este, em que a defesa do Direito se torna inadiável, na medida em que ele é reclamado pelas necessidades sociais, pela renovação política e pela igualdade econômica.

Devemos acompanhar o renascimento das formas de organização social, dada a convicção que nos anima de que, nas palavras de Norberto Bobbio, “o que está sempre renascendo é a necessidade da luta da liberdade contra a opressão, da igualdade contra a desigualdade e da Paz contra a guerra”.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política**. 6. ed. São Paulo: Campus, 2000

BOSON, Gerson de Brito Mello. **Filosofia do Direito interpretação antropológica**. 2. ed. Del Rey, 1993.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. Fortaleza: Imprensa Universidade do Ceará, 1958.

CURSO de Direito Administrativo. Tradução. Revista dos Tribunais, 1991.

DIREITOS humanos. In: **Dicionário de Pensamento Contemporâneo**. Paulus: 1997, p. 220.

Paidéia: A Formação do Homem Grego. Universidade de Brasília: Martins Fontes, 1989.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e Jurisdição Constitucional Internacional. **Revista Latino Americana de Estudos Constitucionais**, São Paulo, n. 1, 2003, p. 322.

QUEBRA DE PARADIGMAS E INTERPRETAÇÃO JURÍDICA: ENTRE INSTRUMENTALISMO E CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PROCESSO

José Emílio Medauar Ommati*

O tema que me foi proposto neste prestigiado I Congresso Brasileiro de Filosofia do Direito foi “Quebra de Paradigmas e Interpretação Jurídica: Entre Instrumentalismo e Constitucionalização do Processo”. Pretendo demonstrar que a teoria processual brasileira passa por um momento denominado por Thomas Kuhn de transição paradigmática, isto é, a teoria processual pátria vem passando por reformulações a partir da Constituição de 1988 no sentido de se quebrar ou se pretender quebrar um paradigma processual típico do Estado Social, o da instrumentalidade do processo, para se construir uma teoria processual mais adequada ao marco do paradigma do Estado Democrático de Direito, teoria essa denominada por alguns autores como neo-institucionalista¹, mas que prefiro apenas designar como teoria constitucional do processo

* Mestre e Doutor em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da UFMG; Professor de Teoria do Estado, Teoria da Constituição, Hermenêutica e Argumentação Jurídica e Direito Administrativo I da PUC Minas – Campus Serro(MG).

¹ Nesse sentido, vide: LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: Primeiros estudos**. 8. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2009; LEAL, André Cordeiro. **O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002; LEAL, André Cordeiro. **A instrumentalidade do processo em crise**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008; NUNES, Dierle José Coelho. **Direito Constitucional ao Recurso: Da teoria geral dos recursos, das reformas processuais e da participação nas decisões**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006; NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático: Uma análise crítica das reformas processuais**. Curitiba: Juruá Editora, 2008; MADEIRA, Dhenis Cruz. **Processo de conhecimento & cognição: Uma inserção no Estado Democrático de Direito**. Curitiba: Juruá Editora, 2008.

ou do processo como procedimento em contraditório, seguindo os passos de Elio Fazzalari, o idealizador da teoria.²

Para que possamos compreender essa crise paradigmática pela qual passa a doutrina e a prática processuais brasileiras, necessário antes entendermos o significado do termo paradigma, tal como idealizado por Thomas Kuhn, como tal noção foi transportada para o Direito e como os diversos paradigmas vislumbravam o Direito Processual, além de mostrarmos como essas questões estavam relacionadas com a própria visão paradigmática da interpretação jurídica.

Assim, este artigo estará dividido em três partes. Na primeira parte, mostraremos a noção de paradigma e como essa idéia chegou ao Direito(I). Na segunda parte, mostraremos os vários paradigmas jurídicos da modernidade e como esses paradigmas encaravam a interpretação jurídica(II). Ao final, na terceira e última parte, veremos como esses paradigmas encaravam o Direito Processual e como deve ser visto o processo hoje no paradigma do Estado Democrático de Direito(III).

I

Em trabalho anterior, mostrei como Thomas Kuhn era herdeiro de uma tradição hermenêutica iniciada por Martin Heidegger, que ganhou continuidade com Hans-Georg Gadamer e recebeu um influxo pragmático de Ludwig Wittgenstein das Investigações Filosóficas.³ Todos esses autores, inclusive o próprio Thomas Kuhn, produziram

² FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. Campinas: Bookseller, 2006.

³ OMMATI, José Emilio Medauar. **O sentido do termo racismo empregado pela Constituição Federal de 1988: Uma análise a partir do voto do Ministro Moreira Alves no HC 82.424/RS**. In: Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais. Número 8. Janeiro/junho de 2008. Fortaleza: Instituto Albaniza Sarasate, 2008, p. 543-587.

uma crítica feroz ao modelo positivista de ciência, baseado na crença de que a racionalidade humana seria ilimitada e de que era possível construir uma ciência neutra, com métodos puros, para se atingir uma verdade universal. Criticando a concepção até aquele momento predominante de que a ciência evoluía de forma contínua e linear, Kuhn ressaltará em sua obra mais impactante para a filosofia, filosofia da ciência, epistemologia e história da ciência, que, ao contrário do que pensado até aquele momento, a ciência não evoluía de maneira contínua e linear, mas por grandes saltos, rupturas, que o autor denominou de revolução. E essa revolução rompia com o passado de forma total, com a forma como os cientistas realizavam suas pesquisas científicas, com a forma como eles resolviam os quebra-cabeças colocados por sua área específica, o que Kuhn denominou de paradigma científico.⁴

Um paradigma é a forma como determinada comunidade científica resolve seus problemas, seus quebra-cabeças e um paradigma é tanto melhor quanto mais tenha a capacidade de resolver esses quebra-cabeças. Para Kuhn, é claro que um paradigma não pode resolver todos os problemas; ele sempre apresenta espaços vazios, problemas, mas o paradigma apresenta uma flexibilidade tal que possibilita adaptar-se a esses imprevistos. Assim, já contra Popper, que pensava que uma teoria é científica se puder ser falsificada, Kuhn mostrará que um paradigma científico somente será falsificado, no sentido de Popper, quando ele estiver em crise, naquele momento em que Kuhn denomina de transição paradigmática. Esse momento se dá quando os problemas apresentados ao paradigma existente não são mais solucionados com as peças desse paradigma, o que levará ao fim do mesmo e ao surgimento de uma revolução científica, rompendo completamente com o paradigma até então em voga, que é substituído por um outro paradigma.

⁴ KUHN, Thomas S. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. 5. ed., São Paulo: Perspectiva, 1997.

Assim, ao contrário da visão apresentada nos manuais, a história e a ciência não são lineares, mas apresentam grandes rupturas, revoluções. Além desse sentido, o termo paradigma possui um outro, ressaltado por Kuhn na seguinte passagem de sua obra:

Percebe-se rapidamente que na maior parte do livro o termo “paradigma” é usado em dois sentidos diferentes. De um lado, indica toda a constelação de crenças, valores, técnicas, etc..., partilhadas pelos membros de uma comunidade determinada. De outro, denota um tipo de elemento dessa constelação: as soluções concretas de quebra-cabeças que, empregadas como modelos ou exemplos, podem substituir regras explícitas como base para a solução dos restantes quebra-cabeças da ciência normal.⁵

A noção de paradigma, enquanto um conjunto de concepções e pré-concepções compartilhadas por uma determinada comunidade em uma dada época e local, está intimamente relacionada com as noções de temporalidade do ser, de Heidegger, do caráter hermenêutico da condição humana de Gadamer, dos jogos de linguagem de Wittgenstein, pois as concepções e pré-concepções dessa comunidade só podem se dar através da linguagem.

Além disso, para Kuhn, a mudança de paradigma se dá através de uma conversão dos cientistas, da fé dessa comunidade no sentido de que esse novo paradigma resolverá os problemas não resolvidos pelo paradigma anterior, e que um novo paradigma leva a comunidade até mesmo a observar de forma diferente, falar de forma diferente, de maneira que Kuhn lança a idéia de léxico. Toda língua possui um léxico,

⁵ KUHN, Thomas S. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. *Op.cit.*, p. 218. No mesmo sentido, vide: CATTONI, Marcelo. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 52-54. CATTONI, Marcelo. **Direito Processual Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001, p. 143.

isto é, uma rede de conceitos empíricos inter-relacionados no qual nenhum conceito tem significado quando tomado individualmente, mas somente quando visto como um momento dependente no interior dessa rede conceptual. É o “holismo local” da linguagem, como Kuhn o chama, o fato de que um conceito e seu uso correto nunca podem ser aprendidos isolados do uso correto dos outros. E a despeito de que cada falante possa utilizar critérios diferentes para estabelecer a referência de cada conceito a um determinado objeto ou situação, a rede de relações entre os conceitos deve ser a mesma para todos os falantes da comunidade lingüística a fim de que um conceito possa ser usado corretamente. Essa rede de relações invariantes entre os conceitos de toda a comunidade lingüística é o que Kuhn chama de estrutura do léxico. Kuhn afirma tudo isso para demonstrar que entre paradigmas rivais existe como que um fosso, que ele chama de intradutibilidade de paradigmas rivais vinculada à incomensurabilidade dos mesmos.⁶

Mas, ao contrário do que poderia parecer, essa posição não leva ao relativismo e ao ceticismo, pois Kuhn continua a acreditar nas idéias de verdade e de progresso. Verdade e progresso como possibilidades de solucionar mais e de forma mais adequada os problemas postos pelos cientistas:

[...] As teorias científicas mais recentes são melhores que as mais antigas, no que toca à resolução de quebra-cabeças nos contextos freqüentemente diferentes aos quais são aplicadas. Essa não é uma posição relativista e revela em que sentido sou um crente convicto do progresso científico.⁷

⁶ Nesse sentido, vide: KUHN, Thomas S. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. *Op.cit.*, p. 246 a 247. No mesmo sentido, vide: CARVALHO, Helder Buenos Aires de. **Tradição e Racionalidade na Filosofia de Alasdair MacIntyre**. São Paulo: Unimarco, 1999, p. 149-150.

⁷ KUHN, Thomas S. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. *Op.cit.*, p. 252 - 253.

Outra incompreensão da teoria de Kuhn se relaciona com o fato da ocorrência das revoluções. Poderia parecer que uma revolução romperia com o passado de forma radical, não mantendo nada do passado. Mas, não é correta essa perspectiva, e aí se mostra a relação de Kuhn com Gadamer, por exemplo. Em Gadamer, uma tradição pode e é revista, de tempos em tempos, mas ela nunca desaparece completamente. Algo do antigo sempre fica, de maneira atualizada.⁸ Da mesma forma, com os paradigmas científicos. Um paradigma novo sempre é devedor das concepções anteriores, nem que seja para mostrar que só havia equívocos quando se pretendiam explicações. E o novo paradigma sempre incorpora o paradigma anterior, pois, como demonstrado acima, o novo paradigma se impõe, na medida em que consegue melhor resolver os problemas não solucionados pelo anterior e, para demonstrar isso, ele deve contar a história da disciplina e como ele resolve melhor os problemas não resolvidos pelo paradigma antigo.

Ao contrário do que poderia parecer, mesmo rupturas aparentemente radicais incorporam o paradigma anterior. Assim, por exemplo, a física fundada por Newton e Kepler, um exemplo dado por Kuhn, incorpora a de Ptolomeu, mostrando que o paradigma prevalecente até então não estava de acordo com dados observáveis, por exemplo. Assim, um novo paradigma seria como a continuação de uma narrativa de determinada comunidade científica.⁹

⁸ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 2ª edição, Petrópolis: Vozes, 1998.

⁹ A seguinte passagem é esclarecedora: “[...] *Todavía, estas teorías especulativas eram todas elas anátoma para os cientistas que Darwin tratou de persuadir, no processo de tornar a teoria evolucionista um ingrediente da herança intelectual ocidental. O que Darwin fez, ao contrário dos predecessores, foi mostrar como os conceitos evolucionistas se deviam aplicar a um conjunto de materiais de observação que só foram acumulados durante a primeira metade do século XIX e foram, de modo totalmente independente das idéias evolucionistas, perturbando desde logo várias especialidades científicas reconhecidas.*

Essa relação entre o paradigma novo e o paradigma anterior é uma relação hermenêutica, já que, como mostrado, o novo paradigma incorpora o anterior em sua narrativa do desenvolvimento da ciência, reinterpreta-o à luz do que agora é tido como verdade, solucionando, nos diversos contextos, ou nos jogos de linguagem os mais diversos, para dizer com Wittgenstein¹⁰, mais e mais problemas, até que esse novo paradigma se esgote e seja suplantado por um novo, que reinicia toda a história, reinterpretando os paradigmas anteriores e incorporando-os à sua descrição, trazendo cada vez mais complexidade.

Assim é que, mesmo contra a resistência de Kuhn, defendo ser possível aplicar a noção de paradigma ao Direito, tal como feito por autores como Jürgen Habermas e, no Brasil, Menelick de Carvalho Netto e Marcelo Cattoni. Nesse sentido, são as palavras de Habermas:

Los órdenes jurídicos concretos representan no solo distintas variantes de la realización de los mismos derechos y principios; en ellos se reflejan también paradigmas jurídicos distintos. Entiendo por tales las ideas típicas y ejemplares de una comunidad jurídica en lo tocante a la cuestión de cómo pueden realizarse el sistema de los derechos y los principios del Estado

*Esta parte da história de Darwin, sem a qual não se pode compreender o todo, exige a análise do estado mutável, durante as décadas que precederam a **Origem das Espécies**, de campos como a estratigrafia e a paleontologia, o estudo geográfico da distribuição da flora e da fauna, e o sucesso crescente dos sistemas classificativos que substituíram as semelhanças morfológicas pelos paralelismos de funções de Lineu. Os homens que, ao desenvolverem sistemas naturais de classificação, falaram pela primeira vez de gavinhas como folhas ‘abortadas’, ou que explicaram o diferente número de ovários em espécies de plantas estreitamente relacionadas, referindo-se à ‘aderência’ de órgãos numa espécie, e a órgãos separados na outra, não eram de modo algum evolucionistas. Mas, sem o seu trabalho, a **Origem de Darwin** não podia ter atingido quer a sua forma final quer o seu impacto no público científico e leigo.” KUHNS, Thomas S. **A Tensão Essencial**. Lisboa: Edições 70, 1989, p. 181.*

¹⁰ WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. 2ª edição, Petrópolis: Vozes, 1996.

de derecho en el contexto efectivamente percibido de la sociedad dada en cada caso.

Un paradigma jurídico explica, con ayuda de un modelo de la sociedad contemporánea, de qué modo han de entenderse y manejarse los principios del Estado de derecho y los derechos fundamentales, para que puedan cumplir en el contexto dado las funciones que normativamente tienen asignadas.”¹¹

Em outra passagem, Habermas explica como funcionam os paradigmas jurídicos:

Na medida em que funcionam como uma espécie de pano de fundo não temático, os paradigmas jurídicos intervêm na consciência de todos os atores, dos cidadãos e dos clientes, do legislador, da justiça e da administração.¹²

Fazendo dessa longa história uma história breve, bastante breve, essas noções de paradigma, de historicidade do homem e da importância dos preconceitos para o desenvolvimento da Ciência, também vão influenciar o Direito, a partir da década de 60, em uma discussão iniciada na Alemanha. Nesse momento, percebe-se que no Direito também havia paradigmas. Essa discussão sobre os paradigmas no Direito iniciou-se na Alemanha a partir do Direito Privado, deslocando-se posteriormente para o Direito Público.¹³ Assim, a história jurídica da modernidade passou

¹¹ HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y Validez: Sobre el Derecho y el Estado Democrático de Derecho en términos de Teoría del Discurso**. Madrid: Trotta, 1998, p. 263-264.

¹² HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: Entre Facticidade e Validade**. Vol. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 131.

¹³ Habermas mostra muito bem essa evolução da discussão sobre a existência de paradigmas no Direito quando afirma: “*A origem dos autores até agora citados revela que a mudança de paradigmas foi discutida inicialmente no âmbito do direito privado.*” **In:** HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: Entre Facticidade e Validade**. Vol. II. *Op.cit.*, p. 132.

a ser revista a partir dos paradigmas do Estado de Direito, do Estado de Bem-Estar Social e do Estado Democrático de Direito.

II

Pois bem. Fazendo um corte histórico violento e apenas para os objetivos deste texto, o paradigma do Estado de Direito surge com as revoluções burguesas do final do século XVIII: a Revolução Francesa e a Revolução Americana. Aqui, analisarei apenas as conseqüências jurídico-hermenêuticas da Revolução Francesa, por terem os franceses se preocupado mais em teorizar essas questões. Com a vitória da Revolução Francesa, os revolucionários trataram de elaborar documentos jurídicos que pudessem limitar o poder real. Nunca os revolucionários pretenderam acabar com a Monarquia. Queriam, isso sim, limitá-la.¹⁴ Assim, redigiram a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789 e, para nós o que é mais importante, a Constituição Francesa de 1791. No entanto, por contingências históricas, a Revolução Francesa levou a uma ditadura e, depois de marchas e contra-marchas, à vitória de Napoleão Bonaparte que, pretendendo manter os avanços da Revolução Francesa, impôs a promulgação do Código Civil Francês.

Já antes da promulgação do Código Civil Francês, os teóricos mais importantes entendiam que, por força do princípio da separação de poderes consagrado no artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, ao juiz não caberia interpretar a lei, mas simplesmente aplicá-la, sendo ele a “boca da lei”. Esse entendimento decorreu em grande medida da desconfiança dos franceses em relação aos Magistrados no período anterior e ao trabalho e influência de Montesquieu. Mas, com o Código Civil Francês toda essa visão de

¹⁴ Nesse sentido, vide a excelente obra sobre a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de Stéphane Rials: RIALS, Stéphane. **La Déclaration des Droits de L’Homme et du Citoyen**. Paris: Hachette, 1988.

mundo ficou mais forte. Agora, o direito francês se resumia ao Código Civil, também conhecido como Código de Napoleão, a ponto de alguns juristas da época afirmarem textualmente que o direito francês encontrava-se totalmente no Código Napoleão. Era a crença iluminista na razão levada ao seu extremo. O legislador, cientista racional, somente poderia produzir leis racionais, claras, objetivas, sendo desnecessária qualquer atividade interpretativa. Ao aplicador, caberia simplesmente utilizar o raciocínio silogístico, dedutivo, matemático, mecânico. Não é por outro motivo que Paolo Grossi, ao dissertar sobre o Código Civil francês, qualificou toda a ideologia subjacente a ele de uma verdadeira mitificação. Em uma passagem longa, mas interessante e que merece ser citada, afirma o historiador do Direito italiano:

O Código revela plenamente a sua filiação ao Iluminismo. O Príncipe, indivíduo modelo, modelo do novo sujeito liberto e fortificado pelo humanismo secularizador, tem condições de ler a natureza das coisas, decifrá-la e reproduzi-la em normas que podem ser legitimamente pensadas como universais e eternas, como se fossem a tradução em regras sociais daquela harmonia geométrica que rege o mundo. Aqui se manifesta a fundamentação jusnaturalista, que reveste de eticidade a certeza de que o Código se faz portador, já que, quando se torna possível ler a natureza das coisas, a veia ética passa a ser certa, mesmo se no fundo não existe mais o Deus-pessoa da tradição cristã, mas, no seu lugar, uma vaga divindade panteisticamente vislumbrada; desse modo, passa a ser certa a mitificação. Não é errado falar de catecismo, do Código como catecismo.”¹⁵

No entanto, logo se viu que os fatos eram muito mais ricos do que as previsões hipotéticas encontradas nos dispositivos legais. Os aplicadores do direito francês rapidamente se viram com o

¹⁵ GROSSI, Paolo. **Mitologias Jurídicas da Modernidade**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 111-112.

problema de decidir casos concretos em que a lei ou era obscura ou, e o que era pior, não havia nem mesmo lei para solucionar a controvérsia. A dedução silogística não funcionava para esses casos. O que fazer?

Necessário seria conceder poder aos aplicadores para a interpretação dos dispositivos legais. Mas, não foi isso que foi feito em um primeiro momento, ainda por força do dogma da impossibilidade de interpretação por parte dos aplicadores como decorrência do princípio da separação de poderes. Assim, em um primeiro momento, quando o juiz se encontrasse com dúvida sobre o sentido do dispositivo legal a ser aplicado, ele deveria remeter a questão ao legislador, que faria uma interpretação autêntica do texto normativo duvidoso. Foi o que eles chamaram de referendo legislativo. Essa solução se mostrou rapidamente inadequada. Daí, avançaram para permitir a interpretação do juiz-aplicador, mas apenas quando houvesse obscuridade ou quando não houvesse uma lei específica para o caso. O juiz deveria sempre buscar a vontade do legislador, utilizando-se de métodos racionalmente controláveis e de métodos outros para colmatar as lacunas do direito. Os métodos de interpretação pensados nesse paradigma e que chegaram à França por força do trabalho de um alemão, Friedrich Carl von Savigny, e que ainda hoje são citados pela doutrina tradicional como os métodos de interpretação do direito, são o gramatical, o histórico, o sistemático e o teleológico. Aqui, não explicarei esses métodos, por não ser objetivo deste trabalho.¹⁶ Tudo isso serve apenas para ressaltar a tentativa dos franceses, que são tomados aqui como modelos exemplares do paradigma do Estado de Direito, de controlarem racional e metodicamente a interpretação dos textos jurídicos, buscando sempre a vontade do legislador.

¹⁶ Existe uma vasta bibliografia sobre essa história. Apenas como exemplo, podem ser citadas: HESPANHA, Antônio Manuel. **Cultura Jurídica Européia: Síntese de um Milénio**. 3.ed., Mira-Sintra: Edições Europa-América, 2003; WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980.

Contudo, essa crença era problemática e as pessoas daquela época já vislumbravam os problemas: como saber com certeza qual a vontade do legislador? Se, sabiam eles, já era difícil saber com certeza a vontade de um indivíduo, imagine então descobrir a vontade de pessoas as mais diversas reunidas em um órgão legislativo. A saída era a utilização dos debates parlamentares, mas também ela problemática, ao dificultar sobremaneira o ato interpretativo e a aplicação do direito. Imagine o Judiciário tendo que realizar uma pesquisa no Parlamento para buscar os debates parlamentares da lei que se pretendia interpretar. Agora imagine o caso em que haveria um conflito de normas a serem interpretadas. Buscar os debates parlamentares de todas elas para se encontrar o real significado das mesmas? Aqui, clara está a visão platônica de que as palavras portam em si o seu próprio significado, cabendo aos intérpretes apenas descobrir a essência das palavras.

Tendo em vista todos esses problemas, o paradigma do Estado de Direito pensou alternativas para solucionar esses problemas inicialmente não visualizados. Assim, da vontade do legislador passou-se para a vontade da lei. Para alcançar a vontade da lei, os métodos de interpretação gramatical, histórico, sistemático, teleológico, dando-se prevalência a este último, pois com ele, buscava-se a finalidade da lei. Com isso, achou-se que era possível sempre encontrar uma única interpretação e uma única decisão para cada caso.¹⁷

Mas, esse paradigma entra em crise, quando cada vez mais se percebeu que em muitas situações poderia haver uma multiplicidade de interpretações e de soluções possíveis para um determinado caso. Com Kelsen, percebeu-se que a linguagem é aberta, possui muitos

¹⁷ FERRARA, Francesco. **Interpretação e Aplicação das Leis**. 4. ed., Coimbra: Arménio Amado – Editor Sucessor, 1987, p. 111-196; OMMATI, José Emílio Medauar. **A igualdade no paradigma do Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2004.

significados e que os métodos de interpretação não levam a uma única decisão correta, mas a uma moldura de possibilidades, cabendo ao intérprete autêntico decidir, em sua discricionariedade, a possibilidade que ele achar a mais conveniente.¹⁸ O modelo kelseniano de interpretação do Direito, como o modelo de interpretação do Direito do paradigma do Estado Social, é todo ele “semântico-sintático”, relevando o problema da ambigüidade e vaguidade dos termos e expressões jurídicas, cabendo ao intérprete determinar o quadro semântico das aplicações juridicamente corretas. Contudo, a delimitação desse quadro é intermediada por operações lógico-sintáticas.¹⁹

Ainda de acordo com Kelsen, o juiz, intérprete autêntico do Direito, poderia até mesmo decidir fora da moldura criada pela Ciência do Direito, já que estava autorizado pelo Direito a dar uma decisão. Nesse sentido:

[...] A propósito importa notar que, pela via da interpretação autêntica, quer dizer, da interpretação de uma norma pelo órgão jurídico que a tem de aplicar, não somente se realiza uma das possibilidades reveladas pela interpretação cognoscitiva da mesma norma, como também se pode produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar apresenta.²⁰

¹⁸ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6ª edição, São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 387 - 397.

¹⁹ Nesse sentido, vide: NEVES, Marcelo. **A Interpretação Jurídica no Estado Democrático de Direito**. In: GRAU, Eros Roberto e GUERRA FILHO, Willis Santiago (orgs.). **Direito Constitucional: Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 358. De fato, a interpretação de Marcelo Neves afigura-se correta. É só pensarmos em outro grande autor desse paradigma: Herbert L.A. Hart, quando afirma textualmente o problema da vaguidade e da textura aberta do Direito. Nesse sentido, vide: HART, Herbert L.A. **O Conceito de Direito**. 3ª edição, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 137 a 149 e p. 335 - 339; BOURETZ, Pierre. **Le Droit et la Règle: Herbert L. A. Hart**. IN: BOURETZ, Pierre. **La Force du Droit: Panorama des Débats Contemporains**. Paris: Éditions Esprit, 1991, p. 41 - 58.

²⁰ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. *Op.cit.*, p. 394.

Aqui se revela a característica principal do Estado de Bem-Estar: a materialização. Se o paradigma do Estado de Direito ou Estado Liberal pode ser resumido a partir da noção de formalidade, o paradigma do Estado Social pode ser resumido a partir da idéia de materialização. Como o Estado era agora obrigado a realizar uma série de prestações positivas, materializando os direitos, passou-se a entender que cabia também ao Judiciário realizar tais prestações. Daí porque Kelsen dirá que o aplicador do Direito poderá dizer o que é o Direito, já que autorizado por uma norma jurídica superior. Não importa mais a forma, o procedimento. O que importa agora é o conteúdo. E o que é pior: qualquer conteúdo será jurídico se emanado do órgão autorizado a proferir a decisão.

Percebeu-se, no entanto, que essa concepção era prenhe de problemas. Deixava nas mãos do aplicador todo o poder para definir o sentido dos textos jurídicos, tornando o ato de interpretação um ato de mera vontade e não de conhecimento e, portanto, impossível de controle e de justificação²¹.

Não foi por outro motivo que um autor como Ronald Dworkin, nos Estados Unidos, se opondo ao modelo de Direito de Hart, bastante semelhante ao de Kelsen, vai propor uma nova perspectiva para se entender o direito e o ato de interpretação das normas jurídicas, marcando, assim, a crise do Estado de Bem-Estar Social e o surgimento

²¹ Nesse sentido, vide: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Interpretação como Ato de Conhecimento e Interpretação como Ato de Vontade: A Tese Kelseniana da Interpretação Autêntica.** *IN:* CATTONI, Marcelo. (Coordenação). **Jurisdição e Hermenêutica Constitucional.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 121 - 149; CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. **Tertium Non Datur: Pretensões de Coercibilidade e Validade em Face de uma Teoria da Argumentação Jurídica no Marco de uma Compreensão Procedimental do Estado Democrático de Direito.** *In:* CATTONI, Marcelo. (Coordenação). **Jurisdição e Hermenêutica Constitucional.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 79 - 120.

do paradigma do Estado Democrático de Direito, também denominado por alguns de paradigma procedimentalista do Direito.²²

A grande novidade do paradigma do Estado Democrático de Direito no tocante à interpretação jurídica será a incorporação dos princípios jurídicos como normas e, portanto, passíveis de serem utilizados para resolver casos concretos e, com o aparecimento dos princípios jurídicos, a redução, para alguns²³, e a total eliminação, para outros²⁴, da discricionariedade na aplicação do Direito. Além disso, o paradigma do Estado Democrático de Direito vai ser marcado também pela idéia de procedimentalização, ou seja, vai requerer a necessidade de procedimentos previamente estabelecidos para a tomada de decisões vinculantes, justamente para se garantir a todos os afetados a participação na construção da decisão que os vinculará. Haverá, portanto, no Estado Democrático de Direito, a conjugação das idéias de validade e legitimidade, no sentido de que somente serão válidas aquelas normas que contaram, pelo menos em potencial, com a participação de todos os possíveis afetados. Portanto, se no paradigma liberal a idéia-chave era a formalidade e no Estado Social a idéia-chave era a materialização, no Estado Democrático de Direito a idéia-chave será a procedimentalização e a participação dos afetados.²⁵

²² Esse é o termo utilizado por Jürgen Habermas em sua famosa obra. Nesse sentido, vide: HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y validez: Sobre el derecho y el Estado Democrático de Derecho en términos de teoría del discurso.** *Op.cit.*

²³ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** São Paulo: Malheiros, 2008.

²⁴ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** São Paulo: Martins Fontes, 2003; DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio.** São Paulo: Martins Fontes, 2000; DWORKIN, Ronald. **O império do Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 1999.

²⁵ Nesse sentido, vide, dentre outros: HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y validez: Sobre el derecho y el Estado Democrático de Derecho en términos de teoría del discurso.** *Op.cit.*; DUARTE, David. **Procedimentalização, Participação e Fundamentação: Para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório.** Coimbra: Almedina, 1996.

Pois bem. No que concerne à interpretação jurídica, ou seja, no que respeita ao carácter normativo dos princípios e a forma de sua aplicação, apesar da proximidade entre os autores, haverá uma grande divergência entre eles justamente na forma como entendem os princípios: para os seguidores de Robert Alexy, os princípios jurídicos são valores, enquanto para os seguidores de Ronald Dworkin os princípios jurídicos são normas. Vejamos, então, a perspectiva dos dois autores mais importantes no que respeita à visão principiológica: Robert Alexy e Ronald Dworkin.

Robert Alexy, jurista e filósofo alemão, em sua teoria, diz-se herdeiro dos ensinamentos de Ronald Dworkin.²⁶ De acordo com Alexy, citando os trabalhos de Ronald Dworkin, o grande equívoco dos positivistas seria o de terem concebido o ordenamento jurídico apenas como um conjunto de regras. Na verdade, afirma o autor, o ordenamento jurídico é bem mais complexo do que um conjunto de regras, sendo formado por regras e princípios.

Mas, qual seria a diferença entre regras e princípios?

Para Alexy, e mais uma vez citando a obra de Ronald Dworkin, a diferença entre essas duas categorias de normas não se refere à maior generalidade de uma em detrimento da outra(o princípio sendo mais genérico do que a regra) ou pelo fato do princípio originar-se regras(o carácter normogenético dos princípios), como afirma uma longa e venerável tradição.²⁷ A diferença, diz Alexy, se dá quanto à forma de resolução dos conflitos entre essas espécies normativas. Assim, no conflito entre regras devem-se utilizar os critérios clássicos de resolução das antinomias, devendo uma das regras ser retirada do ordenamento

²⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. *Op.cit.*

²⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. *Op.cit.*

jurídico, pois o conflito entre as regras se dá na dimensão da validade. Já o conflito entre princípios não leva à revogação de um deles, pois o que está em jogo é a dimensão da aplicação; o conflito entre princípios se dá entre princípios igualmente válidos. Portanto, no caso de conflito entre princípios, a solução se dá pelo critério do peso, da maior importância de um princípio em detrimento do outro. Mas, esse maior peso não significa que o outro princípio menos importante não será aplicado. Significa que se deve fazer uma ponderação entre eles, de modo a aplicá-los da melhor forma possível, em seu maior grau. É isso que Alexy chama de ponderação ou otimização de princípios.²⁸

Ora, para Alexy, a diferença entre princípios e regras não se centra na maior generalidade e abstração dos princípios em face das regras ou no fato dos princípios poderem se originar regras, repetimos. Mas, sim, na forma diferente de resolução de conflito entre princípios e entre regras. A colisão entre princípios é resolvida na dimensão do peso, através de uma ponderação ou otimização entre eles; já o conflito entre regras se resolve na dimensão da validade, com a eliminação de uma das regras. Isso já se configura em um avanço considerável, pois, na perspectiva de Robert Alexy, princípios e regras concorrem para a solução de um caso concreto, tendo, portanto, ambas as espécies normativas, força jurídica.

De acordo com Robert Alexy, princípios jurídicos e valores são diferentes e, para isso, o autor usa da distinção de Von Wright entre conceitos deontológicos, axiológicos e antropológicos. Para Alexy:

Exemplos de conceitos deontológicos são os de mandato, proibição, permissão e do direito a algo. Comum a todos esses conceitos é que, como mostraremos mais a frente, podem ser referidos a um conceito deontico

²⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. *Op.cit.*

fundamental, o conceito de mandato ou de dever ser. Por outro lado, os conceitos axiológicos estão caracterizados pelo fato de que seu conceito fundamental não é o de mandato ou dever ser, mas o do bom.²⁹

No entanto, poucas páginas depois, e como que se esquecendo da diferença que havia traçado entre conceitos deontológicos(princípios jurídicos) e axiológicos(valores), Alexy os aproxima, os identificando:

No direito, do que se trata é do que é devido. Isso fala em favor do modelo de princípios. Por outro lado, não existe dificuldade alguma em passar da constatação de que uma determinada solução é a melhor desde o ponto de vista do direito constitucional para a constatação de que é devida jusconstitucionalmente. Se se pressupõe a possibilidade de tal passo, é perfeitamente possível partir na argumentação jurídica do modelo dos valores no lugar do modelo dos princípios.³⁰

Em outra obra, Robert Alexy é mais claro ainda na aproximação(eu diria na igualação) entre princípios e valores. Diz o autor:

Para descubrir lo fuerte que pueda ser una teoría de los principios desde el punto de vista de su rendimiento, hay que fijarse en la semejanza que tienen los principios con lo que se denomina “valor”. En lugar de decir que el principio de la libertad de prensa colisiona con el de la seguridad exterior, podría decirse que existe una colisión entre el valor de la libertad de prensa y el de la seguridad exterior. Toda colisión entre principios puede expresarse como una colisión entre valores y viceversa.³¹

²⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. *Op.cit.*, p. 139.

³⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. *Op.cit.*, p. 147.

³¹ ALEXY, Robert. **Derecho y razón práctica**. México: Fontamara, 1993, p. 17.

Não é à toa que a forma de resolução do conflito de princípios jurídicos e do conflito de valores é a mesma: uma regra de ponderação, de preferência, aplicando-se o princípio ou o valor na medida do possível, otimizando-os.

No Direito, diz Alexy, essa regra ganha o nome de postulado ou regra da proporcionalidade.³² Ainda de acordo com o autor alemão, o uso da regra da proporcionalidade se deve ao fato de que, ao contrário de Dworkin, não podemos defender a tese de que exista uma única decisão correta no Direito, já que o mesmo é formado por textos jurídicos que, por natureza, admitem uma pluralidade de interpretações. De acordo com Alexy, a lei de ponderação afirma o seguinte: “Quanto mais alto é o grau de não-cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro.”³³

Pois bem. Vejamos, então, como funciona a regra da proporcionalidade como técnica de resolução de conflito entre princípios.

De acordo com Alexy, amparado pelos trabalhos da Corte Constitucional Alemã, a regra da proporcionalidade se divide em três sub-princípios, quais sejam, o da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.³⁴ Portanto, para se fazer a cor-

³² Aqui, usaremos o termo adotado pelo tradutor brasileiro de Robert Alexy, Virgílio Afonso da Silva, para a proporcionalidade. De acordo com o tradutor, idéia com a qual compartilhamos, existe um equívoco em traduzir a proporcionalidade como um princípio, pois se a nota distintiva de um princípio é a possibilidade de ser ponderado em face de outros princípios, então a proporcionalidade não pode ser um princípio, pois ela não pode ser ponderada com qualquer outro princípio. A proporcionalidade é um mecanismo de resolução de conflito entre princípios, não cabendo a sua ponderação. Nesse sentido, vide a tradução brasileira da obra de Alexy citada nesse trabalho.

³³ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 111.

³⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. *Op.cit.*

reta ponderação entre os princípios, deve-se seguir a metodologia da proporcionalidade, aferindo-se inicialmente a adequação, depois a necessidade, e, por fim, a proporcionalidade em sentido estrito.

Vejamos, então, o que significa cada um desses sub-princípios.

De acordo com Suzana de Toledo Barros, adotando a doutrina alemã da regra da proporcionalidade, esta se decompõe em três elementos ou sub-princípios, a saber: a adequação (**Geeignetheit**), a necessidade (**Enforderlichkeit**) e a proporcionalidade em sentido estrito (**Verhältnismässigkeit**).³⁵

E o que significam esses sub-princípios? Explica a autora acima citada:

Um juízo de adequação da medida adotada para alcançar o fim proposto deve ser o primeiro a ser considerado na verificação da observância do **princípio da proporcionalidade**. O controle intrínseco da legislação no que respeita à congruência na relação meio-fim restringe-se à seguinte indagação: o meio escolhido contribui para a obtenção do resultado pretendido?

[...]

O pressuposto do princípio da necessidade é que a medida restritiva seja indispensável para a conservação do próprio ou de outro direito fundamental e que não possa ser substituída por outra igualmente eficaz, mas menos gravosa.

[...]

Muitas vezes, um juízo de adequação e necessidade não é suficiente para determinar a justiça da medida restritiva adotada em uma determinada situação, pre-

³⁵ BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996, p. 72 - 73.

cisamente porque dela pode resultar uma sobrecarga ao atingido que não se compadece com a idéia de justa medida. Assim, o princípio da proporcionalidade strictu sensu, complementando os princípios da adequação e da necessidade, é de suma importância para indicar se o meio utilizado encontra-se em razoável proporção com o fim perseguido. A idéia de equilíbrio entre valores e bens é exalçada.”³⁶

Percebe-se, assim, que a regra da proporcionalidade é utilizada quando há um conflito entre princípios jurídicos, sendo estes entendidos como valores, bens, interesses.³⁷

Essa regra foi incorporada na doutrina e jurisprudência brasileiras, ora com o nome de proporcionalidade, ora com o nome de razoabilidade, e tem sido o grande critério de interpretação da Constituição e de todo o Direito, aparecendo como mecanismo de resolução de conflitos entre normas.

No entanto, essa regra da proporcionalidade, na medida em que trata normas jurídicas como valores, traz grandes problemas para o Direito, devendo ser abandonada, como demonstrarei a partir dos trabalhos de Ronald Dworkin.

Para se compreender adequadamente a teoria jurídica de Ronald Dworkin, é necessário se desfazer alguns equívocos da leitura brasileira majoritária sobre o autor norte-americano.

³⁶ BARROS, Suzana de Toledo. *Op.cit.*, p. 74 - 84.

³⁷ A terminologia varia de autor para autor, mas o resultado é o mesmo. Nesse sentido, vide: ALEXY, Robert. **Derecho y razón práctica**. *Op.cit.*; SANCHÍS, Luís Prieto. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2003; STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004.

Podemos afirmar que todo o trabalho de Ronald Dworkin se centra na crítica à perspectiva positivista no sentido de que o Direito seria formado por um conjunto convencional de regras estabelecidas pelo Poder Legislativo ou por qualquer outra autoridade investida de poder para tanto.³⁸ Assim, no debate que o autor travará com Herbert L.A. Hart, mostrará que a prática jurídica é muito mais complexa do que aquela descrita por esse grande autor positivista. Na verdade, afirma Dworkin, a teoria positivista de Hart não consegue descrever adequadamente o funcionamento do Direito, porque, ao contrário do que pensa Hart, os juízes, quando estão em face de questões controvertidas, não decidem essas questões de maneira livre e autônoma, criando Direito novo, mas tomam decisões vinculadas ao Direito existente. E isso acontece porque o Direito não é formado apenas pelos padrões normativos que Hart designa por regras, mas por princípios.

E aqui começam as incompreensões da doutrina brasileira e da própria leitura feita por Alexy da obra de Ronald Dworkin. Na verdade, Dworkin não afirma que o Direito é formado por regras e princípios, como majoritariamente a doutrina brasileira afirma. O que o autor americano afirma é que podemos entender o ordenamento jurídico como um conjunto de regras, tal como faz Hart, ocasionando uma série de problemas; podemos, ao contrário, entender o ordenamento jurídico como um conjunto de regras e princípios, e essa é também uma distinção complicada, porque estaria centrada no aspecto semântico ou sintático dos textos jurídicos, levando-se a que se distinguíssem as regras

³⁸ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. *Op.cit.*; DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. *Op.cit.*; DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. *Op.cit.*; DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade: A leitura moral da Constituição norte-americana**. *Op.cit.*; DWORKIN, Ronald. **La justicia con toga**. Madrid: Marcial Pons, 2007; OMMATI, José Emílio Medauar. **Igualdade, liberdade de expressão e proibição da prática de racismo na Constituição brasileira de 1988**. *Op.cit.*

dos princípios como fez Alexy. E, por fim, o Direito pode ser visto em uma perspectiva mais rica e mais complexa, ou seja, como um conjunto coerente de princípios que visam garantir o igual respeito e consideração por todos.³⁹ Essa é a perspectiva de Dworkin. Em outras palavras, não haveria distinção entre regras e princípios.

Corroborando tal entendimento, Dworkin, em uma obra recente, afirma textualmente:

Com efeito, quero me opor à idéia de que o “direito” consista em um conjunto fixo de padrões, qualquer que seja sua espécie. Meu propósito foi muito mais assinalar que um exame cuidadoso das considerações que os juristas devem levar em conta ao decidir uma situação específica sobre direitos e obrigações jurídicas incluiria proposições que apresentam a forma e a força dos princípios, e que os próprios juizes e advogados, quando justificam suas decisões, usam com *muita freqüência proposições que devem ser entendidas dessa maneira*.⁴⁰ (Tradução livre)

Essa idéia, inclusive, como chamou a atenção Emílio Peluso Neder Meyer⁴¹, já estava na primeira obra de fôlego do autor norte-americano, Levando os Direitos a Sério. Naquela obra, advertiu Dworkin:

³⁹ DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: A teoria e a prática da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

⁴⁰ DWORKIN, Ronald. **La justicia con toga**. *Op.cit.*, p. 255. De acordo com a tradução espanhola: “*Quiero oponerme en efecto a la idea de que el “derecho” consiste en un conjunto fijo de estándares sea de la clase que sea. Mi propósito fue más bien señalar que un examen cuidadoso de las consideraciones que los juristas deben tener en cuenta al decidir un asunto particular de derechos y obligaciones jurídicas incluiría proposiciones que tienen la forma y fuerza de principios, y que los jueces y abogados mismos, cuando justifican sus decisiones, usan a menudo proposiciones que deben ser entendidas de esta forma*”.

⁴¹ MEYER, Emílio Peluso Neder. **A decisão no controle de constitucionalidade**. São Paulo: Método, 2008.

O meu ponto não é que “o direito” contenha um número fixo de padrões, alguns dos quais são regras e outros, princípios. Na verdade, quero opor-me à idéia de que “o direito” é um conjunto fixo de padrões de algum tipo. Ao contrário, o que enfatizei foi que uma síntese acurada dos elementos que os juristas devem levar em consideração, ao decidirem um determinado problema sobre deveres e direitos jurídicos, incluirá proposições com a forma e a força de princípios e que, quando justificam suas conclusões, os próprios juízes e juristas, com freqüência, usam proposições que devem ser entendidas dessa maneira.⁴²

Portanto, na medida em que o Direito é uma questão de princípios, quando os magistrados ou advogados utilizam outros padrões que não estão contidos claramente em textos aprovados pelo Parlamento ou em decisões judiciais anteriores, isso não significa dizer que eles estejam decidindo ou raciocinando fora do Direito. Pelo contrário.

A prática jurídica mostra que os advogados, juízes e juristas em geral esforçam-se em demonstrar que a decisão tomada, apesar de não encontrar um texto explícito é a que melhor interpreta a prática jurídica até aquele momento, lançando novas luzes para a continuidade desse projeto coletivo chamado Direito. Isso porque, para Dworkin, o Direito é um conceito eminentemente interpretativo.⁴³

E é justamente por isso que o autor demonstrará que existe uma única decisão correta para cada problema jurídico, revelando que o problema em se achar essa decisão não se centra em uma ponderação de princípios, tal como realizada por Alexy, mas sim em um trabalho árduo, hercúleo, de enfrentamento da questão, tentando visualizá-la a partir do maior número de ângulos possíveis, no intuito de se chegar à

⁴² DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. *Op.cit.*, p. 119 - 120.

⁴³ DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. *Op.cit.*; DWORKIN, Ronald. **La justicia con toga**. *Op.cit.*

decisão correta, que, por estar vinculada àquele caso, e à reconstrução feita pelos interessados na discussão, é única, histórica e irrepetível.

Assim, raciocinar principiologicamente não significa ponderar princípios, no intuito de maximizar sua aplicação, utilizando-os na medida do possível em seu maior grau, até porque Dworkin se contrapõe a qualquer forma de utilitarismo ou raciocínio de meios a fins, mas assumir a complexidade do caso e se colocar na posição de cada um dos afetados, a partir de suas argumentações, pretendendo ver de que modo o Direito pode ser justificado como a melhor prática argumentativa existente no momento.

Dessa forma, encarar o Direito como uma questão de princípios leva a que façamos uma interpretação de toda a história institucional do Direito para que ele possa ser interpretado à sua melhor luz. Assim, o juiz deve “escolher” o princípio adequado para regular as diversas situações concretas, descobrindo os direitos dos cidadãos. O juiz, portanto, não possui discricionariedade, já que limitado pela argumentação das partes e pelo caso concreto reconstruído pelas mesmas. Além disso, os juízes devem convencer de que a decisão tomada é a única correta, no sentido de única adequada para regular a situação que lhe foi colocada. Se existem regras, essas apenas surgem no momento da decisão, seja do administrador, seja do juiz, mas sempre como densificação dos princípios jurídicos existentes. E tais princípios se corporificam nos princípios da igualdade e liberdade entendidos como tratar a todos com igual respeito e consideração.⁴⁴

Mas, para que os princípios e o próprio Direito possam ser levados a sério, Dworkin nos convida a ver a Constituição e o próprio Direito como

⁴⁴ DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: A teoria e a prática da igualdade.** *Op.cit.*

um projeto coletivo comum que leva a sério a pretensão de que homens livres e iguais podem se dar normas para regular suas vidas em comunidade. Essa é a idéia de integridade do Direito. Para que isso seja possível, a interpretação deve ser vista como uma atividade coletiva em que cada nova geração assume o que foi feito no passado para melhorar o trabalho. Isso só é possível porque a Constituição está redigida em uma linguagem tremendamente abstrata, para ser atualizada em cada momento histórico específico. E é justamente isso que Dworkin chama de leitura moral da Constituição.⁴⁵ E, de acordo com Dworkin, existirá sempre uma única decisão correta no Direito, no sentido de mais adequada, mais justa para regular as pretensões dos envolvidos no processo. E essa única decisão correta só pode ser encontrada se o juiz mergulhar no contexto fático, nos argumentos das partes, com seus preconceitos e pré-concepções, tentando olhar todos os lados com igual respeito e consideração. Esse juiz só poderá assim agir, segundo Dworkin, se possuir o conhecimento de todo o Direito, não só atual, mas também a história institucional do Direito, paciência e conhecimento sobre-humanos. Como esse juiz não existe na prática, Dworkin vai denominar seu juiz de Hércules.

Mais uma vez, é óbvio que Dworkin usa uma metáfora com seus leitores e com os intérpretes. É claro que, como afirma Maria de Lourdes Santos Perez, a teoria de Dworkin aqui descansa em fortes pressuposições idealizantes. Mas, elas não são aleatórias. Elas estão baseadas em algumas pressuposições normativas em que descansa a atividade jurisdicional: a necessidade de fundamentação das decisões com base no direito vigente e o pressuposto de que o juiz conhece todo o direito.⁴⁶ Assim, ao contrário do que dizem alguns críticos, o juiz de

⁴⁵ DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade: A leitura moral da Constituição norte-americana.** *Op.cit.*, p. 1 - 59.

⁴⁶ PEREZ, Maria Lourdes Santos. **Una filosofía para erizos: Una aproximación al pensamiento de Ronald Dworkin.** *IN: DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho.* n. 26, Alicante, 2003, p. 19 - 20.

Dworkin não é um ser imaginário e nem é um sujeito solipsista.⁴⁷ Como explica Lúcio Antônio Chamon Júnior:

Tudo isso porque DWORKIN vai entender a interpretação como um empreendimento público que, enquanto tal, há que ser publicamente sustentável, e não de um mero ponto de vista individual, razão pela qual não podemos compartilhar da crítica de HABERMAS a DWORKIN quanto ao Hércules.⁴⁸

O intérprete, principalmente o juiz, deve fazer prevalecer o ideal de integridade do Direito. Ora, como já afirmado, o juiz Hércules deve conhecer toda a história institucional do Direito, ou seja, o que ele foi, o que ele é, e o que ele deve ser. Isso se justifica pelo fato de que, para Dworkin, o Direito não é apenas uma questão de fato, mas é principalmente uma questão interpretativa. Dessa forma, quando as pessoas divergem sobre o sentido do Direito, normalmente não estão divergindo sobre os fatos, mas sobre o que o Direito deve ser. Em outras palavras, o conceito de Direito é eminentemente interpretativo.⁴⁹

O que seria esse ideal de integridade do Direito? Basicamente, a idéia de que o Direito é um projeto político para uma determinada comunidade que se vê como uma associação de homens li-

⁴⁷ Essa, por exemplo, é a crítica descabida de Jürgen Habermas. Nesse sentido, vide : HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y validez: Sobre el Derecho y el Estado Democrático de Derecho en términos de Teoría del Discurso**. Madrid: Trotta, 1997. Incorporando essa crítica descabida, temos a Escola Neoinstitucionalista de Processo, desenvolvida por Rosemiro Pereira Leal, em Minas Gerais, e seus discípulos. Para mais detalhes, vide: LEAL, Rosemiro Pereira. *Op.cit.*; LEAL, André Cordeiro. **Instrumentalidade do processo em crise**. *Op.cit.*; MADEIRA, Dhenis Cruz. *Op.cit.*

⁴⁸ CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. **Teoria geral do Direito Moderno: Por uma reconstrução crítico-discursiva na Alta Modernidade**. 2ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 61.

⁴⁹ DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. *Op.cit.*, p. 3 - 54.

vres e iguais.⁵⁰ Assim, aqueles que criam a lei devem mantê-la coerente com seus princípios como se a lei tivesse sido feita por uma única pessoa: a comunidade corporificada.⁵¹ Esse é o ideal da integridade política ou integridade na legislação.⁵² Além disso, o ideal do Direito como integridade exige dos juízes e dos aplicadores que haja uma coerência entre as decisões passadas e as decisões presentes, a partir dos princípios da igualdade e liberdade, como se os juízes prosseguissem uma obra coletiva. É uma interpretação em cadeia, tal como um romance escrito em várias mãos. Esse é o ideal da integridade no Direito ou integridade na jurisdição ou, ainda, integridade na aplicação do Direito.⁵³ Como diz Dworkin:

Cada juiz, então, é como um romancista na corrente. Ele deve ler tudo o que outros juízes escreveram no passado, não apenas para descobrir o que disseram, ou seu estado de espírito quando o disseram, mas para chegar a uma opinião sobre o que esses juízes fizeram

⁵⁰ É nesse sentido que Dworkin comparará a democracia como uma parceria entre pessoas livres e iguais, em que, apesar das diferenças, todos devem se respeitar mutuamente para a concreção de um objetivo comum. Assim: DWORKIN, Ronald. **Liberalismo, constitución y democracia**. Buenos Aires: Isla de la Luna, 2003; DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: A teoria e a prática da igualdade**. *Op.cit.*

⁵¹ BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. **Responsabilidade civil por dano ao meio ambiente**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 121.

⁵² DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. *Op.cit.*; OMMATI, José Emílio Medauar. **A igualdade no paradigma do Estado Democrático de Direito**. *Op.cit.*; OMMATI, José Emílio Medauar. **A teoria jurídica de Ronald Dworkin: O Direito como integridade**. IN: CATTONI, Marcelo (Coordenação). **Jurisdição e hermenêutica constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 151-168; OMMATI, José Emílio Medauar. **Igualdade, liberdade de expressão e proibição da prática de racismo na Constituição brasileira de 1988**. *Op.cit.*

⁵³ DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. *Op.cit.*; OMMATI, José Emílio Medauar. **A igualdade no paradigma do Estado Democrático de Direito**. *Op.cit.*; OMMATI, José Emílio Medauar. **Igualdade, liberdade de expressão e proibição da prática de racismo na Constituição brasileira de 1988**. *Op.cit.*

coletivamente, da maneira como cada um de nossos romancistas formou uma opinião sobre o romance coletivo escrito até então.[...] Ao decidir o novo caso, cada juiz deve considerar-se como parceiro de um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturas, convenções e práticas são a história; é seu trabalho continuar essa história no futuro por meio do que ele faz agora. Ele deve interpretar o que aconteceu antes porque tem a responsabilidade de levar adiante a incumbência que tem em mãos e não partir em alguma nova direção.⁵⁴

Em outras palavras:

A integridade a que se refere Dworkin significa sobretudo uma atitude interpretativa do Direito que busca integrar cada decisão em um sistema coerente que atente para a legislação e para os precedentes jurisprudenciais sobre o tema, procurando discernir um princípio que os haja norteado. Ao contrário da hermenêutica tradicional, baseada fortemente no método subsuntivo, numa aplicação mecânica das regras legais identificadas pelo juiz ao caso concreto, o modelo construtivo de Dworkin propõe a inserção dos princípios, ao lado das regras, como fonte do Direito.⁵⁵

Ao contrário do que poderia parecer, a idéia de integridade no Direito não significa simplesmente uma mera repetição do Direito anterior pelos juízes atuais, pois para Dworkin, o direito como integridade começa no presente e só se volta para o passado na medida em que seu enfoque contemporâneo assim o determine. Não pretende recuperar, mesmo para o direito atual, os ideais ou objetivos práticos dos políticos que primeiro o criaram. Pretende, isso sim, justificar o

⁵⁴ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. *Op.cit.*, p. 238.

⁵⁵ BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira: Legitimidade democrática e instrumentos de realização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 85.

que eles fizeram em uma história geral digna de ser contada aqui, uma história que traz consigo uma afirmação complexa: a de que a prática atual poder ser organizada e justificada por princípios suficientemente atraentes para oferecer um futuro honrado. O direito como integridade deplora o mecanismo do antigo ponto de vista de que “lei é lei”, bem como o cinismo do novo “realismo”.⁵⁶

Ou, para lembrarmos de Gadamer, essa prática interpretativa do Direito proposta por Dworkin faz aproximar o historiador e o jurista, na medida em que o sentido atual do texto deve ser contextualizado a partir da história, não como mera repetição do passado, mas no sentido de atualização do texto jurídico, enquanto fusão de horizontes de sentido entre o texto originário e o intérprete atual.⁵⁷

Daí a necessidade de se compreender a vontade do legislador em seu sentido abstrato para, não apenas compreender o que eles faziam naquele momento, mas para justificar aquela prática à sua melhor luz, ou seja, dentro de uma trama coletiva passível de ser reconstruída a cada contexto histórico, de modo que a história institucional da comunidade possa ser enriquecida sem ser modificada. Isso porque a interpretação jurídica é sempre construtiva e nunca criativa, ou seja, é uma interpretação que permite a co-participação do intérprete no próprio entendimento da obra, tornando-a a melhor que ela pode ser, desvelando suas potencialidades escondidas dentro de uma história das interpretações passadas que deve ser respeitada. Não é uma interpretação criativa, porque o intérprete não pode desconhecer essa história institucional; não pode criar algo novo; deve justificar sua interpretação dentro dos limites permitidos pela obra, que engloba, inclusive, a história das interpretações passadas.

⁵⁶ DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. *Op.cit.*, p. 274.

⁵⁷ GADAMER, Hans-Georg. *Op.cit.*

E é justamente isso que significa dizer que o Direito é uma questão de princípio e que existe uma única decisão correta para cada caso concreto colocado para ser decidido pelo juiz.

Também ao contrário do que poderia parecer, a idéia de integridade não significa simplesmente coerência, enquanto decidir casos semelhantes da mesma maneira. A integridade exige que as normas públicas da comunidade sejam criadas e vistas, na medida do possível, de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça e equidade na correta proporção.

Dessa forma, uma instituição que aceite esse ideal às vezes irá, por esta razão, afastar-se da estreita linha das decisões anteriores, em busca da fidelidade aos princípios concebidos como mais fundamentais a esse sistema como um todo.⁵⁸

E que princípios seriam esses?

Dworkin ora os nomeia em três(justiza, certeza do Direito e devido processo), ora em simplesmente em dois(igualdade e liberdade), mas o certo é que, para o autor o Direito, através desses princípios, deve realizar um projeto político, com base em um determinado modelo de sociedade.⁵⁹ Aqui, algumas palavras devem ser ditas sobre a tradução brasileira da obra de Dworkin. Quando o autor americano faz referência à integridade e fala dos princípios de justiça, certeza do Direito(que também pode ser entendido como respeito às regras do jogo) e devido processo, o autor, para falar da certeza do Direito utiliza o termo em inglês *fairness*. A tradução brasileira desse termo entendeu *fairness* como equidade, o que é equivocado. De fato, o termo é de difícil

⁵⁸ DWORIN, Ronald. **O império do Direito**. *Op.cit.*, p. 263 - 264.

⁵⁹ DWORIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. *Op.cit.*, p. 36; DWORIN, Ronald. **A virtude soberana: A teoria e a prática da igualdade**. *Op.cit.*

tradução. *Fairness* pode significar várias coisas: correção, equanimidade, justiça. Esses significados são, digamos assim, mais rebuscados. Mas, em um sentido mais pobre, e entendo que esse é o utilizado por Dworkin, significa também certeza, no caso, do Direito, ou respeito às regras do jogo.⁶⁰

Por que afirmo que Dworkin utiliza esse sentido mais pobre para *fairness*? Exatamente porque quando o autor americano vai explicar o ideal de integridade no Direito, afirma que esse ideal só é possível se a justiça for realizada caso a caso. E ela só é realizada caso a caso se for respeitado o devido processo e se as partes trabalharem com a idéia de certeza do Direito que significa que as regras do jogo serão cumpridas e seguidas. É nesse sentido que podemos manter a história institucional de uma comunidade política: na medida em que realizamos a justiça a cada caso, através do devido processo e do respeito às regras jurídicas existentes (certeza do Direito).

Essa leitura principiológica é o que Dworkin denomina de leitura moral da Constituição. Todavia, ao contrário do que pensam alguns autores, tais como Ingeborg Maus⁶¹, a leitura moral da Constituição de Dworkin não significa uma moralização do Direito, ou uma confusão entre as esferas do Direito e da Moral.⁶² A leitura moral da Constituição de que nos fala Dworkin é uma leitura deontológica da Constituição, baseada em princípios jurídicos, que, é verdade, possuem alta carga moral, mas não são mais normas morais:

⁶⁰ OMMATI, José Emilio Medauar. **Igualdade, liberdade de expressão e proibição da prática de racismo na Constituição brasileira de 1988.** *Op.cit.*

⁶¹ MAUS, Ingeborg. **Judiciário como superego da sociedade: O papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”.** *In:* Novos Estudos CEBRAP, n° 58, novembro 2000, p. 186.

⁶² DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade: A leitura moral da Constituição norte-americana.** *Op.cit.*; DWORKIN, Ronald. **Justicia con toga.** *Op.cit.*

“Segundo a leitura moral, esses dispositivos devem ser compreendidos da maneira mais naturalmente sugerida por sua linguagem: referem-se a princípios morais abstratos e, por referência, incorporam-nos como limites aos poderes do Estado”.⁶³

Por isso:

Os juízes não podem dizer que a Constituição expressa suas próprias convicções. Não podem pensar que os dispositivos morais abstratos expressam um juízo moral particular qualquer, por mais que esse juízo lhes pareça correto, a menos que tal juízo seja coerente, em princípio, com o desenho estrutural da Constituição como um todo e também com a linha de interpretação constitucional predominantemente seguida por outros juízes no passado. Têm de considerar que fazem um trabalho de equipe junto com os demais funcionários da justiça do passado e do futuro, que elaboram juntos um moralidade constitucional coerente; e devem cuidar para que suas contribuições se harmonizem com todas as outras. (Em outro texto, eu disse que os juízes são como escritores que criam juntos um romance-em-cadeia no qual cada um escreve um capítulo que tem sentido no contexto global da história.)⁶⁴

Não é por outro motivo que Dworkin, em uma obra mais recente, será mais radical em sua proposta. Para ele, não existe diferença entre Direito e Moral, pois o Direito é um compartimento da Moral, faz parte da Moral. Mas, esclarece o autor, não devemos entender essa idéia no sentido comum de que o Direito se moralizou, através de algum entendimento específico, pessoal ou de grupo, sobre o que o Direito

⁶³ DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade: A leitura moral da Constituição norte-americana.** *Op.cit.*, p. 10.

⁶⁴ DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade: A leitura moral da Constituição norte-americana.** *Op.cit.*, p. 15.

manda ou deixa de mandar fazer. Quando Dworkin diz que o Direito faz parte da Moral, ele define Moral como um conjunto de princípios extremamente abstratos que são capazes de justificar a prática jurídica como um todo à sua melhor luz, de modo a mostrar o que o Direito exige em cada situação concreta. Portanto, é uma visão moralizadora, mas não moralista do Direito, para brincarmos mais uma vez com esses termos que causam tanta confusão na cabeça dos positivistas.⁶⁵

Isso significa dizer que essa visão de que o Direito faz parte da Moral não leva a que as decisões jurídicas sejam tomadas pelo Judiciário escutando os apelos de maiorias morais. Na verdade, a Moral à qual Dworkin se refere diz respeito àquilo que Habermas denomina de moral pós-convencional e o que Dworkin chama de moral crítica.⁶⁶ Mais uma vez, e repetindo o que já dito, para evitarmos ao máximo malentendidos, a Moral é formada por princípios abstratos que fundamentam uma prática democrática no sentido de entender que a comunidade é uma comunidade de princípios, vinculada por um ideal que deve ser desenvolvido historicamente no sentido de aprofundar, cada vez mais, e a cada novo contexto histórico, a crença de que essa comunidade é formada por indivíduos livres e iguais.⁶⁷

E aí se apressa o autor a dizer que nem todas as normas jurídicas são normas morais, sendo algumas delas meras convenções, como, por exemplo, sobre se os veículos devem trafegar pela mão direita ou pela mão esquerda. Mas, o cerne do Direito se encontra na busca dos melhores princípios morais que justifiquem a prática jurídica como um todo, como uma prática de toda uma comunidade que se vê formada por homens, mulheres, crianças, homossexuais, etc., enfim, indivíduos livres e iguais.⁶⁸

⁶⁵ DWORKIN, Ronald. **Justicia con toga**. *Op.cit.*

⁶⁶ DWORKIN, Ronald. **Justicia con toga**. *Op.cit.*

⁶⁷ DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. *Op.cit.*

⁶⁸ DWORKIN, Ronald. **Justicia con toga**. *Op.cit.*

Essa perspectiva leva a que se entenda o Direito a partir de uma perspectiva deontológica, e não axiológica, tal como defendido por Robert Alexy. Nesse sentido, sobre as medidas de exceção empregadas por George W. Bush para combater o terrorismo, Dworkin deixa clara sua posição deontológica:

Não podemos responder a essa questão também, como a metáfora da balança tenderia a sugerir, imaginando uma escala gradual que nos indicaria como os direitos que reconhecemos aos acusados diminuem em razão do perigo representado pelo crime do qual eles são acusados. É verdade que os direitos tradicionais podem ser uma ameaça para nossa segurança. Poderíamos muito bem decidir sermos uma sociedade mais segura, autorizando à polícia a prender as pessoas suspeitas de cometer crimes no futuro, ou a presumir a culpabilidade ao invés da inocência, ou ainda a gravar as conversas entre os advogados e seus clientes. Mas, nosso sistema judiciário não foi construído sob o cálculo preciso dos riscos que aceitamos correr se queremos dar a uma categoria particular de acusados um certo grau de proteção contra as acusações injustificadas. Não demos menos garantias, por exemplo, para as pessoas acusadas de morte do que para aquelas acusadas de cometerem crimes menos graves.⁶⁹ (Tradução Livre)

⁶⁹ DWORKIN, Ronald. **George W. Bush, une menace pour le patriotisme américain.** *In: Esprit*. Nº 285, Paris: junho de 2002, p. 17 a 18. No original: « *On ne peut pas non plus y répondre, comme la métaphore de la balance tendrait à le suggérer, en imaginant une échelle graduée qui nos indiquerait comment les droits que nous reconnaissons aux accusés diminuent en raison du danger représenté par le crime dont ils sont accusés. Il est vrai que les droits traditionnels peuvent être une menace pour notre sécurité. Nous pourrions aussi bien décider d'être une société plus sûre en autorisant la police à enfermer les gens susceptibles de commettre des crimes dans l'avenir, ou à présumer la culpabilité et non l'innocence, ou encore à enregistrer les conversations entre les avocats et leurs clients. Mais notre système judiciaire ne s'est pas construit dans le calcul précis des risques que nous acceptons de courir si nous voulons donner à une catégorie particulière d'accusés un certain degré de protection contre les accusations injustifiées. Nous n'accordons pas moins de garanties, par exemple, aux personnes accusées de meurtre qu'à celles à qui l'on reproche des escroqueries mineures.* »

Também mais recentemente, Dworkin volta a abordar a questão do argumento principiológico. De acordo com o autor, em diálogo com Isaiah Berlin, um grande filósofo político, não é verdade que valores estão sempre em colisão. É possível defender, sim, a perspectiva de um ouriço, ou seja, a perspectiva de unificação dos valores a partir de uma noção comum. Dessa forma, devemos entender de maneira adequada o que significam os valores ou princípios que estão em colisão, para vermos se, de fato, estão em colisão.⁷⁰ E o autor dá o exemplo dos princípios da igualdade e liberdade. Será que esses princípios estão em colisão?

Dworkin responderá que dependerá da concepção que tivermos de igualdade e liberdade. Se entendermos que liberdade é toda e qualquer invasão em minha esfera de comportamento, posso entender que as normas penais invadem minha liberdade. Mas, afirma o autor, essa compreensão de liberdade é muito tosca. Devemos buscar uma outra compreensão para liberdade, no sentido de entendermos esse princípio como esfera de atuação sem intervenção, desde que não impeça o igual direito do outro de agir da mesma forma. Assim, podemos perceber que as normas penais não invadem a liberdade, mas são condição de possibilidade do direito de liberdade de todos, como também as políticas redistributivas não invadem nem a igualdade nem a liberdade, porque permitem justamente que todos tenham possibilidades iguais de atuação na sociedade.⁷¹

Portanto, e justamente pelo fato de o Direito ser uma questão de princípio, é que ele depende da leitura que façamos dele, ou seja, da atitude que tenhamos em face dele. Dessa forma, o Direito não é capaz de nos prevenir dos erros e de interpretações equivocadas. Como afirma Dworkin:

⁷⁰ DWORKIN, Ronald. **Justicia con toga**. *Op.cit.*

⁷¹ DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: A teoria e a prática da igualdade**. *Op.cit.*; DWORKIN, Ronald. **Justicia con toga**. *Op.cit.*

O vício das más decisões são as argumentações e as convicções equivocadas; tudo que podemos fazer a respeito dessas más decisões é mostrar como e onde os argumentos eram ruins ou as convicções inaceitáveis. Também devemos evitar a armadilha em que têm caído tantos professores de direito: a opinião falaciosa de que, como não existe nenhuma fórmula mecânica para distinguir as boas decisões das más, e como os juristas e juízes irão por certo divergir em um caso complexo ou difícil, nenhum argumento é melhor do que outro, e o raciocínio jurídico é uma perda de tempo. Devemos insistir, em vez disso, em um princípio geral de genuíno poder: a idéia, inerente ao conceito de direito em si, de que quaisquer que sejam seus pontos de vista sobre a justiça e a equidade, os juízes também devem aceitar uma restrição independente e superior, que decorre da integridade, nas decisões que tomam.⁷²

Assim, o Direito não se esgota em um catálogo fixo de regras e princípios, como afirmou o autor norte-americano em uma belíssima passagem com a qual encerro o presente tópico:

O que é o direito? Ofereço, agora, um tipo diferente de resposta. **O direito não é esgotado por nenhum catálogo de regras ou princípios, cada qual com seu próprio domínio sobre uma diferente esfera de comportamentos. Tampouco por alguma lista de autoridades com seus poderes sobre parte de nossas vidas. O império do direito é definido pela atitude, não pelo território, o poder ou o processo.** Estudamos essa atitude principalmente em tribunais de apelação, onde ela está disposta para a inspeção, mas deve ser onipresente em nossas vidas comuns **se for para servir-nos bem, inclusive nos tribunais. É uma atitude interpretativa e auto-reflexiva, dirigida à política no mais amplo sentido. É uma atitude contestadora que torna todo cidadão responsável**

⁷² DWORKIN, Ronald. **O domínio da vida: Aborto, eutanásia e liberdades individuais.** São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 203 - 204.

por imaginar quais são os compromissos públicos de sua sociedade com os princípios, e o que tais compromissos exigem em cada nova circunstância. O caráter contestador do direito é confirmado, assim como é reconhecido o papel criativo das decisões privadas, pela retrospectiva da natureza judiciousa das decisões tomadas pelos tribunais, **e também pelo pressuposto regulador de que, ainda que os juízes devam sempre ter a última palavra, sua palavra não será a melhor por essa razão.** A atitude do direito é construtiva: sua finalidade, no espírito interpretativo, é colocar o princípio acima da prática para mostrar o melhor caminho para um futuro melhor, mantendo a boa-fé com relação ao passado. **É, por último, uma atitude fraterna, uma expressão de como somos unidos pela comunidade apesar de divididos por nossos projetos, interesses e convicções.** Isto é, de qualquer forma, o que o direito representa para nós: para as pessoas que queremos ser e para a comunidade que pretendemos ter.⁷³ (Grifos nossos)

É chegada a hora de alinhar todas essas idéias a partir do Direito Processual. Nesse último tópico desse texto, tentarei mostrar que o Direito Processual contemporâneo encontra-se em uma crise paradigmática que contrapõe o paradigma do Estado Social da instrumentalidade do processo ao paradigma do Estado Democrático de Direito que entende o processo como uma instituição constitucionalizada (na linha neo-institucionalista do processo) ou como um procedimento em contraditório (na linha de Fazzalari). Mostrarei também porque a teoria instrumentalista deve ser abandonada e porque devemos escolher a teoria democrática do processo, seja em sua vertente neo-institucionalista, seja em sua vertente fazzalariana.

⁷³ DWORKIN, Ronald. **O império do Direito.** *Op.cit.*, p. 492.

Para que tudo isso seja possível, retornarei ao enfoque paradigmático para, rapidamente, mostrar como se deu a evolução do Direito Processual nos diversos paradigmas e, obviamente, me deterei mais nos paradigmas do Estado Social e do Estado Democrático de Direito.

Como vimos anteriormente, o paradigma do Estado Liberal ou Estado de Direito foi marcado pela idéia de forma. Nesse paradigma, o que importava era a forma. E mais, a forma era um instrumento de garantia dos direitos fundamentais, entendidos como direitos privados. Não foi por outro motivo que nesse paradigma o processo era visto em uma perspectiva privatística. É dessa época as teorias do processo como contrato ou quase-contrato.⁷⁴ Apenas com a passagem do Estado de Direito para o Estado de Bem-Estar Social que o processo se materializa, ganhando independência do Direito Material. Graças a Bülow constrói-se a teoria do processo como relação jurídica. Agora, o processo não depende mais do direito material, como nas teorias do contrato ou quase-contrato, mas é marcado por uma relação jurídica específica que vincularia autor, réu e juiz.⁷⁵

Com a idéia de processo como relação jurídica, temos a passagem da Ciência Processual do paradigma do Estado de Direito para o paradigma do Estado de Bem-Estar Social. Mas, por que essa construção processual que teve o mérito de tornar a ciência processual independente do direito material é típica de Estado Social e, portanto, hoje, deve ser abandonada?

⁷⁴ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 21ª edição, São Paulo: Malheiros, 2005, p. 287 - 288.

⁷⁵ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op.cit.*

Justamente porque essa teoria confere ao juiz amplos poderes decisórios, desconhecendo-se inclusive a centralidade que deve ter a participação dos interessados com seus argumentos para a construção do provimento final(sentença). É nesse sentido que os adeptos da teoria da relação jurídica processual desenvolverão a idéia de instrumentalidade do processo. De acordo com eles, além do processo ser uma relação jurídico-processual, o processo é também instrumento da jurisdição. Portanto, o processo serviria apenas para a realização de um dos Poderes do Estado, a jurisdição. Isso é muito claro em uma passagem de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, quando escrevem:

Se a jurisdição é apenas uma das manifestações do poder do Estado, é lógico que ela deve ser exercida por alguém e por meio de algo.

A jurisdição é exercida pelo juiz, devidamente investido no poder do Estado, e por meio do processo. Em outras palavras, o processo é o instrumento pelo qual o Estado exerce a jurisdição.⁷⁶

Percebe-se, então, que a jurisdição aparece como uma simples atuação ou poder do Estado, que o exercerá através do processo, instrumento da jurisdição, e o juiz aparecerá como esse sujeito solitário que garantirá esse poder do Estado. Inclusive, o processo não serviria apenas para acertar uma situação litigiosa apresentada pelas partes, discutidas e provadas por estas, para ser decidida por um terceiro imparcial, o juiz. O processo também deveria desenvolver e realizar escopos metajurídicos, passíveis de serem realizados em decorrência da formação moral e ética do juiz, o guardião dos valores da sociedade. Nesse sentido:

Por isso é que, hoje, todo estudo teleológico da jurisdição e do sistema processual há de extrapolar os lindes do direito e da sua vida, projetando-se para fora. É

⁷⁶ MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do Processo de Conhecimento**. 3. edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 78.

preciso, além do objetivo puramente jurídico da jurisdição, encarar também as tarefas que lhe cabem perante a sociedade e perante o Estado como tal. O processualista contemporâneo tem a responsabilidade de conscientizar esses três planos, recusando-se a permanecer num só, sob pena de esterilidade nas suas construções, timidez ou endereçamento destoante das matrizes do próprio Estado social.⁷⁷

E é justamente por isso que Cândido Rangel Dinamarco propôs que além dos objetivos ou escopos jurídicos, o processo deveria atingir escopos sociais e políticos. É interessante notar que dentre os escopos sociais, para Dinamarco, o processo deve pacificar com justiça e servir para a educação.⁷⁸

Mais uma vez, revela-se a face do Estado Social e a inteira discricionariedade deixada ao Magistrado, já que a realização desses escopos não jurídicos do processo dependerá da atitude ética do juiz, que deverá escolher os valores em conflito. Além disso, tal perspectiva desconhece justamente o fato do pluralismo, ou seja, que a sociedade é complexa e plural e perpassada por grandes conflitos no que concerne aos valores e ao que seja vida boa. O processo encontra-se, então, nessa perspectiva, sobrecarregado de valores, com o risco de não conseguir realizar nem mesmo suas finalidades jurídicas.

É em vista de todos esses problemas que começou a se construir na Itália, a partir do pensamento de Elio Fazzalari, uma teoria mais realista e democrática do processo, que passa a ser entendido como procedimento em contraditório.

⁷⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 10. edição, São Paulo: Malheiros, 2002, p. 186.

⁷⁸ Nesse sentido: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op.cit.*, p. 193 - 214.

De acordo com Fazzalari, o processo é uma espécie de procedimento. Portanto, inicialmente, é importante que se entenda o que seja procedimento. O procedimento se apresenta como uma sequência de atos, que são previstos e valorados pelas normas. É também uma série de faculdades, poderes, deveres, dependendo das posições subjetivas possíveis. Assim, pode-se dizer, simplificadamente, que o procedimento é um conjunto de atos ordenados e coordenados normativamente que visam a atingir um resultado final. É nesse sentido que Fazzalari afirma:

[...] por aqui basta dizer, novamente, que o “procedimento” se verifica quando se está de frente a uma série de normas, cada uma das quais reguladora de uma determinada conduta (qualificando-a como lícita ou obrigatória), mas que enunciam como condição de sua incidência o cumprimento de uma atividade regulada por outra norma da série, e assim por diante, até a norma reguladora de um “ato final”.⁷⁹

Quando esse procedimento se realiza em contraditório, temos o processo, de acordo com Fazzalari.⁸⁰

A questão é saber o que seja o contraditório. De acordo com Fazzalari e Aroldo Plínio Gonçalves, o contraditório não é apenas o dizer e o contra-dizer. Não é também o contraditório simplesmente a idéia de “paridade de armas”, mas a condição de simétrica paridade em que se encontram os destinatários do ato final (provimento jurisdicional, no caso do Poder Judiciário) para contribuir para a formação do provimento. É dizer: o contraditório é a condição dada a todos aqueles que serão afetados pelo provimento de apresentar seus argumentos e provas para contribuírem para a construção do próprio provimento. Não é, portanto, um dever dos interessados, mas um direito deles em igualdade.

⁷⁹ FAZZALARI, Elio. *Op.cit.*, p. 93.

⁸⁰ FAZZALARI, Elio. *Op.cit.*, p. 94.

de de condições. Como afirma Aroldo Plínio Gonçalves, o contraditório pode ser visto como uma decorrência dos princípios da igualdade e liberdade em um ordenamento democrático:

O contraditório não é o “dizer” e o “contradizer” sobre matéria controvertida, não é a discussão que se trava no processo sobre a relação de direito material, não é a polêmica que se desenvolve em torno dos interesses divergentes sobre o conteúdo do ato final. Essa será a sua matéria, o seu conteúdo possível. O contraditório é a igualdade de oportunidade no processo, é a igual oportunidade de igual tratamento, que se funda na liberdade de todos perante a lei. É essa igualdade de oportunidade que compõe a essência do contraditório enquanto garantia de simétrica paridade de participação no processo.⁸¹

E por que o processo não pode mais ser visto como relação jurídica?

Justamente porque a idéia de relação jurídica pressupõe a noção de que os pólos da relação deteriam direitos e obrigações uns em relação com os outros. Ora, se no processo o encadeamento dos atos já vem previamente fixado na lei, não se pode dizer que o autor tenha como exigir determinada conduta do réu, enquanto direito seu, ou que o réu tenha como exigir, enquanto direito seu, determinada conduta do autor, ou ainda, que o juiz possa exigir de autor e réu determinada conduta. O que se coloca no processo é justamente a idéia de simétrica paridade, ou seja, de igualdade ou isonomia entre as partes, para poderem discutir as questões e apresentar argumentos para a construção do ato final, o provimento jurisdicional. Assim, o processo deixa de ser visto como instrumento da jurisdição e passa a

⁸¹ GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1992, p. 127.

ser visto como direito fundamental dos cidadãos, o que, inclusive, está de acordo com a Constituição de 1988.⁸²

Também equivocado seria falar em escopos metajurídicos do processo, pois se o processo aparece agora não mais como instrumento da jurisdição, o juiz deixa também de ser esse sujeito onisciente que decide para nós o que é melhor para nós. Além do mais, de acordo com Aroldo Plínio Gonçalves:

A admissão de escopos metajurídicos da jurisdição e do processo pressupõem, necessariamente, a existência de três ordens normativas distintas: a jurídica, a social e a política. Os escopos metajurídicos só poderiam ser entendidos, portanto, como escopos pré-jurídicos. Seria possível pensar-se logicamente nessa fase pré-jurídica em relação aos momentos de transformação, que preparam o advento de uma nova ordem jurídica. No momento que antecede a cristalização dos valores que serão acolhidos pelas normas, das ideologias que constituirão o conteúdo das normas, pode-se, por certo, pensar em escopos metajurídicos que serão postos no ordenamento jurídico pela norma que funda toda sua legitimidade. A recente experiência brasileira foi um verdadeiro laboratório para a observação da eleição das ideologias que iriam compor a nova ordem estabelecida, sob uma nova Constituição.

Uma vez que o ordenamento jurídico se institui e se consolida em normas, condutas e relações humanas, valoradas como lícito ou ilícito, como conduta devida e conduta que inobserva aquela estatuída como cânone valorativo, já não se pode mais cindir o ordenamento

⁸² Nesse sentido, vide: FAZZALARI, Elio. *Op.cit.*; GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Op.cit.*; DIAS, Ronaldo Brêtas Carvalho. **Responsabilidade do Estado pela Função Jurisdicional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004; DIAS, Ronaldo Brêtas Carvalho. **As Reformas do Código de Processo Civil e o Processo Constitucional**. *IN:* DIAS, Ronaldo Brêtas Carvalho e NEPOMUCENO, Luciana Diniz (Coordenadores e Co-autores). **Processo Civil Reformado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 217 - 252; LEAL, Rosemiro Pereira. *Op.cit.*

da sociedade para, paralelamente à ordem jurídica que ela instaurou, pensar-se em uma ordem social autônoma e em uma ordem política autônoma.⁸³

Falar de escopos metajurídicos do processo seria falar de normas jurídicas como valores, tratar a aplicação do direito como se fosse o momento de legislação, confundindo os discursos de justificação e de aplicação do Direito, tornando o Poder Judiciário um verdadeiro legislador constituinte originário permanente, problema encontrado tanto no Estado Social quanto na perspectiva principiológica de Robert Alexy, como vimos no item II do presente trabalho. Mais uma vez, com Aroldo Plínio Gonçalves, podemos dizer:

Não há outra base na ciência do Direito Processual Civil, para se afirmar a existência de escopos da jurisdição e do processo, como instrumento de sua manifestação, a não ser o próprio ordenamento jurídico, dentro do qual se acomodam as ideologias, e, nesse caso, os escopos são todos jurídicos.⁸⁴

A finalidade do processo, portanto, compreendida em toda a extensão e profundidade do princípio do contraditório, aparecerá de sua própria instrumentalidade técnica. E essa finalidade, como ressalta Aroldo Plínio Gonçalves, não é pequena, estreita ou dispensável; ao contrário, é enorme, profunda e necessária.⁸⁵ Mais uma vez, as palavras de Aroldo Plínio Gonçalves merecem ser citadas em uma longa e importante passagem:

Essa finalidade permite que as partes recebam uma sentença, não construída unilateralmente pela clarividência do juiz, não dependente dos princípios ideológicos do juiz, não condicionada pela magnanimidade de um fenômeno Magnaud, mas gerada na liberdade

⁸³ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Op.cit.*, p. 182.

⁸⁴ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Op.cit.*, p. 185.

⁸⁵ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Op.cit.*, p. 187-188.

de sua participação recíproca, e pelo recíproco controle dos atos do processo.

A finalidade do processo, como procedimento desenvolvido em contraditório entre as partes, na preparação de um provimento que irá produzir efeitos na universalidade dos direitos de seu destinatário, é a preparação participada da sentença.

Os resultados dela não são desprezíveis. Por ela os homens e a sociedade, dotados de liberdade e de dignidade, poderão saber que têm um direito assegurado, que não são condenados e não têm seus supostos direitos rejeitados em nome de qualquer outro nome, a não ser em nome do Direito, do Direito que a própria sociedade formulou e do Direito cuja existência foi por ela consentida.⁸⁶

Tudo isso nada mais é do que a perspectiva da integridade do Direito, tal como trabalhada no item II do presente texto. Portanto, falar de processo como procedimento em contraditório leva a que entendamos que o Direito é fruto de um único autor, a comunidade personificada. E que, ao aplicar o Direito, o Magistrado não pode simplesmente utilizar seus valores, mas deve deixar falar os envolvidos, para que possam reconstruir o caso “à sua melhor luz”, em igualdade e liberdade, é dizer, em simétrica paridade, ou seja, em contraditório.

Por fim, a teoria neo-institucionalista do processo, construída em Minas Gerais por Rosemiro Pereira Leal, partindo da concepção de Fazzalari, acaba por criticá-lo, na medida em que o autor italiano não teria percebido que o processo é uma instituição constitucionalizada e, portanto, construída e modelada constitucionalmente, a partir dos princípios do contraditório, ampla defesa, devido processo legal, juiz natural, dentre outros.⁸⁷ Mas, será que essa crítica de Rosemiro Pereira Leal é adequada em face da própria teoria de Fazzalari?

⁸⁶ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Op.cit.*, p. 188.

⁸⁷ LEAL, Rosemiro Pereira. *Op.cit.*

Entendo que não. Tanto é assim que Fazzalari, ao demonstrar que processo e procedimento são categorias da teoria geral do Direito, existentes tanto nos âmbitos do legislativo, do executivo e do judiciário, afirma que as garantias do “due process of law” podem ser entendidas, na linguagem dele, como garantias do contraditório.⁸⁸ Portanto, pode-se dizer que o contraditório, na visão de Fazzalari, implica no devido processo legal. Da mesma forma, ao especificar as garantias do contraditório, Fazzalari mostra a importância do direito de defesa ou ampla defesa, de acordo com a dicção constitucional brasileira. Assim, não se pode falar de contraditório sem ampla defesa. E, por fim, igualdade ou isonomia processual é o próprio núcleo do contraditório, pois vimos que o contraditório não é apenas o dizer e o contradizer, mas é a possibilidade de construir o provimento em igualdade e liberdade. Assim, pode-se perceber que o contraditório engloba as garantias constitucionais do processo, ou seja, podemos retirar de Fazzalari a idéia de que processo sem garantias institucionais constitucionalizadas não pode existir, já que a idéia de contraditório implica ampla defesa, isonomia e devido processo legal.⁸⁹

Ademais, deve-se reconhecer que quando Fazzalari propôs sua teoria, ainda em meados da década de 1970, a Constituição Italiana não apresentava princípios constitucionais do processo. Fazzalari foi, portanto, visionário e revolucionário, na medida em que defendeu que o processo, para existir, precisa conter esses elementos estruturantes que podem ser resumidos na idéia de contraditório.

Por tudo isso, parece-me que a teoria neo-institucionalista do processo não agrega nada de novo em relação à teoria fazzalariana, desde que entendida a partir dos elementos aqui esboçados. Além do mais, a

⁸⁸ FAZZALARI, Elio. *Op.cit.*, p. 40, 110 e 729, por exemplo.

⁸⁹ FAZZALARI, Elio. *Op.cit.*, p. 336, 458 e 587, por exemplo.

teoria de Fazzalari do processo como procedimento em contraditório é preferível à teoria neo-institucionalista, já que mais simples, elegante e acessível a todos e, como nos mostra Hilary Putnam⁹⁰ e Thomas Kuhn⁹¹, ao contrário do que defendido por Karl Popper e pelo próprio Rosemiro Pereira Leal, uma teoria é preferível a outra não pela primeira ter falsificado a última, mas porque consegue convencer melhor a comunidade de cientistas. E nesse processo dialógico de convencimento, sem dúvida a elegância, a simplicidade e a coerência interna são valores fundamentais que levam uma comunidade de cientistas a escolher uma teoria em detrimento de outra. Se a teoria neo-institucionalista possui elegância e coerência interna, contudo falta a ela uma maior simplicidade para gerar maior adesão na comunidade científica.

Portanto, apesar de respeitar os neo-institucionalistas e de concordar com eles em quase tudo, a teoria de Fazzalari, da forma como aqui exposta, me parece mais interessante e pode resolver melhor nossos problemas. Afinal, é para isso que uma teoria científica serve.

⁹⁰ PUTNAM, Hilary. **O Colapso da Verdade e Outros Ensaio**s. 1ª edição, São Paulo: Idéias & Letras, 2008.

⁹¹ KUHN, Thomas S. **O Caminho desde a Estrutura: Ensaio**s Filosóficos. 1ª edição, São Paulo: Unesp, 2006. Nessa e nas demais obras, Thomas Kuhn mostra que a teoria de Popper no sentido de que uma teoria científica é válida se for falsificável não se comprova, já que os cientistas não têm tempo nem disposição para analisarem cada uma das teorias científicas que surgem. Por isso que Kuhn mostrará, como já vimos ao longo do presente trabalho, que as mudanças científicas ocorrem não necessariamente pela falsificação de teorias antigas, mas por rupturas paradigmáticas, grandes conversões dos cientistas, na medida em que as teorias novas conseguem explicar melhor tanto a realidade atual, como também resolver os problemas não resolvidos pelas teorias anteriores e, ainda, propor novas questões a serem resolvidas. Kuhn falará até mesmo que o abandono de um paradigma e a aceitação de um novo paradigma se dá por um ato de fé. Portanto, outro problema na teoria neo-institucionalista do processo, da forma como defendida por Rosemiro Pereira Leal, é a utilização de Karl Popper enquanto marco teórico e filosófico, o que é inadequado, como mostrou Thomas Kuhn.

**RESUMO DE TESES
E DISSERTAÇÕES**

Lima, Francisco Meton Marques de. **A evolução da norma princípio para a norma valor**

Da norma-regra para a norma-princípio, a matéria já está bem explicada e consolidada pela melhor doutrina de Dworkin, Alexy, Canotilho, Willis Guerra Filho e tantos outros valorosos jusfilósofos. Entretanto, *a evolução para a norma-valor ainda pende de justificação*. É o que se vai tentar demonstrar.

Com efeito, o Positivismo jurídico reduziu o Direito a norma jurídica. E a norma se restringia às regras jurídicas e aos princípios deduzidos do sistema; o Jusnaturalismo reduzia o Direito a uma ordem de princípios; o Pós-Positivismo fundiu as duas versões, imprimindo caráter normativo aos princípios gerais do direito. Daí resultou que a norma passou a ser o gênero, de que são espécies as regras e os princípios.

Para atar as pontas desses diferentes tecidos do saber e como eles interagem com o Direito, convém lembrar das três grandes categorias do saber humano: o **deontológico**, com sentido normativo; o **axiológico**, que diz respeito às qualidades; e o **antropológico**, que se refere à vontade, ao querer, ao desejar.

As regras e os princípios são categorias deontológicas, produtos da razão. Porém, continuando em sua evolução, o Direito começa a perceber que só as categorias do saber racional são insuficientes para sua plenitude. Recorre, então, às instâncias intuitivas do **valor** para preencher seus espaços normativos. Assim, embora pertencente à axiologia, o valor, ao ser apropriado pelo Direito, também adjudica o caráter normativo. Em conseqüência, a norma como gênero passa a ser representada pelas espécies regras, princípios e valores. Onde $N = R + P + V$.

Sem dúvida, esse fenômeno traduz o retorno da Moral para o seio do Direito. A propósito, Ronald Dworkin identifica duas categorias de direitos: os direitos jurídicos e os direitos morais, ou seja, a moral também gera direitos.

Com efeito, os valores éticos são indissociáveis da moral social e individual, bem como das normas jurídicas de concreção, razão por que a presente síntese tecerá e entrelaçará os conceitos de ética, moral, deontologia e valor.

Esse dado é mais importante do que se pode imaginar, pois marca sua presença por ocasião da construção da norma de concreção, sobretudo quando se trata da argumentação jurídica, em que se recorre à justificação interna e à justificação externa do Direito. A primeira, atada à dogmática jurídica; a segunda, liberada, por meio da qual o Direito se apropria de elementos que lhe são exteriores, como a sociologia, a psicologia, a moral, a história etc.

Atualmente vingou o sentido proposto por Rosmini, que referiu a deontologia com as ciências normativas, as que indagam qual deve ser o ente para ser perfeito. O ápice das ciências deontológicas seria a ética. É uma ciência do dever-ser. Por fim, já está assente que os conceitos deontológicos compreendem o mandar, o proibir, o permitir. Assim, as normas jurídicas estão contidas nos conceitos deontológicos.

Na base dos hábitos e modos de agir que regem as comunidades existem, na verdade, **diversidades morais**. Lê Senne, em seu *Traité de morale générale* classifica em oito as morais tradicionais: do prazer, do interesse, do bem, do sentimento, do querer, de si próprio, da tradição e positivistas.

Relação moral/ética – se traduzirmos moral como hábito e ética como interioridade dos atos, a moral seriam os hábitos provindos dos atos interiores do homem. Nessa perspectiva, a moral se insere no campo em que a lei e a regra atuam, formando as consciências individuais; e a ética seria representada pelo nível de fundamentação da lei e da moral.

Assim, sendo o **dever-ser** uma categoria deontológica, e o **valor** uma categoria axiológica, seriam, *a priori*, incompatíveis os dois conceitos para aplicação conjugadamente. No entanto, o **valor é que substancializa e qualifica o ser do dever**, para que ele não seja meramente formal e lógico, fato inconciliável com as ciências humanas. Daí, o que, **na categoria dos princípios deve-ser, na categoria dos valores deve ser melhor.**

Valores – Valores são a progressiva revelação do ser. Por outro lado, os valores também têm ser, um ser imaterial, que são as **virtudes**, as qualidades do agir e do existir do homem em sociedade. Assim, os valores podem ser definidos como as qualidades que são por si, e as que qualificam os outros seres.

Os valores são a unidade de medida das qualidades. Seu conhecimento guia para a tomada de decisões mais acertadas em todos os âmbitos da vida.

Viver é ato de constante escolha. E escolher é valorar, é ato de consciência, privativo das pessoas que estão no domínio de suas faculdades mentais. Logo, quanto mais valorosa a pessoa, mais tenderá a escolher melhor e para o bem.

E o Direito na verdade não é ciência, é prudência. Prudência é a arte de proceder às melhores escolhas dentre as possíveis. Logo, praticar o direito é ato de valoração. Conseqüentemente, a categoria

dos valores deve ser estudada pelos juristas, para que não sejam “barbeiros” no no espinhoso exercício de ditar a Justiça.

Todo o sistema de valores e de valoração tem por objeto o aprimoramento do ser humano sob todos os aspectos, individual, social, físico e espiritual. Espinosa exprime que bem e mal são simples prolongamentos do nosso corpo: “*O bem serve para aumentar o nosso poder de agir, o mal gera diminuição*”. A apreensão dos valores se faz através da intuição emocional.

Porém, a apreensão dos valores depende também do grau de evolução do apetente. Virtude, para Aristóteles, não é querer, é ato. Só se aprende ser virtuoso praticando a virtude. Cada classe social elege o que considera valioso: as classes baixas da sociedade consideram valiosa a vida mundana, comer, beber e se divertir; as classes empresariais consideram valioso o trabalho e o lucro; a aristocracia, guarda as qualidades morais; e os filósofos valoram a vida contemplativa.

Conclusão – do exposto, fica claro que a atividade de construir a norma de concreção mediante o emprego da interpretação e da justificação da decisão judicial, consiste em ato de escolha entre valores conflitantes, resultando na proclamação da preferência de um determinado valor. Logo, a norma final, a que cumpre a finalidade da lei, é uma norma de valor.

*SILVA, João Vinícius Brito da. **Os princípios constitucionais implícitos e a vitalidade da Constituição**

RESUMO

A tese a seguir intenta demonstrar que é fundamental para a própria força normativa da Constituição reconhecer a existência de princípios constitucionais implícitos ou extraídos da Carta fundamental, sob pena de não ser possível responder às exigências sociais atuais. É imperativo assentar de pronto que a Constituição de 1988, ao mesmo tempo em que expressamente dispôs alguns princípios, também atuou como fonte de inspiração de diversos outros princípios, ditos implícitos. Essa fonte ou matriz geradora de princípios implícitos está no art. 5º, § 2º, da CF, o qual dispõe que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. Nesse contexto, o STF, num emblemático julgamento, invocou o “princípio estrutural da solidariedade”. Na polêmica ADI nº 3.105 proposta em face do art. 4º da EC 41, que estendeu a contribuição previdenciária aos inativos, a imposição tributária foi analisada à luz de princípios expressos, mas também em cotejo com o princípio estrutural da solidariedade. O Ministro César Peluso considerou constitucional o sistema de taxação dos inativos à luz do que chamou de “princípio estrutural da solidariedade”. Trata-se de um verdadeiro “*hard case*”, um típico caso de dedução de um princípio constitucional implícito, que na hipótese se mostrou como o único capaz de responder ao complexo caso. Nota-se, a partir da decisão citada, que a ordem jurídica, até mesmo por uma

* Técnico judiciário do TRT22. Lotado no Gabinete do Des. Francisco Meton Marques de Lima.

¹ Exigência de contemporaneidade porque ninguém discorda que é impossível o legislador por mais minucioso que seja, prever situações futuras.

exigência de contemporaneidade¹, há de ser necessariamente formada também por princípios implícitos. Entretanto, os princípios implícitos não são obtidos de qualquer modo. Como categoria jurídica eles só têm legitimidade quando forem reconduzíveis às normas expressas, como uma revelação específica das normas positivadas, mais precisamente dos quatro primeiros artigos da Constituição, que congregam os valores supremos e os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil. Realmente, não se pode admitir a invocação de princípios a partir de generalizações excessivas do texto, sem laço com valores que compõem o conteúdo das normas constitucionais, esses valores sólidos. Também não se pode confundir os valores consagrados constitucionalmente com a comoção pública ou manifestações de cansaço social em face de determinadas situações. O discurso não pode ser exclusivamente social. A dimensão axiológica dos princípios exige do intérprete redobrada cautela para não se pautar em uma análise estritamente formal da Constituição, esquecendo-se que ela representa uma pauta de valores, ou, por outro flanco, confundir os valores constitucionais com a comoção pública, modismos ou sentimentos de revoltas sociais marcadas pelo cansaço do povo em face de determinadas situações, circunstâncias não raro invocadas para construir pseudoprincípios constitucionais justificadores de decisões inconstitucionais. Concluindo, já não basta, hoje, uma dogmática principialista para dar conta da complexidade dos conflitos que emergem todos os dias na sociedade e que são insuscetíveis de previsão pelo legislador. É inevitável uma dogmática pautada também em princípios implícitos. São estes que atendem à necessidade constante de atualização do texto aos casos postos.

Por mais que se diga que as normas são feitas para o futuro, o certo é que as mesmas já nascem com deficiência na medida em que o legislador está limitado no tempo, pois não é vidente e nem possui bola de cristal que o permita ver as relações sociais do futuro. Portanto, o que faz com que normas confeccionadas no passado se apliquem com atualidade em situações posteriores é a liberdade de conformação que o próprio legislador acaba deixando ao intérprete, que nesses casos faz uso, sobretudo, dos princípios implícitos em vigor e obtidos por dedução dos valores supremos da Constituição.

***Oliveira Júnior, Laurindo Carlos. Teoria tridimensional do Direito: Uma visão interdisciplinar do Fenômeno Jurídico**

RESUMO

Trabalhar a Ciência do Direito, como uma parte do conhecimento autônoma sem ligações com os demais ramos do saber, seria reduzir o conhecimento jurídico e atrofiar as suas diversas possibilidades de efetividade no meio social, pois ao se fazer uma análise interdisciplinar do fenômeno jurídico, à luz da Teoria da Tridimensionalidade do Direito, percebe-se um destaque ente as relações havidas no Direito em suas vertentes fato, valor e norma, como elementos interligados e construtores de uma ciência, que não obsta em complementações que venham a enriquecer sua identidade social e campo de atuação. A Ciência do Direito, recebendo contribuições de outros campos do saber, não sofre limitações nem tampouco a faz desmerecedora do título ciência, visto ser nova tendência se observar o caráter interdisciplinar dos campos do saber, vislumbrado nos enfoques dados pelos professores Hilton Japiassu e Ivani Fazenda, que no mundo jurídico desmistificam a tese de que, quando uma ciência recebe contribuições de outras ela tende a ter instabilidades que a faz desmerecedora de ser entendida como tal. A perspectiva interdisciplinar dos ramos do saber, quando procura analisar uma ciência, trabalhando em consonância com outras afins é uma forma de contribuição ao conhecimento, procurando cada vez mais fazê-los perceptíveis na sociedade para qual foi criado como respostas ou regulação de acontecimentos bem como explicações de fenômenos que seus estudos se dispuseram abarcar. Uma pesquisa interdisciplinar vislumbra a impossibilidade de fragmentação do conhecimento ou de uma ciência, na busca de um entendimento holístico, não isolado por meio de uma só vertente de estudo. A Teoria Tridimensional do Direito possibilita o trabalho dos elementos cons-

*Bacharelado em Direito pela Faculdade São Gabriel – Unesc; laucoju@hotmail.com.

trutores do fenômeno jurídico, sendo eles, fato, valor e norma, como elementos interdisciplinares, demonstrando grande importância para os estudos da interdisciplinaridade em Direito uma vez que, não se pode, como almejavam os postulados positivistas, isolar o Direito como um campo de atuação impenetrável, mas sim possibilitar, através da prática interdisciplinar, um enriquecimento maior dessa ciência assim como as demais, corroborando para interação das diversas vertentes do conhecimento. Com a pesquisa interdisciplinar percebe-se a necessidade do resgate do senso investigativo do bacharel em Direito, demonstrando que a interdisciplinaridade é uma necessidade da cultura contemporânea, que os problemas no mundo jurídico suscitam outros fazendo necessário ao profissional desta área a disposição para o enfrentamento destes problemas assim como habilidades para resolvê-los. Assim a prática interdisciplinar sob o enfoque tridimensional do fenômeno jurídico, observando-se a Ciência do Direito, elenca posicionamentos relevantes no tocante que, pela posição admitida em novos estudos, fica incontestável que o fenômeno jurídico além de tridimensional, deve ser entendido a partir de uma proposta interdisciplinar, ampliando a área de atuação do direito lhe permitindo maior respaldo no meio social.

*MIRANDA, Lossian Barbosa Bacelar. **As raízes jurídicas do cálculo**

RESUMO

Neste trabalho fazemos um resgate dos aspectos históricos relacionados ao surgimento do cálculo. Nos concentramos nos métodos de quadratura aproximados propostos por Antifonte, buscando os motivos pelos quais os matemáticos e filósofos contemporâneos de Sócrates os descobriram. Nosso problema central consiste em saber as razões de ordem filosófica e prática que levaram Antifonte a conjecturar o método de exaustão como meio de efetuar a quadratura do círculo. A análise dos discursos de Antifonte revela que para ele as fontes das provas judiciais residem nos fatos, nas testemunhas e na verossimilhança, ocupando esta última uma posição operacional de grande significado. O discurso persuasivo é feito a partir da construção de sucessões de argumentos que vão se aproximando cada vez mais do objetivo desejado. O método de exaustão tem origem na prática forense. Até onde dizem os documentos históricos, o único elo que liga Antifonte à matemática é o fato de o mesmo ter proposto um método matemático de cálculo de áreas e volumes, em tudo, semelhante ao que ele utilizava nos tribunais ao elaborar peças de defesa para seus constituintes. A técnica básica de persuasão de Antifonte era a aproximação por verossimilhança, a qual foi a mesma que ele empregou para criar o método de exaustão. As idéias que apresentamos reforçam a tese unitarista acerca da identidade de Antifonte e o vínculo histórico da Matemática com o Direito.

Palavras-chave: Direito. Método de exaustão. Retórica.

* IFPI/Coordenação de Matemática e Física e ESAPI-OAB-Piauí. lossian@oi.com.br

R. TRT da 22ª Região	Teresina	v. 6	n. 1	p.326 - 326	jan. / dez. 2009
----------------------	----------	------	------	-------------	------------------

ACÓRDÃOS

PROCESSO TRT Nº RO – 00237-2008-105-22-00-6

EMENTA

TRABALHISTA. PROCESSUAL. DANOS MORAIS. COMPETÊNCIA. JUSTIÇA DO TRABALHO.

A JUSTIÇA DO TRABALHO É COMPETENTE PARA CONCILIAR E JULGAR PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS OU MATERIAIS DECORRENTES DA RELAÇÃO DE TRABALHO (INTELIGÊNCIA DO ART. 114, VI DA CF/88).

O EMPREGADOR RESPONDE OBJETIVAMENTE PELOS DANOS CAUSADOS A TERCEIROS POR ATO COMISSIVO DE SEUS EMPREGADOS, EX VI ART. 932, III, CC; INDEPENDENTEMENTE DE CULPA OU DOLO, AINDA QUE O EFEITO DANOSO TENHA SE PERFECTIBILIZADO APÓS A CISSÃO CONTRATUAL.

RECURSO ORDINÁRIO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Recurso Ordinário oriundos da Vara do Trabalho de Piripiri, em que figuram como recorrente o Serviço Social da Indústria – SESI e recorrida Régia Maria de Cerqueira Fontenele.

Trata-se de Recurso Ordinário interposto pelo Serviço Social da Indústria – SESI, em face da sentença (fls. 63/75), que julgou acolheu integralmente a pretensão contida na Reclamação Trabalhista.

Em suas razões recursais, suscita preliminar de incompetência material da Justiça do Trabalho, porém, no mérito, sustenta prescrição total, inexistência de dano e impropriedade da condenação ao pagamento de indenização por dano moral.

Contrariedade (fls. 92/96).

É o relatório.

V O T O

Conhecimento

Recurso Ordinário cabível e tempestivo. Custas e depósito recursal recolhidos. Partes bem representadas.

Conheço do Recurso Ordinário porque presentes os requisitos de admissibilidade.

Preliminar

Da competência da Justiça do Trabalho para Processar e Julgar Controvérsias Decorrentes da Relação de Trabalho

A competência da Justiça do Trabalho para apreciação de questões relacionadas a responsabilidade por danos morais e materiais, dêz que decorrentes da relação de trabalho possui agasalho no art. 114, inciso VI da CF/88 e no art. 8º da CLT.

A recorrida é parte legítima para figurar no pólo ativo da presente ação e pretende ressarcimento de danos e morais que alega ter sido vítima em virtude do óbito do obreiro.

A competência material desta Justiça Especializada, nesta situação setada, encontra-se hialina, máxime com a eclosão da EC 45.

O Supremo Tribunal Federal, Conflito de Competência nº 7.204-1/MG, em 29.06.2005, relatado pelo ministro Carlos Ayres Britto, decidiu que a Justiça do Trabalho é competente para julgar ação de indenização por danos morais e patrimoniais decorrentes de acidente do trabalho – matéria decorrente da relação de emprego -, proposta pelo empregado em face de seu (ex)empregador.

Reproduzo, em trechos, aquele “decisum”, ei-lo:

“Nesse rumo de idéias, renove-se que a proposição de que a nova redação do art. 114, da *Lex Maxima* só veio aclarar, expletivamente, a interpretação aqui perfilhada. Pois a Justiça do Trabalho, que era competente para conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores, além de outras controvérsias decorrentes da relação trabalhista, agora é confirmativamente competente para processar e julgar as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho (inciso VI do art. 114). Acresce que a norma fundamental do inciso IV do art. 1º da Constituição Republicana ganha especificação trabalhista em vários dispositivos do art. 7º, como o que prevê a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança (inciso XXII), e o que impõe a obrigação do seguro contra acidente de trabalho, sem prejuízo, note-se, da indenização por motivo de conduta dolosa ou culposa do empregador (inciso XXVIII). Vale dizer, o direito à indenização em caso de acidente de trabalho, quando o empregador incorrer em dolo ou culpa, vem enumerado no art. 7º da Lei Maior como autêntico direito trabalhista. E como todo direito trabalhista, é de ser tutelado pela Justiça especial, até porque desfrutável às custas do empregador (nos expressos dizeres da Constituição).”

Rejeito a preliminar.

Da prejudicial Prescrição.

O recorrente alega que a presente ação está fulminada pela prescrição, ao argumento de que a demissão da recorrida ocorreu em 13.02.1997 e a mesma ingressou com a ação somente em abril de 2008.

Sem razão o recorrente.

Destaco que a própria recorrida, em sua peça vestibular, afirmou que sua demissão ocorrera em fevereiro de 1997, mas o marco inicial para aferição da prescrição é a data em que a recorrida tomou conhecimento da lesão, que ocorreu em setembro de 2007.

Rejeito, pois, a prejudicial.

Mérito

A Constituição Federal assegurou especial proteção aos trabalhadores quando erigiu à condição de direito fundamental a proteção à intimidade, à vida privada, à honra e a imagem de cada cidadão (art. 5º, V).

Se, por vezes, realizada qualquer conduta empresarial que atente contra tais garantias aplica-se, com contraforte, a solução ecoada do art. 186, CC:, “*verbis*”:

“Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

Neste caso, a reclamante/recorrida sofreu constrangimentos em razão da informação equivocada prestada pelo recorrente, em

especial, sobre seu CPF à Receita Federal, nada obstante sê-la isentada da obrigação tributária acessória de declaração de renda, porquanto remunerada minimamente.

O fato não foi adversado pelo reclamado/recorrente, contudo, negada, a tempo e modo, a existência de dano moral. Veja-se:

“O caso dos autos se refere ao equívoco ocorrido pelo funcionário do SESI que, ao efetuar as informações da empresa à Receita federal, relacionou a empregada Maria dos Anjos F. de Moraes e seus respectivos rendimentos com o nº do CPF errado, número este que, na realidade, corresponde ao CPF a autora” (fl. 35).

A retificação das informações foi feita em 15 (quinze) dias, tempo, a meu sentir, razoável.

A situação em apreço operou restrições ao exercício de alguns direitos fundamentais.

Ressalte-se ainda, em situações tais, o Código Civil dispõe, expressamente, que o empregador responde objetivamente pelo ato, conforme se observa da redação dos arts. 932 e 933, a seguir transcritos:

“Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

(...)

III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;

(...)

Art. 933. As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos.”

Os dissabores decorrem do próprio ato, sem necessidade de prova, isso porque não se concebe do “homem médio”, nessas situações, um comportamento indiferente e desdenhoso.

Para a aplicação da responsabilidade pelo ato basta a sua existência, o nexu de causalidade e o dano, todos demonstrados nos presentes autos.

Entendo demonstrada a culpa da recorrente, impõe-se sua responsabilização por danos morais.

A respeito do dano moral ouça-se, Sílvio Venosa:

“Dano moral é o prejuízo que afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima (...)

O dano moral abrange também e principalmente os direitos da personalidade em geral, direito à imagem, ao nome, à privacidade, ao próprio corpo, etc. Por essas premissas, não há que se identificar o dano moral exclusivamente com a dor física ou psíquica. Será moral o dano que ocasiona um distúrbio anormal na vida do indivíduo, uma inconveniência de comportamento ou, como definimos, um desconforto comportamental a ser examinado em cada caso”
(VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil. Atlas: São Paulo. 2004, volume 4, p. 39/40).

Quanto ao valor da indenização realço que a indenização por dano moral, em pecúnia, possui tripla finalidade (punitiva, pedagógica e compensatória), pois nada paga a dor ou sentimento, que decorre da violação de valores fundamentais íntimos do ser humano, não sendo aferíveis por valor monetário.

Assim, é de direito, punir a ofensora, para que o aspecto patrimonial repercuta exemplarmente e o caráter pedagógico, servindo como instrumento de orientação de boa conduta.

Estabelece a Constituição, em seu art. 5º. X, que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Sobre “dano material”, o Código Civil estatui em seu art. 934 que **“a indenização mede-se pela extensão do dano”**, todavia, não disciplina, de forma explícita, o cálculo do dano moral.

Prevalece na doutrina e jurisprudência que a maneira mais adequada para se especificar o numerário a ser pago como indenização por danos morais é o arbitramento. Neste sentido, vale transcrever as lições de Caio Mário da Silva Pereira, *in verbis*:

“O dano moral puro, excepcionados casos em que a lei especialmente cuidou do assunto (Lei de Imprensa...), terá a indenização levantada através de arbitramento (art. 1.553, CC). O arbitramento para aferir em pecúnia a lesão do dano moral deverá fazer âncora na razoabilidade, levando-se em conta fatores outros tais como as seqüelas psíquicas impostas à vítima bem assim a posse patrimonial do agressor. Temos na doutrina que ‘a vítima de uma lesão a alguns daqueles direitos sem cunho patrimonial efetivo, ofendida em um bem jurídico que em certos casos pode ser mesmo mais valioso do que os integrantes do seu patrimônio, deve receber uma soma que lhe compense a dor ou o sofrimento, a ser arbitrada pelo juiz, atendendo às circunstâncias de cada caso, e tendo em vista as posses do ofensor e a situação pessoal do ofendido. Nem tão grande que se converta em fonte de enriquecimento, nem tão pequena que se torne inexpressiva” (Caio Mário da Silva Pereira, Instituições, Ed. Forense, Rio, 1972, v. II, nº 176) (Francisco Antônio de Oliveira, Do dano Moral, Revista Gênese, nº 56, agosto/97).

Maurício Godinho Delgado (*in* Curso de Direito do Trabalho, 3. ed., São Paulo, LTr, 2004, p.623) leciona que **“o montante**

indenizatório, com respeito ao dano moral é fixado pelo órgão julgante por meio de um juízo de equidade”, afirmado, ainda, que ***“tal juízo de equidade é o único que se harmoniza com a amplitude dos comandos constitucionais (art. 5º, V e X, art. 7º, XXVIII, CF/88).***

Neste juízo de equidade, vejo necessária a redução do valor arbitrado, mormente pela ausência de evidência sobre a vastidão dos abalos creditícios à pessoa da recorrida, como também, pela minha pessoal antipatia ao enriquecimento sem causa, pelo quê lhe fixo em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais)

Conheço do Recurso Ordinário, rejeito a preliminar suscitada e lhe concedo parcialmente provimento, no sentido de reduzir o montante arbitrado pelo juízo originário.

CONCLUSÃO

ACORDAM os Exmos. Srs. Desembargadores da 1ª Turma do Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 22ª Região, por unanimidade, conhecer do recurso ordinário, rejeitar a preliminar suscitada e, no mérito, dar-lhe parcial provimento para reduzir o montante arbitrado pelo juízo originário para R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), a título de indenização por danos morais.

Teresina, 16 de fevereiro de 2009.

Wellington Jim Boavista
Des. Relator

PROCESSO TRT IUJ Nº 00183-2009-000-22-00-0

**INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA
SUSCITANTE: DES. FRANCISCO METON MARQUES DE LIMA**

**SUSCITADOS: BANCO DO BRASIL S/A E CAIXA DE PREVIDÊNCIA
DOS FUNCIONÁRIOS DO BANCO DO BRASIL - PREVI**

E M E N T A

INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. PRETENSÃO DE INTEGRAÇÃO DO AUXÍLIO-ALIMENTAÇÃO NA COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA DO INATIVO DO BANCO DO BRASIL PAGA PELA PREVI. PRESCRIÇÃO E NATUREZA DO BENEFÍCIO. DIVERGÊNCIA CARACTERIZADA. ADMISSIBILIDADE. Uma vez caracterizada a divergência jurisprudencial entre as duas Turmas do TRT-22 (1ª e 2ª) e internamente no âmbito delas, tanto quanto à prescrição da pretensão de integração do auxílio-alimentação na complementação de aposentadoria do inativo do Banco do Brasil paga pela PREVI, bem como quanto à natureza do benefício, admite-se o Incidente de Uniformização de Jurisprudência, declara-se a divergência apontada sobre a matéria e passa-se à resolução do feito, nos termos dos arts. 476 a 479 do CPC e arts. 65 a 67 do Regimento Interno deste Tribunal.

PEDIDO DE REVISÃO DO ATO DE CONCESSÃO DE COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. PRESCRIÇÃO PARCIAL. Tratando-se de pedido de revisão do ato de concessão do benefício de complementação de aposentadoria, paga por caixa de previdência complementar, por motivo da renda mensal inicial (RMI) do complemento ter sido calculada em valor aquém do devido, a prescrição incidente é a parcial, atingindo apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação, pois, nesta hipótese, ocorre uma relação de trato sucessivo, na qual a lesão ao direito

do segurado renova-se a cada mês de pagamento da prestação do complemento. É o resultado da aplicação analógica do disposto no art. 103, *caput*, primeira parte, da Lei 8.213/91, sob a luz da interpretação dada pela Súmula 85 do STJ.

AUXÍLIO-ALIMENTAÇÃO. NATUREZA INDENIZATÓRIA POR FORÇA DE SENTENÇAS NORMATIVAS E ACORDOS COLETIVOS. VALIDADE. PRINCÍPIO DA AUTODETERMINAÇÃO DA VONTADE COLETIVA. No caso, restou comprovado que existe sentença normativa, decorrente de Dissídio Coletivo entre o *Banco do Brasil S/A* e a *Confederação Nacional dos Trabalhadores nas Empresas de Crédito – CONTEC*, estipulando a natureza indenizatória do auxílio-alimentação pago aos empregados a partir de 01-11-1987, e que tal cláusula foi renovada nas sentenças normativas e acordos coletivos posteriores firmados entre as mesmas partes. O período de 1989 a 1992, no qual provavelmente o benefício teria sido pago com natureza salarial, não tem o condão de incorporá-lo nos salários ou proventos de aposentadoria, tendo em vista a ausência do elemento habitualidade, requisito indispensável para que o benefício se tornasse um direito adquirido. Assim, se o nascedouro do benefício tem natureza indenizatória, por força de sentença normativa, e a percepção por quase toda a vigência contratual dos empregados manteve tal natureza, por força de acordos coletivos, o benefício jamais se incorpora ao salário ou aos proventos de aposentadoria. Com efeito, pois vigora no âmbito do Direito Coletivo do Trabalho o *princípio da autodeterminação da vontade coletiva*, materializado na Constituição Federal, art. 7º, XXVI, que assegura como um direito do trabalhador o “reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho”, princípio este valorizador da vontade coletiva. Além do mais, o caso sob exame não se enquadra no entendimento da Súmula 1 deste TRT-22, em razão da distinção das circunstâncias fáticas que envolvem a presente demanda em relação àquelas que constituíram os fundamentos de fato dos precedentes que deram origem à referida Súmula.

Trata-se de **INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA** suscitado pelo **EXMO. DES. FRANCISCO METON MARQUES DE LIMA**, por solicitação do advogado do Banco do Brasil em sustentação oral durante a audiência de julgamento, nos autos do RECURSO ORDINÁRIO Nº 01524-2008-001-22-00-0, em que são partes como recorrentes BANCO DO BRASIL e CAIXA DE PREVIDÊNCIA DOS FUNCIONÁRIOS DO BANCO DO BRASIL – PREVI e recorrido FRANCISCO DAS CHAGAS CARVALHO, tendo sido sobrestado o referido RO-01524-2008-001-22-00-0, bem como todos os processos conexos (mesmo objeto e causa de pedir – art. 103 do CPC), nos quais figuram como uma das partes o Banco do Brasil.

O objeto das aludidas demandas é a integração do auxílio-alimentação à complementação de aposentadoria do inativo do Banco do Brasil recebida mediante a PREVI – Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil, nas mesmas condições de concessão aos ativos, bem como todas as diferenças devidas desde a supressão, que ocorreu quando da aposentadoria.

Vale ressaltar que o Incidente de Uniformização de Jurisprudência é um incidente processual, a ser processado nos termos dos arts. 476 a 479 do CPC e arts. 65 a 67 do Regimento Interno deste Tribunal.

Na sessão do dia 16-09-2009 (certidão de fl. 65), após devoluções de vista regimental dos Exmos. Srs. Desembargadores Wellington Jim Boavista e Arnaldo Boson Paes, o Tribunal Pleno resolveu, por maioria, acolher o IUJ, declarando as divergências apontadas, tanto entre as duas Turmas do TRT-22 (1ª e 2ª), como também internamente no âmbito das duas Turmas. O Tribunal Pleno resolveu, ainda, acolher a sugestão do Exmo. Des. Wellington Jim Boavista para acrescentar neste IUJ a matéria de prescrição. Além disso, converteu o feito em diligência, abrindo prazo comum de 10 (dez) dias

para manifestação das partes suscitadas: Banco do Brasil, PREVI, Sindicato dos Empregados em Estabelecimentos Bancários e Financeiros do Estado do Piauí - SEEBF, advogados das partes no Processo RO-01524-2008-001-22-00-0 (onde o foi suscitado o IUJ) e outros advogados habilitados em processos similares.

Devidamente notificados, manifestaram-se o Banco do Brasil, o advogado do reclamante do Processo RO-01524-2008-001-22-00-0 (Rafael de Moraes Correia) e o SEEBF, conforme certidão de fl. 296.

O Banco do Brasil, na peça de fls. 67-75, alega que a prescrição a ser aplicada é a total, nos termos da jurisprudência consolidada na Súmula 326 do TST, e, no mérito propriamente dito, sustenta a tese de que apenas há uma situação no âmbito do BB no tocante ao auxílio-alimentação, qual seja, a de que todos os reclamantes somente passaram a receber o auxílio-alimentação a partir da sentença normativa de 1989, na qual o benefício foi instituído com natureza indenizatória, tendo sido mantida esta natureza nos acordos coletivos posteriores. Frisa, ainda, que o Banco filiou-se ao PAT desde a instituição do benefício, em 1989. Juntou, às fls. 76-131, os acórdãos do TST referentes dos Dissídios Coletivos de 87 e 88 (Proc. TST-DC-25/87.2 e TST-DC-43/88.1). Ao final, requer a uniformização da jurisprudência deste TRT-22 nos termos expostos.

Já o advogado do reclamante (Dr. Rafael de Moraes Correia), em sua manifestação de fls. 133-136, sustenta a tese de que os empregados do Banco do Brasil recebiam o auxílio-alimentação desde a data de admissão, antes mesmo da adesão do Banco ao PAT, que somente ocorreu em 1991, por ocasião do Decreto nº 5, de 14-01-1991, que regulamentou a Lei 6.321/76, motivo pelo qual o benefício teria natureza salarial, devendo integrar os proventos de aposentadoria. Alega que tal fato nunca foi contestado pelo BB ou pela PREVI,

e que o BB se negou a fornecer aos reclamantes os seus contracheques do período anterior a 1989, requeridos administrativamente pelo referido advogado. Juntou os documentos de fls. 137-142. Pede, por fim, que seja declarada a natureza salarial do auxílio-alimentação.

Já o Sindicato dos Empregados em Estabelecimentos Bancários e Financiários do Estado do Piauí – SEEBF, na peça de fls. 144-151, alega que os empregados do BB, no período de **set./1989 a ago./1990**, recebiam o auxílio-alimentação em espécie, por força da sentença normativa proferida nos autos do DC-TST-43/88.1, apesar da instituição como verba indenizatória; e que no período de **set./1990 a ago./1991** continuaram a receber o benefício em espécie, no contracheque, mas tal verba não constava no acordo coletivo referente à data base de 1990/1992 como verba de natureza indenizatória. Sustenta, então, que em razão do princípio da condição mais benéfica ao empregado, há que ser considerada a natureza salarial do benefício. No mais, repete os argumentos do advogado dos reclamantes, expostos no parágrafo anterior. Juntou os documentos de fls. 153-295. Ao final, requer que seja declarada a natureza salarial do auxílio-alimentação.

Parecer do Ministério Público do Trabalho às fls. 10-13 opina no sentido de que não se configurou a divergência autorizadora da uniformização de jurisprudência.

É o relatório.

V O T O

ADMISSIBILIDADE

Ab initio, segundo as manifestações das partes suscitadas seriam duas as situações dos reclamantes: **uma** na qual os reclamantes receberam o auxílio-alimentação somente a partir das sentenças normativas

de 1988 e 1989, na qual o benefício foi instituído com natureza indenizatória; e *outra* na qual os reclamantes teriam recebido por vários anos o auxílio-alimentação anteriormente à sentença normativa de 1989, desde as suas admissões e, portanto, com natureza salarial.

Contudo, bem analisando as demandas propostas envolvendo a matéria em questão, como também examinando detidamente a documentação trazida pelas partes suscitadas neste IUJ, constato que, na verdade, existe apenas uma situação nas demandas que envolvem especificamente o Banco do Brasil, que é a primeira situação colocada.

Com efeito, verifico que na maioria das demandas envolvendo a matéria, os próprios reclamantes declaram na inicial que apenas começaram a receber o auxílio-alimentação a partir da sentença normativa de 1989, que instituiu o benefício com natureza indenizatória, tendo sido mantida esta natureza nos acordos coletivos posteriores; e verifico, ainda, que nas demandas em que os reclamantes declaram ter recebido o benefício desde a admissão e/ou antes da sentença normativa de 1989, inexistente qualquer prova desta alegação nos autos, seja juntada pelo reclamante, seja juntada pelo Banco do Brasil.

Por outro lado, concluo que não seria razoável que alguns reclamantes admitidos na mesma época e pelo mesmo empregador fossem tratados de forma distinta, uns recebendo o benefício de auxílio-alimentação e outros não. Sendo assim, com base nas próprias declarações da maioria dos reclamantes nas petições iniciais dos processos; reforçadas pela tese de defesa do Banco do Brasil, segundo a qual o benefício foi instituído pela sentença normativa de 1989 e com natureza indenizatória; e com base, por fim, na ausência de outras provas em contrário, concluo que, de fato, os reclamantes se encontram na mesma situação nestas demandas envolvendo o Banco do Brasil.

Destarte, tendo em vista tratarem as demandas da mesma hipótese, e considerando a divergência de entendimento a respeito da matéria no âmbito deste Tribunal, é perfeitamente possível a uniformização da jurisprudência para o caso. Admito o IUJ neste tocante.

Conforme relatado, na sessão do dia 16-09-2009 (certidão de fl. 65), após devoluções de vista regimental dos Exmos. Srs. Desembargadores Wellington Jim Boavista e Arnaldo Boson Paes, este IUJ foi aditado para acrescentar a matéria de prescrição, por sugestão do Exmo. Des. Wellington Jim Boavista.

Pois bem, considerando a divergência de entendimentos entre as duas Turmas e no âmbito delas também neste ponto, admito o IUJ quanto à matéria de prescrição.

MÉRITO

1) Prescrição

O Banco do Brasil sustenta que a prescrição a ser aplicada é a total (quinqüenal ou bienal – art. 7º, XXIX, CF), nos termos da jurisprudência consolidada na Súmula 326 do TST, pois a parcela pleiteada jamais integrou os proventos de aposentadoria do obreiro.

Pois bem, nos casos em que as ações foram propostas dentro do biênio posterior à data da aposentadoria, não há que se falar em prescrição total (bienal). Contudo, nesses casos, declara-se a prescrição quinqüenal dos créditos anteriores aos cinco antes do ajuizamento da ação, em razão do art. 7º, XXIX, da CF/88, com exceção do FGTS, cuja prescrição é trintenária.

Nos demais casos (ajuizamento da ação mais de dois anos após a aposentadoria), vale a pena tecer umas breves considerações.

Não obstante a jurisprudência consolidada nas Súmulas 326 e 327 do TST, este Eg. TRT-22 vem firmando entendimento de que o auxílio-alimentação trata-se de um direito previdenciário do obreiro (e não um direito meramente trabalhista), pois a discussão a respeito do pedido de integração de parcela que jamais integrou a complementação do inativo, diz respeito ao próprio direito de inclusão desta parcela na base de cálculo da complementação de aposentadoria. E, assim sendo, demanda discussões mais profundas a respeito da prescrição ou da decadência porventura incidentes, de modo que se conclui imediatamente que tão-somente as Súmulas 326 e 327 do TST não oferecem suporte jurídico para fundamentar a matéria em foco.

Passemos adiante.

Dispõe o art. 201, § 11, da Constituição Federal/88, que “os ganhos habituais do empregado, a qualquer título, serão incorporados ao salário para efeito de contribuição previdenciária e **consequente repercussão em benefícios, nos casos e na forma da lei**”.

O pedido sob exame (integração do auxílio-alimentação nos proventos de aposentadoria) equivale a um pedido de revisão do ato de concessão do benefício. Por isso, entendo que é perfeitamente possível, a partir da análise do disposto no art. 103 da Lei 8.213/91, abaixo transcrito, traçar uma analogia em relação ao caso específico sob exame:

Art. 103. É de dez anos o prazo de **decadência** de todo e qualquer direito ou ação do segurado ou beneficiário para a **revisão do ato de concessão de benefício**, a contar **do dia primeiro do mês seguinte ao do recebimento da primeira prestação** ou, **quando for o caso, do dia em que tomar conhecimento da decisão indeferitória definitiva no âmbito administrativo.** (Redação dada pela Lei 10.839/2004)

Parágrafo único. Prescreve em cinco anos, a contar

da data em que deveriam ter sido pagas, toda e qualquer ação para **haver prestações vencidas ou quaisquer restituições ou diferenças devidas pela Previdência Social**, salvo o direito dos menores, incapazes e ausentes, na forma do Código Civil. (Incluído pela Lei 9.528/1997) (Grifei)

É importante dizer que há divergências quanto à interpretação do dispositivo supra no âmbito do direito previdenciário. Contudo, da meticulosa análise da matéria e após a leitura de doutrina e jurisprudência pertinentes, encampei o entendimento de que os prazos previstos nos arts. 103 e 104 da Lei 8.213/91, ao tratar dos limites temporais de revisão do *quantum* relativo à prestação securitária, são de *prescrição*, e nunca de *decadência*, uma vez que a pretensão do benefício está assegurada mediante ação condenatória, visando à correção da decisão equivocada da Administração.

Com efeito, pois a decadência fulmina o próprio direito, excluindo por via indireta toda e qualquer possível ação de que pudesse socorrer o interessado, o que não seria possível quanto ao benefício previdenciário, eis que qualquer prazo decadencial porventura incidente esbarraria na garantia constitucional do direito adquirido, o qual não se admite que seja aviltado pela lei, de maneira que esta não pode fixar prazo para o seu exercício. Em outras palavras, o direito adquirido é um reflexo do fundo de direito do segurado, resguardado pela Constituição, e jamais poderá ser atingido pela decadência.

Destarte, o aparente prazo decadencial do *caput* do art. 103 da Lei 8.213/91, continua sendo um prazo prescricional (conforme redação original do art. 103 da Lei 8.213/91), pois estabelece prazo para o beneficiário desfazer lesão a direito praticada pela Autarquia previdenciária.

Nesse sentido é a seguinte jurisprudência:

PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ADEQUAÇÃO DO USO. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DECADÊNCIA. INOCORRÊNCIA. SÚMULA 2/TRF-4ªR. MULTA POR DESCUMPRIMENTO. PECULIARIDADES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. INFORMAÇÃO DA REVISÃO. JUÍZO DA EXECUÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA.

(...)

3. Segundo a doutrina, a decadência atinge os direitos potestativos, cujo objeto é a constituição, modificação ou extinção de uma relação jurídica, na qual o titular simplesmente exerce o direito, sem ação ou pretensão, e o sujeito passivo apenas se sujeita ao exercício do direito, sem poder violá-lo ou opor resistência. **O art. 103, caput, ao sujeitar a prazo decadencial a revisão do ato de concessão do benefício - direito a uma prestação, e não direito potestativo -, não prima pelo rigor científico, criando dificuldade para sua aplicação o que, na verdade, prevê é uma hipótese de prescrição.**

(...)

(TRT/4ª Região, 6ª Turma, AC nº 1999.70.09.003820-2/PR, DJU 20/06/2001, pág. 1.555, Rel. Des. Federal Luiz Carlos de Castro Lugon). (grifei)

Feitas essas considerações, passemos à análise das hipóteses previstas no dispositivo.

Pois bem, o *caput* do art. 103 da Lei 8.213/91 prevê duas hipóteses: a *primeira* é aquela na qual o INSS concede o benefício ao segurado, porém a renda mensal inicial (RMI) foi computada aquém do valor correto; já a *segunda* é aquela na qual ocorre o indeferimento pelo INSS das prestações do benefício (regra geral, quando o requerente não conseguiu provar que preencheu todos os requisitos legais para a concessão do benefício).

Na *primeira hipótese*, quando o benefício foi concedido em valor inferior ao correto (que é o caso dos autos), há uma relação jurídica de trato sucessivo e, portanto, a lesão ao direito do segurado renova-se a cada mês de pagamento, de modo que o prazo decenal sequer se inicia, podendo o segurado requerer judicialmente a revisão do mesmo após os dez anos, porém deve o pagamento das diferenças limitar-se aos últimos cinco anos.

Já na *segunda hipótese*, quando a relação jurídica em que se baseia a pretensão não é reconhecida administrativamente, o segurado tem o prazo prescricional de dez anos para requerer judicialmente a revisão do ato de concessão do benefício, mas sem impedir nova solicitação. É o que prevê o Regulamento da Previdência Social, no art. 347, § 2º, com a redação dada pelo Decreto 4.729/2003, quando, mesmo passados os dez anos, caso o segurado disponha de documentos novos para instruir a pretensão, poderá fazer *nova solicitação de benefício*, e não pedido de revisão.

Assim têm se posicionado os pretórios quanto à primeira hipótese tratada (benefício concedido em valor inferior ao correto), baseado no entendimento do Superior Tribunal de Justiça - STJ, consolidado na Súmula 85, que dispõe:

85. Nas relações jurídicas de trato sucessivo em que a Fazenda Pública figure como devedora, quando não tiver sido negado o próprio direito reclamado, a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação.

A seguir, transcrevo o aresto pertinente ao tema:

PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. REVISÃO DA RMI DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. PRESCRIÇÃO DO FUNDO DE DIREITO. NÃO-OCORRÊNCIA. SÚMULA 85/STJ.

ATUALIZAÇÃO DOS SALÁRIOS-DE-CONTRIBUIÇÃO. ÍNDICE. ORTN/OTN. 'REFORMATIO IN PEJUS'. VÍCIO SURGIDO NO PRÓPRIO ACÓRDÃO RECORRIDO. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. JUROS DE MORA. PERCENTUAL E TERMO INICIAL. CORREÇÃO DE DÉBITOS EM ATRASO. IPC DE JANEIRO/89. 42,72%.

1. Buscando com a ação o recálculo da renda mensal inicial de benefício previdenciário pago a menor e o recebimento das diferenças apuradas, aplica-se a Súmula 85/STJ.

(...)

6. Recurso parcialmente conhecido e, nessa parte, parcialmente provido. (STJ, Quinta Turma, REsp 231613/PE, DJU 13/12/1999, p. 00175, Rel. Ministro Edson Vidigal.) (Processo originário: 99/0085274-5). (Grifei)

Vale ressaltar que tal entendimento permanece atual, não tendo sido afetado pelas alterações legislativas do art. 103 da Lei 8.213/91, porquanto se funda basicamente na natureza das relações jurídicas de trato sucessivo, sujeitas a lesões reiteradas ao longo do tempo.

Por fim, vale acrescentar que enquanto o **caput do art. 103** da Lei 8.213/91 regula a hipótese de *revisão do ato concessório* para a obtenção de *prestação previdenciária* devida (caso sob exame), o **parágrafo único do art. 103** regula a hipótese de *pagamento das diferenças devidas*, abrangendo inclusive os casos de benefícios concedidos corretamente, mas, por algum motivo, não foram pagos em algum momento.

Sendo assim, por se tratar o caso sob exame de relação jurídica de trato sucessivo, sujeita a lesões reiteradas ao longo do tempo, deve incidir a **prescrição parcial**, nos termos da Súmula 85 do STJ.

ANTE O EXPOSTO, tratando-se de pedido de revisão do ato de concessão do benefício de complementação de aposentado-

ria, de responsabilidade de caixa de previdência privada, por motivo da renda mensal inicial (RMI) do complemento ter sido calculado em valor aquém do devido, **a prescrição incidente é a parcial**, atingindo apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação, pois, nesta hipótese, ocorre uma relação de trato sucessivo, na qual a lesão ao direito do segurado renova-se a cada mês de pagamento da prestação do complemento. É o resultado da aplicação analógica do disposto no art. 103, *caput*, primeira parte, da Lei 8.213/91, sob a luz da interpretação dada pela Súmula 85 do STJ.

Passemos ao mérito propriamente dito.

2) Natureza do auxílio-alimentação

Um fato relevante e controvertido nos autos é a data na qual o Banco do Brasil teria se filiado ao PAT – Programa de Alimentação do Trabalhador, pois os reclamantes alegam que foi em 1992, enquanto o Banco reclamado sustenta que foi a partir de abril de 1989, explicando em sua defesa que desde a instituição do Programa de Alimentação do Banco do Brasil a concessão do benefício auxílio-alimentação se deu já com a sua filiação ao PAT, consoante os Editais de 14-04-89, 16-04-90 e 10-01-91, da Comissão Especial para o PAT, publicado no DOU, seção I, de 19-04-89 e 25-03-91, respectivamente.

A importância deste fato é porque a partir da filiação do empregador ao PAT, conforme prevêm expressamente o art. 3º da Lei 6.321/76 e o art. 6º do Decreto 5/1991, o benefício do auxílio-alimentação deixa de ser parcela de natureza salarial, não integrando o salário para quaisquer efeitos, nem constituindo base de cálculo para a contribuição previdenciária ou para o FGTS.

Porém, verifico que inexistem nos autos qualquer prova a respeito da filiação do Banco do Brasil ao PAT.

Então, para uma análise mais profunda e detalhada a respeito da matéria sob exame, a fim de chegar a uma decisão justa e correta, foi necessário pesquisar e analisar a evolução de todos os instrumentos coletivos envolvendo o Banco do Brasil entre os anos de 1987 até 2009.

Assim, examinamos detidamente os acordos coletivos e sentenças normativas constantes nestes autos, bem como em outros autos de recurso ordinário que se encontram sobrestados em Secretaria deste Tribunal e tratam da mesma matéria, como também, e principalmente, no *site* www.feebrs.org.br, no qual se encontram catalogados todos os acordos coletivos celebrados entre o Banco do Brasil e os Sindicatos profissionais, e as sentenças normativas entre CONTEC e Sindicatos contra o Banco do Brasil, os quais **analisamos um a um quanto à matéria de auxílio-alimentação**, durante o período compreendido entre os anos de 1987 até 2009.

E a partir da análise desses instrumentos, foi possível construir um breve histórico das sentenças normativas e acordos coletivos a respeito da concessão do benefício de auxílio-alimentação, com a seguinte evolução, desde 1987 até 2009.

O acórdão do **Processo TST-DC-25/87.2 (fls. 76 e ss. do IUJ)**, em que são suscitantes *Confederação Nacional dos Trabalhadores nas Empresas de Crédito – CONTEC e outros* e suscitado o *Banco do Brasil S/A.*, consta, em sua “Cláusula Terceira – Programa de Alimentação” que **o tíquete alimentação será percebido a partir de 01-11-1987** e terá **“caráter indenizatório e natureza não salarial”** (fl. 78), sendo que tal cláusula foi **homologada por maioria** (fl. 86). E considerando que esta sentença normativa é a mais antiga que consta nos autos, em termo cronológico, **tudo indica que foi a partir daí, em 1987, que foi instituído o benefício do auxílio-alimentação.** *Verbis:*

“CLÁUSULA TERCEIRA – Programa Alimentação

A partir de 01.11.87 e até o termo final deste Acordo, o Banco fornecerá a seus empregados, a título de ajuda-alimentação, 01 (um) tíquete no valor de Cz\$ 100,00 (cem cruzados) - reajustável trimestralmente pelo Índice de Preços ao Consumidor – IPC, acumulado a partir de setembro/87, para cada dia efetivamente trabalhado. (grifei)

Parágrafo Primeiro – De caráter indenizatório e de natureza não salarial, o tíquete será utilizado para ressarcimento de despesas com aquisição de alimentos em restaurantes, lanchonetes, mercearias e supermercado, na forma da regulamentação a ser expedida pelo Banco. (grifei)

Parágrafo Segundo – Quando utilizado restaurante mantido pelo Banco, a cada tíquete corresponderá uma refeição.

Homologo.”

A seguir, o acórdão do **Processo TST-DC-43/88.1 (fls. 89 e ss. do IUJ)**, em que são suscitantes *Confederação Nacional dos Trabalhadores nas Empresas de Crédito – CONTEC e outros* e suscitado o *Banco do Brasil S/A.*, consta, no mérito, item “II - Programa de Alimentação” que o tíquete alimentação terá “**caráter indenizatório e natureza não salarial**” (fls. 90-91), sendo que tal cláusula foi **homologada unanimemente** (fl. 109). Mantido, então, o caráter indenizatório do benefício.

No período 1989/1990, foi juntado o acórdão do **Processo TST-DC-38/89.2 (fls. 216 e ss. do IUJ)**, em que são suscitantes *Confederação Nacional dos Trabalhadores nas Empresas de Crédito – CONTEC e outros 138 Sindicatos e Federações* e suscitado o *Banco do Brasil S/A.*, **proposto com o objetivo de rever a Sentença Normativa proferida no Processo DC-43/88.1, cuja vigência se esgotou em 31-08-89.** Consta, na “CLÁUSULA VIGÉSIMA: PROGRAMA DE ALIMENTAÇÃO” que o tíquete alimentação terá “**caráter indenizatório e natureza não salarial**” (fl. 216), sendo que

unanimemente foi deferida parcialmente a cláusula, “excluída, porém, a parte inicial do § 1º, ou seja: ‘de caráter indenizatório e de natureza não salarial’” (fls. 216 e 251). *Verbis*:

“CLÁUSULA VIGÉSIMA – Programa de Alimentação

O Banco fornecerá a seus empregados, a título de ajuda-alimentação, 01 (um) tíquete no valor de NCz\$ 15,00 (quinze cruzados novos) - reajustável mesalmente pelo IVC, acumulado a partir de setembro/87, para cada dia útil.

§ 1º – De caráter indenizatório e de natureza não salarial, o tíquete será utilizado para ressarcimento de despesas com aquisição de alimentos em restaurantes, lanchonetes, mercearias e supermercado, na forma da regulamentação a ser expedida pelo Banco. (grifei)

§ 2º – Quando utilizado restaurante mantido pelo Banco, a cada tíquete corresponderá uma refeição.

Deferida parcialmente a cláusula, excluindo do seu parágrafo primeiro as expressões ‘de caráter indenizatório e de natureza não salarial’.” (grifei)

Posteriormente, **no período 1990/1991**, foi proposto um Dissídio Coletivo de reajuste salarial, o Processo TST-DC-13.873/90.2, no qual foi homologado o acordo com relação ao reajuste salarial, mas não abrange o auxílio-alimentação. Segue a ementa:

DC-13.873/90.2 - (Ac. SDC - 474/90.2) - TST
 Relator: Ministro Norberto Silveira de Souza
 Suscitante: CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES NAS EMPRESAS DE
 CRÉDITO - CONTEC
 Advogado: Dr. José Torres das Neves
 Suscitado: BANCO DO BRASIL S/A
 Advogado:
 EMENTA: Não há que falar-se em extinção do processo sem julgamento do mérito, tendo em vista que não está se pedindo a homologação da desistência, e sim, o que se pede até de audiência é que, após o Banco suscitado ter concedido o reajuste salarial, o suscitante desistiu das cláusulas econômicas postas na peça vestibular. Rejeitada a preliminar. Homologado o acordo com relação ao reajuste salarial.

No período 1991/1992, consta nos autos o acórdão do Processo TST-DC-35.830/91.5 (fls. 269 e ss.), que é um Dissídio Coletivo de greve ajuizado pelo Ministério Público do Trabalho contra o Banco do

Brasil e a CONTEC, cujo objeto era o reajuste salarial de várias parcelas pagas aos bancários, inclusive o auxílio-alimentação. No tópico “AUXÍLIO-ALIMENTAÇÃO”, O VOTO trata tão somente do reajuste do benefício, não estipulando a sua natureza (se indenizatória ou salarial), repetindo as redações anteriores, no parágrafo primeiro, que “o ticket será utilizado para ressarcimento de despesas com aquisição de alimentos em restaurantes, lanchonetes, mercearias e supermercados, **na forma da regulamentação a ser expedida pelo Banco**” (grifei) (fls. 272-273). A cláusula foi homologada por unanimidade (fl. 287).

Pois bem, nos autos do IUJ, foram todos esses, acima citados, os instrumentos coletivos que foram juntados.

A partir daqui, continuamos a pesquisa nos autos de recursos ordinários que se encontram sobrestados em Secretaria deste Tribunal, bem como no *site* www.feebrs.org.br, no qual se encontram catalogados todos os acordos coletivos e sentenças normativas envolvendo o Banco do Brasil e os Sindicatos profissionais, conforme noticiado anteriormente neste voto.

No Acordo Coletivo de 1992/1993, o benefício de auxílio-alimentação foi fornecido pelo Banco do Brasil como verba de caráter indenizatório e de natureza não salarial, *verbis*:

CLÁUSULA NONA - PROGRAMA DE ALIMENTAÇÃO

O Banco fornecerá a seus empregados, a título de ajuda-alimentação, 01 (um) ticket no valor de Cr\$ 18.000,00 (dezoito mil cruzeiros) - reajustável mensalmente pelo IPC/FIPE -, para cada dia efetivamente trabalhado.

Parágrafo Único - De caráter indenizatório e de natureza não salarial, o ticket será utilizado para ressarcimento de despesas com aquisição de alimentos em restaurantes, lanchonetes, mercearias e supermercados, na forma da regulamentação a ser expedida pelo Banco.

O Acordo Coletivo de 1993/1994 manteve a natureza indenizatória.

Os **Acordos Coletivos de 1994/1995 e 1995/1996** foram Acordos Coletivos Parciais e não abrangeram o Sindicato do Estado do Piauí, porém mantiveram o benefício de auxílio-alimentação como de caráter indenizatório e de natureza não salarial.

No período seguinte (1996-1997), temos o acórdão do **Processo TST-DC-349.016/97.1**, em que são suscitantes *Confederação Nacional dos Trabalhadores nas Empresas de Crédito – CONTEC e outros* e suscitado o *Banco do Brasil S/A.*, que foi um Dissídio coletivo de reajuste salarial, abrangendo algumas cláusula específicas, não incluído o programa de alimentação, e que acabou por deferir um abono a todos os empregados do suscitado, cuja ementa foi a seguinte:

DISSÍDIO COLETIVO - REAJUSTE SALARIAL -
 A função precípua do Tribunal, antes de tudo, é dar ao conflito uma solução baseada na razoabilidade, de forma adequada e equânime.
 Assim, considerando as peculiaridades do presente Dissídio, onde a normatividade da sentença se projetará para o passado, porquanto já ultrapassada a data-limite para a sua vigência, mostra-se mais razoável, em vez de deferir um reajuste linear, conforme pleiteado, a concessão de um abono a todos os empregados do Suscitado.

No **Acordo Coletivo de 1997/1998** o benefício de auxílio-alimentação foi mantido como de caráter indenizatório e de natureza não salarial, de acordo com as cláusulas seguintes:

CLÁUSULA VINTE - PROGRAMA DE ALIMENTAÇÃO

O Banco concederá a seus empregados auxílio-refeição no valor de R\$ 8,00 (oito reais), sem descontos, por dia de trabalho, sob a forma de tickets refeição ou tickets alimentação, facultado, excepcionalmente, o seu pagamento em dinheiro, ressalvadas as situações mais favoráveis relacionadas às disposições da Cláusula e seus parágrafos, inclusive quanto à época de pagamento.

Parágrafo Primeiro - O ticket será utilizado para ressarcimento de despesas com aquisição de alimento em restaurantes, lanchonetes, mercearias e supermercados, na forma da regulamentação a ser expedida pelo Banco.

Parágrafo Segundo - O auxílio-refeição será concedido mensalmente, no primeiro dia útil de cada mês, à razão de 22 (vinte e dois) dias fixos por mês, inclusive nos períodos de gozo de férias e até o 15º (décimo quinto) dia nos afastamentos por doença ou acidente de trabalho. Nos casos de admissão e de retorno ao trabalho do empregado no curso do mês o auxílio será devido proporcionalmente aos dias trabalhados. Em qualquer situação não caberá restituição dos tickets já recebidos.

Parágrafo Terceiro - O auxílio, sob qualquer das formas previstas nesta Cláusula, é de caráter indenizatório e de natureza não salarial, nos termos da Lei nº 6.321, de 14.04.76, de seus decretos regulamentadores e da Portaria GM/MTb nº 1.156, de 17.09.93 (D.O.U. 20.09.93).

Parágrafo Quarto - Com relação aos meses de setembro, outubro, novembro e dezembro/97, onde a Empresa já fez o adiantamento de valor equivalente a 20 (vinte) tickets de R\$ 8,00 (oito reais) cada, caberá ao Banco fazer o pagamento de mais 2 (dois) tickets de R\$ 8,00 (oito reais) cada, por mês retromencionado, quando efetuar a entrega dos tickets do mês de fevereiro/98, complementando dessa forma o adiantamento já realizado.

Parágrafo Quinto - Ajustam as partes que o crédito de R\$ 176,00 (cento e setenta e seis reais), efetuado pelo Banco na conta corrente dos empregados em 02/01/98, quita a ajuda-alimentação referente ao mês de janeiro/98.

Nos Acordos Coletivos de 1998/1999, 1999/2000, 2000/2001, 2001/2002, 2002/2003, 2003/2004, 2004/2005, 2005/2006, 2006/2007, 2007/2008, 2008/2009 e 2009/2010 foi mantida a redação anterior quanto à natureza do benefício de auxílio-alimentação, que permaneceu sendo fornecido como benefício de caráter indenizatório e de natureza não salarial. Portanto, resta constatado que a cláusula estipulando o auxílio-alimentação como de caráter indenizatório e natureza não salarial foi renovada nos acordos coletivos posteriores, conforme sustentado pelo Banco.

R. TRT da 22ª Região	Teresina	v. 6	n. 1	p.337 - 362	jan. / dez. 2009
----------------------	----------	------	------	-------------	------------------

Pois bem, analisando todo este histórico da concessão do auxílio-alimentação pelo Banco do Brasil, verifica-se que somente no **período de 1989/1990**, quando foi proposto o **Processo TST-DC-38/89.2 (fls. 216 e ss. do IUJ)**, com o objetivo de rever a **Sentença Normativa proferida no Processo DC-43/88.1**, cuja vigência se esgotou em 31-08-89, é que o benefício foi concedido como de natureza salarial, visto que foi excluída a parte da cláusula que estipulava o caráter indenizatório e a natureza não salarial, como já visto.

No **período 1990/1991**, foi um Dissídio Coletivo de reajuste salarial, o Processo TST-DC-13.873/90.2, no qual foi homologado o acordo com relação ao reajuste salarial, sem abranger o auxílio-alimentação.

Já no **período 1991/1992**, foi o Dissídio Coletivo de greve ajuizado pelo Ministério Público do Trabalho contra o Banco do Brasil e a CONTEC, o Processo TST-DC-35.830/91.5, cujo objeto era o reajuste salarial de várias parcelas pagas aos bancários, inclusive o auxílio-alimentação.

Nenhum deles tem cláusula específica sobre a natureza do auxílio-alimentação, apenas estipularam “na forma da regulamentação a ser expedida pelo Banco”.

Contudo, mesmo que se admita que nesses **quatro anos, isto é, de 1989 a 1992**, o benefício tenha sido concedido com natureza salarial, tal período não tem o condão de incorporar tal parcela nos proventos de aposentadoria dos inativos, tendo em vista a ausência do elemento habitualidade, requisito indispensável para que o benefício se tornasse um direito adquirido. Com efeito, a percepção por apenas quatro anos não atinge o lapso temporal mínimo exigível para que se possa falar em aplicação do **princípio da estabilidade finan-**

ceira, nos termos da Súmula 372, do TST, que exige a percepção por 10 anos ou mais para a incorporação de gratificação de função, aplicada analogicamente ao caso.

Assim, considerando o pagamento como natureza salarial do benefício por um período limitado (provavelmente 4 anos), conclui-se que o mesmo não chegou a fazer parte do orçamento doméstico do obreiro, de tal modo que não se incorpora ao salário e nem aos seus proventos de aposentadoria.

Sendo assim, resta evidente que quando os reclamantes passaram a receber o auxílio-alimentação, tal benefício já tinha natureza indenizatória (e não salarial), por força de sentença normativa (de 1987), independentemente da filiação do Banco do Brasil ao PAT, não se incorporando ao salário dos reclamantes.

É que vigora no âmbito do Direito Coletivo do Trabalho o *princípio da autodeterminação da vontade coletiva*, materializado na Constituição Federal, *art. 7º, XXVI*, que assegura como um direito do trabalhador o “reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho”.

O princípio da autodeterminação da vontade coletiva, também chamado de princípio do coletivo, segundo Rosário, citada por Nascimento (NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 20 ed. rev. Atual. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 352):

“evidencia a orientação geral do direito do trabalho para valorizar uma componente coletiva ou de grupo nos fenômenos laborais coletivos e no vínculo de trabalho, justificando que o trabalhador e o empregador sejam considerados não tanto como indivíduos mas, sobretudo, enquanto membros dos grupos com os quais se relacionam, por efeito do contrato de trabalho ou da qualidade de trabalhador subordinado e da qualidade de empregador”.

Assim, o princípio da autodeterminação coletiva trata-se de um princípio valorizador da negociação coletiva, segundo o qual as partes podem, coletivamente, enquanto membros de seus respectivos sindicatos das categorias econômica e profissional, instituir regras aplicáveis exclusivamente aos membros daquela coletividade, regras estas que passarão a reger a relação de trabalho entre empregado e empregador das categorias envolvidas.

É oportuno dizer que a autonomia da vontade coletiva é algo tão forte no mundo moderno que o direito do trabalho de alguns países admite até a derrogação *in pejus* de normas legais pelos acordos ou convenções coletivas de trabalho, como um mecanismo de valorização das negociações coletivas no sistema de direito do trabalho. Nesse sentido, deve-se analisar as exceções abertas pela Constituição Federal de 1988, tais como o art. 7º, VI, XIII e XIV, para a possibilidade de alteração de norma legal via negociação coletiva de maneira que não restrinja direitos básicos e essenciais do trabalhador.

Dessa forma, a negociação coletiva não pode ocorrer de modo absoluto, dispondo de direitos irrenunciáveis pelo trabalhador, sendo necessária a observância dos limites constitucionais dessa negociação, além da observância aos demais princípios de direito do trabalho, como, por exemplo, o princípio da norma mais favorável ao trabalhador.

Há que se ter especial cuidado neste sentido, pois ainda que gozem as partes, por força do princípio da autodeterminação da vontade coletiva, de liberdade de negociação para instituir novas e melhores condições de trabalho, não se pode, por força do princípio coletivo, criar condições menos benéficas ao trabalhador, principalmente quando se sabe que, em razão de crises econômicas, ameaça de desemprego, períodos de recessão, dentre outros fatores, os sindicatos profissionais muitas vezes necessitam abrir mão de direitos elemen-

tares, como é o caso do limite da jornada de trabalho, para obter vantagens como reajuste salarial ou, o que é mais importante, manutenção do emprego da categoria profissional.

Entretanto, no caso em apreço, no qual a negociação coletiva atribuiu natureza indenizatória ao auxílio-alimentação, não vislumbro qualquer violação a direito fundamental do trabalhador, até porque, quando se trata de direito coletivo, há que se analisar a totalidade dos direitos, obrigações e benefícios abrangidos pela negociação coletiva, de modo que esse conjunto (o todo) seja benéfico ao trabalhador, em homenagem também ao *princípio do conglobamento*.

Nesse sentido é a seguinte jurisprudência:

ACORDO COLETIVO DE TRABALHO - TRANSAÇÃO - VALIDADE. *A autonomia dos sindicatos na negociação dos interesses e direitos da categoria representada encontra especial relevo na atual Constituição da República - artigos 8º, incisos I, III e VI, e 7º XXVI -, não havendo como se questionar a validade de cláusulas de instrumento coletivo, livremente pactuadas, mormente se os representados se beneficiaram de outras vantagens do ajuste entabulado, presumindo-se a intenção de concessões recíprocas. Deve a norma coletiva ser interpretada levando-se em conta a Teoria do Conglobamento ou da Incindibilidade, a qual não admite a invocação de prejuízo como objeção a uma cláusula, abstraindo-a do conjunto que compõe a totalidade da negociação coletiva. Recurso a que se nega provimento. (TRT - 10ªR - RO nº 924/97 - Ac. 2ª T - Rel. Juíza Heloísa Pinto Marques - J. 10.03.98 - DJ. 27.03.98)*

É imprescindível colocar, nesta oportunidade, que esta Corte trabalhista sempre prestigiou a natureza salarial do benefício do auxílio-alimentação, tanto por força do art. 458 da CLT, como da Súmula 241 do TST, tanto que este Eg. Regional (TRT-22) consoli-

dou jurisprudência neste sentido, conforme Súmula 1, aprovada mediante a Res. Adm. 57/2007:

1. AUXÍLIO-ALIMENTAÇÃO. NATUREZA SALARIAL. O auxílio-alimentação habitualmente fornecido pelo empregador tem natureza salarial, caracterizando-se como direito adquirido do obreiro e integrando a sua remuneração para todos os efeitos legais, bem como a complementação dos seus proventos de aposentadoria pagos por caixa de previdência complementar.

Não obstante, o caso sob exame não se enquadra neste entendimento da Súmula 1 deste TRT-22, pois o reclamante recebeu o auxílio-alimentação como parcela de natureza indenizatória e não salarial durante quase toda a vigência contratual, tendo em vista o disposto em sentenças normativas e acordos coletivos, que prevalece entre as partes, com base no princípio da autodeterminação da vontade coletiva, nos termos do art. 7º, XXVI, da CF/88.

Conforme já comentado, mesmo que o obreiro tenha recebido o benefício por curto período de tempo (4 anos) com natureza salarial, ainda assim não faria jus à incorporação ao salário e aos proventos de aposentadoria, em razão da ausência do elemento da percepção por longos anos, isto é, a habitualidade, requisito indispensável para que o benefício se tornasse um direito adquirido. Por esse motivo, além do fato de que o auxílio-alimentação já nasceu no âmbito do reclamado com a natureza indenizatória, o caso sob exame não se enquadra no entendimento da Súmula 1 deste TRT-22.

O afastamento, no presente caso, do entendimento consagrado na referida Súmula 1 baseia-se na distinção das circunstâncias fáticas que envolvem a presente demanda em relação àquelas que constituíram os fundamentos de fato dos precedentes que deram origem à Súmula.

As ações nas quais foi aplicado o entendimento de que o

auxílio-alimentação tem natureza salarial e se incorpora ao salário do obreiro e, por conseguinte, aos proventos de aposentadoria, foram propostas contra a Caixa Econômica Federal e sua caixa de previdência (FUNCEF) e contra o Banco do Estado do Piauí - BEP. **Em tais reclamações (que geraram os precedentes da Súmula 1 deste TRT-22), verificou-se que os ex-empregados da Caixa Econômica e do BEP receberam o auxílio-alimentação de forma habitual e contínua ao longo de todo o contrato de trabalho, todos por mais de dez anos ou até por vinte ou trinta anos ininterruptos**, por força de normas internas, aliado ao fato de que nunca havia sido estipulado, anteriormente à percepção, o caráter indenizatório de tal verba. Ademais, no que tange especificamente à Caixa Econômica, observou-se ainda que o mesmo benefício havia sido estendido aos aposentados e pensionistas em 17/04/1975, através de Resolução da Diretoria, e que somente a partir de 1986, mais de quinze anos após a sua instituição, datada de 22/12/1970, é que tal verba passou a reverter-se de caráter indenizatório.

Diante de tais circunstâncias, conclui-se que o auxílio-alimentação nunca integrou o patrimônio jurídico dos reclamantes.

Vale ressaltar, ainda, que a atribuição de natureza indenizatória ao auxílio-alimentação, na sentença normativa e acordos coletivos do Banco não constitui absolutamente afronta ao art. 9º da CLT.

Por fim, é bem verdade e pacífico o entendimento de que as normas da empresa em vigor na época de admissão do empregado incorporam-se ao seu contrato de trabalho para todos os efeitos, inclusive para fins de complementação dos proventos de aposentadoria, desde que não seja afastado pelas partes, só podendo ser alteradas se for para beneficiá-lo, nos termos da Súmula 288 do TST. E no caso destas demandas, desde quando os reclamantes começaram a receber

o auxílio-alimentação, **em novembro/1987**, este já tinha natureza indenizatória, por força de sentença normativa, de modo que nunca houve alteração de direito concedido em prejuízo do empregado.

ANTE O EXPOSTO, no caso dos processos do Banco do Brasil com pedido de integração do auxílio-alimentação aos proventos de aposentadoria, voto pela uniformização da jurisprudência no sentido de declarar a natureza indenizatória do benefício, por força de sentenças normativas e acordos coletivos, em razão do princípio da autodeterminação da vontade coletiva.

CONCLUSÃO

Por tais fundamentos, acordam os Exmos. Desembargadores do Tribunal Regional do Trabalho da 22ª Região, por unanimidade, aditar o presente Incidente de Uniformização de Jurisprudência para acrescentar a matéria de prescrição da pretensão de incorporação do auxílio-alimentação nos proventos de aposentadoria, admiti-lo quanto aos dois pontos discutidos - a prescrição e a natureza do benefício e, no mérito: 1) declarar a incidência de prescrição parcial para os casos em que o ajuizamento da ação ocorreu mais de dois anos após a aposentadoria; e 2) declarar a natureza indenizatória do benefício, por força de sentenças normativas e acordos coletivos, em razão do princípio da autodeterminação da vontade coletiva.

Teresina, 2 de dezembro de 2009.

FRANCISCO METON MARQUES DE LIMA
Desembargador Relator

R. TRT da 22ª Região	Teresina	v. 6	n. 1	p.337 - 362	jan. / dez. 2009
----------------------	----------	------	------	-------------	------------------

PROCESSO TRT - AR N. 00280-2008-000-22-00-1

RELATOR : DESEMBARGADOR FAUSTO LUSTOSA NETO
 REVISOR : DESEMBARGADORA ENEDINA MARIA GOMES
 DOS SANTOS
 AUTORA : EMPRESA TERESINENSE DE
 DESENVOLVIMENTO URBANO - ETURB
 ADVOGADO : JOSÉ WILSON FERREIRA DE ARAÚJO
 JÚNIOR E OUTROS
 RÉU : VALDEC SOARES PESSOA
 ADVOGADO : RONALDO PEREIRA DE OLIVEIRA
 ORIGEM : TRT DA 22ª REGIAO

EMENTA:

AÇÃO RESCISÓRIA. VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI. INCORPORAÇÃO DA MAIOR GRATIFICAÇÃO DE CONFIANÇA EM CASO DE O LABORISTA HAVER EXERCIDO VÁRIOS CARGOS COMISSIO-NADOS. EXEGESE QUE VULNEROU REGRAMENTO ESTABELECIDO NA ORDEM JURÍDICA. IMPLANTAÇÃO QUE DEVE SER REALIZADA PELA MÉDIA PERCENTUAL. PARCIAL PRO-CEDÊNCIA.

Viola a literalidade da norma a exegese que, a pretexto de interpretar a lei, inobserva o seu sentido literal. In casu, vislumbra-se que a condenação rescindenda atendeu contra a regra posta no parágrafo único do art. 468 da CLT, pois a incorporação da maior gratificação recebida pelo laborista que durante mais de dez anos foi designado para várias funções no âmbito da administração indireta do Município de Teresina implica desatenção ao poder potestativo de o empregador destacar o obreiro para qualquer de seus cargos comissionados, sobretudo quando o sentido literal do dispositivo legal autoriza, inclusive, a reversão do trabalhador ao cargo efetivo anteriormente ocupado, dei-

xando o exercício de função de confiança. Ademais, nota-se que o empregado exerceu a Diretoria Geral interinamente pelo lapso de dois meses apenas e que o provimento prolatado no acórdão analisado não se harmoniza ao pedido da petição inicial assentado em reclamação trabalhista. Estabelecidas tais premissas, a incorporação dá-se pela média percentual das gratificações recebidas nos dez anos anteriores à reversão do empregado ao cargo efetivo.

RELATÓRIO

Trata-se de ação rescisória baseada no art. 485, inciso V, do CPC (violação literal de lei), com pedido de antecipação de tutela.

Na exordial de fls. 02/19, a autora alega que, nos autos da reclamação 00658-2004-001-22-00, 1ª Vara do Trabalho de Teresina, o requerido pleiteou a incorporação da última gratificação de confiança recebida na qualidade de empregado da administração indireta do Município de Teresina, havendo sido deferido pelo juízo da 1ª Vara do Trabalho da respectiva Capital a incorporação da maior função comissionada paga ao laborista, com parcelas vencidas e vincendas, observando-se o lapso prescricional, bem como anotações de CTPS e honorários advocatícios.

Diz que interpostos os recursos legais, a condenação foi modificada parcial e tão-somente pelo Tribunal Superior do Trabalho que, conhecendo do apelo de revista exclusivamente quanto ao tema honorários advocatícios, afastou a incidência da referida verba no caso concreto.

Como não houve mais a interposição de recurso, restou caracterizada a res judicata sobre a condenação objurgada.

No entanto, defende que a interpretação do parágrafo único do art. 468 da CLT indica que o exercício de cargo comissionado tem

sempre caráter transitório, circunstância que acompanha a respectiva gratificação.

Daí, alterca que o plus remuneratório somente é devido enquanto perdurar a designação do empregado para a função correspondente, sendo que a reversão do obreiro ao cargo de origem não caracteriza irreduzibilidade salarial.

Ademais, fazendo referência à Súmula 372, I, do TST, assevera que o laborista não tem direito à incorporação deferida, uma vez que são exigidos dez anos ininterruptos de percepção da mesma gratificação, requisito não atendido pelo ora suplicado, pois ocupou diversas funções por período inferior ao que está sacramentado na jurisprudência.

Deste modo, menciona que a decisão rescindenda não observou o tempo mínimo necessário à incorporação de qualquer das gratificações pagas ao trabalhador.

Noutro aspecto, aduz que o caput do art. 37 da Constituição de 1988 (princípio da legalidade administrativa) e o art. 54 da Lei Orgânica do Município de Teresina foram vulnerados pela decisão rescindenda.

Quanto ao pedido, requer o julgamento procedente da ação para desconstituir a decisão rescindenda e, em grau de *judicium rescissorium*, declarar a improcedência do pedido de incorporação de gratificação.

Os documentos de fls. 20/396 instruem a petição inicial.

Tem-se, à fl. 404, a consignação de depósito prévio estabelecido no art. 836 da CLT.

O pedido de liminar foi indeferido às fls. 406/407.

Notificado, o requerido apresentou contestação às fls. 411/419, arguindo, preliminarmente, impugnação ao valor da causa. No mérito, roga pela improcedência da demanda rescisória e requer a condenação da autora ao pagamento de custas processuais e de honorários advocatícios.

A impugnação ao valor da causa, depois de notificada a autora, foi rejeitada pela decisão de fl. 434.

A instrução processual foi encerrada em 02.02.2009 (fl. 437).

O demandado, às fls. 440/447, apresentou suas razões finais. O respectivo prazo da parte requerente transcorreu in albis, conforme certidão à fl. 448.

O Ministério Público do Trabalho, em manifestação à fl. 450, da lavra do Exmo. Procurador João Batista Luzardo Soares Filho, sugeriu o prosseguimento do feito.

É o relatório.

V O T O

ADMISSIBILIDADE

Rescisória acompanhada dos documentos essenciais ao seu julgamento. Consta, à fl. 221, certidão de trânsito em julgado ocorrido em 09.04.2007. Esta ação foi proposta em 09.10.2008, portanto, antes da consumação do biênio decadencial. A autora está bem representada (procuração à fl. 20). O depósito prévio foi devidamente recolhido pela demandante (fl. 404).

Nestes termos, admite-se a vertente rescisória.

MÉRITO

Como pode ser verificado, a cizânia limita-se à verificação da procedência das alegações de violação literal aos arts. 37, caput, da CF/88 (legalidade administrativa) e, 54 da Lei Orgânica do Município de Teresina, bem como desatenção ao parágrafo único do art. 468 da CLT, uma vez que a condenação rescindenda determinou as obrigações de pagar e incorporar ao salário do requerido a maior gratificação comissionada percebida pelo laborista.

Sobre violação literal de lei como causa de rescindibilidade, Manoel Antônio Teixeira Filho, citando Sérgio Rizzi, enumera que tal vício se caracteriza quando a sentença: “a) negar validade a uma lei, que válida o é; b) reconhecer validade a uma lei que não é válida; c) negar vigência a uma lei que ainda se encontra em vigor; d) admitir a vigência de uma lei que ainda não vigora ou que já deixou de vigor; e) negar aplicação a uma lei reguladora da espécie; f) aplicar uma lei não reguladora da espécie; g) interpretar de modo tão errôneo a lei, que sob pretexto de interpretar, a lei é ‘trateada ainda no seu sentido literal’.” (Ação rescisória no processo do trabalho. 4ª ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 247).

Referentemente à argumentação em torno do princípio da legalidade administrativa insculpido no caput do art. 37 da Constituição, verifica-se a impossibilidade de ser caracterizada violação direta ao referido preceito da Lei Maior, uma vez que, a rigor, tal regramento somente ganha relevo e efetividade nos termos da legislação infraconstitucional.

Aliás, sobre as garantias da legalidade, do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal previstas no art. 5º da Magna Carta, estabelece a SBDI 2 do TST, através da OJ n. 97, que tais princípios não podem sustentar a desconstituição de decisão judicial transitada em julgado, quando eles se apresentam sob a forma de pe-

dido genérico e desfundamentado, acompanhando dispositivos legais que tratam especificamente da matéria debatida.

Apesar de não ser específico à legalidade administrativa, vislumbra-se que tal entendimento pode ser aplicado ao vertente feito, pois é doutrinariamente pacífica a vinculação principiológica existente entre a legalidade prevista no art. 37 da CF/88 e a que está assentada entre os direitos e garantias fundamentais da Lei Maior vigente.

Neste quadro, se a desobediência ao princípio da legalidade administrativa está materializada na forma de pedido genérico e desfundamentado, ou seja, somente acompanhando dispositivos legais específicos da controvérsia – caso dos autos, tem-se o insucesso da vertente ação de corte neste toar.

Ademais, percebe-se do acórdão rescindendo que a legalidade administrativa não foi considerada na solução do dissenso originário.

Desta forma, incide ao caso o entendimento consubstanciado na OJ n. 135 também da SBDI 2 do TST:

ACÇÃO RESCISÓRIA. VIOLAÇÃO DO ART. 37, “CAPUT”, DA CF/1988. NECESSIDADE DE PREQUESTIONAMENTO. DJ 04.05.2004.

A ação rescisória calcada em violação do artigo 37, “caput”, da CF, por desrespeito ao princípio da legalidade administrativa exige que ao menos o princípio constitucional tenha sido prequestionado na decisão.

Noutro norte, quanto à alegação de vulneração ao art. 54 da Lei Orgânica do Município de Teresina, que confere iniciativa exclusiva do Prefeito para as leis que tratam de criação de cargos, de empregos ou de funções públicas, aumento de vencimento ou de vantagens dos servidores da administração direta e indireta, a pretensão de rescisão continua não merecendo respaldo de procedência.

Volvendo o foco para a condenação prolatada no processo originário, vê-se, às fls. 151/161, que o acórdão exarado, apoiado no entendimento pacífico da jurisprudência do TST, considerou “devida a incorporação da gratificação de função ao empregado que a exerceu por longos anos, assegurando, assim, a estabilidade econômica” do laborista.

Daí, negou-se provimento ao recurso ordinário, mantendo-se a obrigação da Eturb incorporar a maior gratificação percebida pelo reclamante, com pagamento das parcelas vincendas e reflexos em férias, 13º salário e FGTS, bem como diferenças havidas desde a supressão da última gratificação, observando-se o lapso prescricional.

Desta forma, como a condenação rescindenda não editou qualquer projeto de lei tratando de criação de cargos, de empregos ou de funções públicas, aumento de vencimento ou de vantagens dos servidores da administração direta e indireta no âmbito do Município de Teresina, não há como ser acolhido o argumento de inobservância à literalidade do art. 54 da Lei Orgânica do respectivo ente político.

Neste passo, não restou usurpada a iniciativa legislativa particularmente estabelecida em relação ao Prefeito de Teresina.

Tocantemente ao art. 468, parágrafo único, da CLT, analisado sob o aspecto incorporação de gratificação exercida por vários anos pelo trabalhador, a rescisória merece ser apreciada pelos fundamentos a seguir delineados.

Como é sabido, mencionado preceptivo celetista enfatiza que não se considera alteração do contrato individual de trabalho a determinação do empregador para que o empregado reverta ao cargo efetivo, anteriormente ocupado, deixando o exercício de função de confiança.

Entretanto, sob o viés da incorporação, tal dispositivo deve ser interpretado de sorte a compatibilizá-lo com os demais princípios agasalhados pela Constituição Federal e pelo próprio diploma celetizado.

Desta forma, se de um lado o art. 468 da CLT autoriza o empregador a reverter o empregado exercente de função comissionada ao cargo efetivo, ao agasalhar a tese de que o exercício de cargo de confiança tem natureza precária, não gerando direito do laborista permanecer na função, tem-se, de outro, que o art. 457, § 1º, consolidado admite a integração aos salários de gratificação percebida por longo tempo, para assegurar a estabilidade econômica do trabalhador.

Posto isto, a dissidência consiste em aquilatar o que seria longo tempo de exercício de função comissionada.

Neste aspecto, o Tribunal Superior do Trabalho, pacificando o correspondente critério temporal, converteu em Súmula a OJ n. 45 de sua SBDI 1, consolidando o seguinte entendimento sobre a matéria:

Súmula 372 - GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO. SUPRESSÃO OU REDUÇÃO. LIMITES (conversão das Orientações Jurisprudenciais 45 e 303 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005

I - Percebida a gratificação de função por dez ou mais anos pelo empregado, se o empregador, sem justo motivo, revertê-lo a seu cargo efetivo, não poderá retirar-lhe a gratificação tendo em vista o princípio da estabilidade financeira. (ex-OJ n. 45 da SBDI-1 - inserida em 25.11.1996).

II – *omissis*.

Assim, caso o empregado tenha recebido gratificação por cargo de confiança durante dez anos ou mais e o empregador, sem justo motivo, reverta-o ao cargo efetivo, não poderá retirar do laborista a correspondente gratificação que vinha sendo paga, o que se dá em nome da estabilidade financeira.

Enfim, exige-se, para a incorporação da gratificação de cargo comissionado, o exercício por mais de dez anos de função de confiança e a reversão obreira, por iniciativa empresarial, sem justo motivo.

Outro aspecto importante ao desfecho desta lide rescisória materializa-se no caso do empregado, ao longo dos dez anos ou mais de exercício de função de confiança, haver sido designado para diferentes cargos comissionados.

Caracterizada tal circunstância, o Tribunal Superior do Trabalho tem entendido que a incorporação deve obedecer à média percentual das gratificações recebidas pelo trabalhador nos últimos dez anos, conforme pode ser inferido dos seguintes precedentes jurisprudenciais:

GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO. INTEGRAÇÃO. 1. A jurisprudência atual, notória e iterativa do Tribunal Superior do Trabalho, tendo em vista o princípio da estabilidade econômica, considera que se incorpora ao salário do empregado a gratificação de função percebida por, no mínimo, dez anos seguidos. 2. Na hipótese de o Empregado perceber gratificações de função de diferentes valores ao longo de um período superior a 10 anos, ilícita a reversão ao cargo efetivo sem a manutenção do pagamento de gratificação de função. 3. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá parcial provimento, no particular, para condenar a Reclamada ao pagamento das diferenças decorrentes da incorporação da média percentual das gratificações de função percebidas pelo Reclamante. (TST, 1ª Turma, RR-780.894/01.8, Relator: MINISTRO JOÃO ORESTE DALAZEN, votação unânime, DJ 23/09/2005).

I) INCORPORAÇÃO DA GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO - SÚMULA 372, I, DO TST. 1. A jurisprudência pacificada nesta Corte Superior, consubstanciada na Súmula 372, I, segue no sentido de que, percebida a gratificação de função por dez ou mais anos pelo empregado, se o empregador, sem justo motivo, revertê-

lo a seu cargo efetivo, não poderá retirar-lhe a gratificação, tendo em vista o princípio da estabilidade financeira. 2. Nesse contexto, a decisão da Corte de origem, proferida em harmonia com a diretriz do verbete sumular em comento não merece reparos. 3. Por outro lado, a jurisprudência desta Corte Superior, consoante precedente desta 4ª Turma, apenas requer o exercício de função de confiança por mais de dez anos, sem especificar a necessidade de o empregado estar investido na mesma função durante todo o período, fazendo jus à média atualizada das comissões percebidas ao longo do decênio. [...] (TST, 4ª Turma, RR-805/2004-013-08-00, Relator: MINISTRO IVES GANDRA MARTINS FILHO, votação unânime, DJ 23/06/2006). GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO. SUPRESSÃO. EXERCÍCIO DE FUNÇÕES DISTINTAS POR MAIS DE 12 ANOS. ESTABILIDADE ECONÔMICA. I - O Tribunal Superior do Trabalho, ao editar a Súmula 372, pretendeu prestigiar o princípio da estabilidade econômica e a garantia à irredutibilidade salarial (art. 7º, VI, da Constituição da República), mitigando a regra estabelecida no art. 468, § 2º, da CLT, que autoriza o empregador a reverter o empregado ao exercício do cargo efetivo se, por qualquer motivo, este decair da confiança. II - Na espécie, o reclamante exerceu, incontestavelmente, por mais de 12 anos, duas funções caixa executivo e agente empresarial -, proporcionando à empregada e à sua família um padrão de vida sucessivamente melhor, que ficaria abalado caso fossem amplamente reconhecidos os efeitos da destituição do empregado ao cargo efetivo. III - Considerando que a jurisprudência do TST apenas requer o exercício de função de confiança por mais de dez anos, sem especificar a necessidade de o empregado estar investido na mesma função no referido período, é de se reconhecer que o entendimento esposado pelo TRT de origem contraria a Súmula destacada. IV - Recurso parcialmente provido, para deferir à autora a incorporação da média das gratificações percebidas por ela no último decênio laborado. [...] (TST, 4ª Turma, RR-1214/2006-004-03-00, Relator: MINISTRO BARROS LEVENHAGEN, votação unânime, DJ 07/11/2008). EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - PROVIMENTO

DO RECURSO DE REVISTA DA RECLAMADA - DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL - INCORPORAÇÃO DE GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO - MÉDIA PONDERADA. Identificada omissão, impõe-se imprimir efeito modificativo ao presente julgado para, reformando o acórdão regional, deferir a incorporação pela média ponderada das funções gratificadas, considerando o tempo de exercício em cada uma delas nos últimos dez anos. Embargos de Declaração acolhidos com efeito modificativo. (TST, 8ª Turma, ED-RR-1785/2006-010-18-00, Relatora: MINISTRA MARIA CRISTINA IRIGOYEN PEDUZZI, votação unânime, DJ 06/03/2009).

Acerca das médias ponderada, atualizada e percentual, vislumbra-se que todas têm o significado comum de que a incorporação se faz pela média das gratificações percebidas no último decênio, caso o trabalhador tenha sido designado para funções diversas pelo período mínimo de dez anos.

Elidindo qualquer celeuma acerca da temática incorporação pela média percentual de gratificações diversas exercidas pelo obreiro, é pertinente registrar a decisão harmonizadora proferida pela SBDI 1 do TST nos autos de Embargos em Recurso de Revista n. 593.687/1999.9, Relator Ministro Lelio Bentes Corrêa, confirmando precedente da respectiva 3ª Turma no sentido de ser irretocável a decisão do Regional quanto “aos critérios adotados para a incorporação, observando-se a média percentual das gratificações recebidas”.

No referido processo recursal, decidiu-se que “Revelando, portanto, a decisão recorrida sintonia com a jurisprudência desta Corte uniformizadora, conclui-se que efetivamente não se habilitava a conhecimento o recurso de revista [...]”.

Estabelecidas tais premissas, é pertinente avaliar o histórico funcional do requerido considerado no acórdão rescindendo, uma vez

que não obstante reconhecer que o ora suplicado foi designado para vários cargos comissionados, deferiu ao trabalhador a maior gratificação paga.

Neste sentido, tem-se, à fl. 155, a seguinte assertiva fixada na condenação transitado em julgado:

Compulsando os autos observo que, através de vários decretos de nomeação e declaração prestada pela própria recorrente, o recorrido exerceu, entre outras, as funções de Diretor do Departamento Municipal de Estradas de Rodagem, nos afastamentos dos titulares, além de Diretor da Área Técnica do mesmo órgão.

Como se vê, a condenação tomou como pressuposto para a manutenção do julgamento procedente da reclamação originária a situação de o trabalhador haver respondido, entre outras, pelas atribuições de Diretor do Departamento Municipal de Estradas de Rodagem e Diretor da Área Técnica do mesmo órgão.

Em tal trilha, vislumbra-se que a condenação atentou contra a literalidade do parágrafo único do art. 468 da CLT, pois a incorporação da maior gratificação recebida pelo laborista que durante mais de dez anos foi designado para várias funções no âmbito da administração indireta do Município de Teresina implica desatenção ao poder potestativo de o empregador destacar o obreiro para qualquer de seus cargos comissionados, sobretudo quando o sentido literal da norma de direito autoriza, inclusive, a reversão do trabalhador ao cargo efetivo anteriormente ocupado, deixando o exercício de função de confiança.

Recorre-se, neste aspecto, à exegese pacificada pelo Tribunal Superior do Trabalho no sentido de que, tratando de incorporação em caso de o trabalhador haver recebido gratificações de funções diversas, tal acréscimo à remuneração dá-se pela média percentual das gratificações recebidas nos dez anos anteriores à sua reversão ao cargo efetivo.

Lado outro, importa salientar novamente que a condenação rescindenda se apoiou na idéia de que o colaborador ora demandado foi designado para as funções de “Diretor do Departamento Municipal de Estradas de Rodagem, **nos afastamentos dos titulares**, além de Diretor da Área Técnica do mesmo órgão”. (negrito nosso).

Deste modo, não bastasse o curto lapso de tempo em que o ora requerido ocupou a Diretoria Geral do respectivo órgão da administração municipal (cerca de 02 meses apenas), percebe-se que sua designação para tal cargo ocorreu de forma interina, portanto, condensado em grau máximo o caráter provisório de tal nomeação, o que inviabiliza a implantação da respectiva gratificação de substituição.

Não bastasse, na exordial da reclamação trabalhista foi requerida a incorporação da “última gratificação de confiança”. Contrariamente, refulgindo aos termos do pedido, deferiu-se o acréscimo da “maior gratificação percebida pelo reclamante”, ou seja, de Diretor Geral, que foi justamente a segunda das cinco atividades comissionadas exercidas pelo empregado no âmbito da administração indireta do Município de Teresina.

Pelo exposto, como o acórdão rescindendo, a pretexto de interpretar a norma, acabou por violá-la em sua literalidade, afasta-se excepcionalmente a res judicata caracterizada no processo 00658-2004-001-22-00, 1ª Vara do Trabalho de Teresina, e julga-se parcialmente procedente esta ação rescisória para desconstituir a decisão regional prolatada nos referidos autos originários e, em sede de juízo rescisório, reforma-se em parte a condenação de incorporar, estabelecendo que referida obrigação deve observar a média percentual das gratificações recebidas pelo laborista nos dez anos anteriores à sua reversão ao cargo efetivo.

Os honorários advocatícios são indevidos na espécie, posto que não estão preenchidos os requisitos da Lei n. 5.584/1970, também aplicáveis em caso de ação rescisória – inteligência da Súmula 219, II, do TST.

Como remanesce a obrigação de pagar em detrimento da ETURB, disponibilize ao juízo a quo o valor do depósito prévio consignado na guia de fl. 404, cientificando-o do inteiro teor desta decisão.

Por tais fundamentos,

ACORDAM os Desembargadores do Tribunal Regional do Trabalho da 22ª Região, por unanimidade, admitir a ação rescisória e, no mérito, julgá-la parcialmente procedente para desconstituir a decisão rescindenda na parte que ordenou a incorporação da maior gratificação comissionada recebida pelo trabalhador e, em sede de juízo rescisório, determinar que tal incorporação seja efetivada pela média percentual das gratificações recebidas pelo laborista nos dez anos anteriores à sua reversão ao cargo de origem, tomando-se como parâmetro os valores atualizados das respectivas gratificações. Custas processuais pelo réu sobre o valor da causa, porém dispensadas. Por maioria, sem honorários advocatícios por indevidos. Disponibilize-se ao juízo a quo o valor do depósito prévio consignado na guia de fl. 404, cientificando-o do inteiro teor desta decisão. Vencida a Exma Sra. Desembargadora Enedina Maria Gomes dos Santos que deferia a verba honorária.

Teresina(PI), 3 de junho de 2009.

Fausto Lustosa Neto
Desembargador Relator

PROCESSO TRT - RO Nº 00735-2009-004-22-00-5

RELATOR : DESEMBARGADORA ENEDINA MARIA GOMES DOS SANTOS

REVISOR : DESEMBARGADOR ARNALDO BOSON PAES

RECORRENTE : SINDICATO DOS SERVIDORES PÚBLICOS MUNICIPAIS DE TERESINA - SINDSERM

ADVOGADO : ODERMAN MEDEIROS BARBOSA SANTOS E OUTROS

RECORRIDO : SINDICATO DOS AGENTES DE SAÚDE DE TERESINA - SINDAST

ADVOGADO : ARYADNE ALMEIDA CASTRO

ORIGEM : 4ª VARA DO TRABALHO DE TERESINA

EMENTA:

AÇÃO DECLATÓRIA. DISSOCIAÇÃO DE SINDICATO. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA LIBERDADE SINDICAL. A teor do art. 571 da CLT é possível a criação, por desmembramento ou fracionamento, de entidade sindical específica que melhor represente os anseios e interesses da categoria profissional, desde que observados os requisitos legais, como ocorreu na espécie, sendo consequência do princípio constitucional da liberdade sindical.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso ordinário interposto pelo SINDICATO DOS SERVIDORES PÚBLICOS MUNICIPAIS DE TERESINA – SINDSERM, reclamante, em face da sentença de fls. 640/642, que, acolhendo a preliminar de ilegitimidade passiva suscitada pelo SINDICATO DOS AGENTES DE SAÚDE DE TERESINA – SINDAST, reclamado, extinguiu o processo sem resolução do mérito, na forma do art. 269, VI, do CPC.

R. TRT da 22ª Região	Teresina	v. 6	n. 1	p.377 - 388	jan. / dez. 2009
----------------------	----------	------	------	-------------	------------------

Em suas razões recursais (fls. 648/666), o recorrente alega que é parte legítima para atuar no pólo ativo da presente ação, posto que o registro do seu estatuto constitutivo no cartório de títulos e documentos o autoriza a exercer as funções e atribuições que lhe são próprias, não estando condicionado a qualquer outra formalidade burocrática.

Requer o provimento do recurso a fim de declarar a legitimidade ativa do SINDSERM e, no mérito, julgar procedente o objeto da reclamatória, com antecipação dos efeitos da tutela.

Contra-razões às fls. 707/719 reiterando as preliminares de ilegitimidade ativa *ad causam* e de impossibilidade jurídica do pedido, por ausência de comprovação do registro sindical, bem assim pugnando pela manutenção da sentença.

Sem parecer ministerial.

É o relatório.

VOTO

Conhecimento

Recurso cabível e tempestivo (fl. 703). Representação processual regular (fls. 22 e 645). Custas processuais e depósito recursal recolhidos (fls. 667/668).

Ante a presença dos pressupostos de admissibilidade, conhecimento do recurso ordinário.

Preliminares de ilegitimidade ativa do sindicato autor e impossibilidade jurídica do pedido, suscitadas nas contra-razões.

No presente caso, o reclamado argüiu as preliminares em questão sob o fundamento de que a ausência de registro sindical junto ao Ministério do Trabalho e Emprego constitui impeditivo para o autor invocar o princípio da unicidade previsto no art. 8º, II, da CF, matéria que está relacionada ao mérito do recurso ordinário, razão pela qual será objeto de análise posterior.

Mérito

Ilegitimidade ativa do sindicato autor

Trata-se de ação declaratória de nulidade de ato jurídico proposta pelo Sindicato dos Servidores Públicos Municipais de Teresina - SINDSERM, na qual o autor requer que o Sindicato dos Agentes de Saúde de Teresina – SINDAST seja obrigado a abster-se da representatividade dos Agentes de Saúde de Teresina, por entender que os mesmos já são amplamente representados pelo autor. Requer, ainda, que seja garantida a consignação da contribuição associativa em favor do autor, inclusive dos Agentes de Saúde que requereram a desfiliação, e declarada a nulidade da ata de fundação, do estatuto social e inscrição no CNPJ do SINDAST, encaminhando-se ofício aos órgãos responsáveis pelos registros, declarando o autor como único representante legal dos Agentes de Saúde no município de Teresina.

A sentença primária entendeu que o sindicato autor não tem legitimidade para ajuizar ação declaratória em desfavor do sindicato reclamado, por ausência de registro sindical no Ministério do Trabalho e Emprego, extinguindo o processo sem resolução de mérito, a teor do art. 267, VI do CPC.

O recorrente alega que é parte legítima para atuar no pólo ativo da presente ação, posto que o registro do seu estatuto constitutivo

no cartório de títulos e documentos o autoriza a exercer as funções e atribuições que lhe são próprias, não estando condicionado a qualquer outra formalidade.

Sobre a organização sindical, dispõe a Constituição Federal, no art. 8º, incisos I e II:

“Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:

I – a lei não poderá exigir autorização do Estado para a fundação de sindicato, ressalvado o registro no órgão competente, vedados ao Poder Público a interferência e a intervenção na organização sindical.

II – é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, que será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferior à área de um Município.”

Assim, observa-se que o art. 8º, I, da Constituição Federal, veda qualquer interferência do Estado para a criação de sindicato, ressalvado o registro em órgão competente.

Muitas discussões existiam acerca do órgão competente para registro dos atos constitutivos para que o sindicato obtivesse regularidade formal e existência válida, entendendo alguns doutrinadores e parte da jurisprudência que era necessário apenas o registro dos atos no Cartório de Registro Civil das Pessoas Jurídicas. Para outros, bastaria o registro no Ministério do Trabalho e Emprego, existindo, ainda, quem defendia a obrigatoriedade do registro em ambos os órgãos.

Devido à problemática do controle da unicidade sindical (art. 8º, II da CF/88), o Supremo Tribunal Federal se posicionou, por meio da Súmula 677, no sentido de que os estatutos sindicais também teriam de ser levados ao Ministério do Trabalho, para fins cadastrais e de

verificação da unicidade, dispondo a referida súmula: “*Até que lei venha a dispor a respeito, incumbe ao Ministério do Trabalho proceder ao registro das entidades sindicais e zelar pela observância do princípio da unicidade*”.

No caso dos autos, há comprovação de que o sindicato autor solicitou o registro do seu estatuto junto ao Ministério do Trabalho e Emprego (fls. 696/700), o que confere legitimidade ao autor para representar os sindicalizados e litigar em juízo.

Sobre esta questão, leciona o ilustre Maurício Godinho Delgado, em sua obra Curso de Direito do Trabalho, 3ª Edição, pág 1338, o seguinte: “*As primeiras interpretações acerca de tal registro, consideravam-no já atendido pela inscrição dos estatutos sindicais no respectivo Cartório. O próprio Ministério do Trabalho chegou a editar Portaria nessa direção, isentando-se de acolher qualquer novo estatuto sindical em seus arquivos (Portaria n. 3.301, de novembro de 1988, posteriormente revogada).*”

Algumas dificuldades práticas surgiram, no período, em especial com respeito ao controle da unicidade sindical, que fora mantida pelo texto da mesma Constituição (art. 8º, II). Nesse quadro de incertezas, o Supremo Tribunal Federal pacificou a matéria, definindo que os estatutos sindicais, independentemente da inscrição no Cartório de Pessoas Jurídicas, teriam de ser levados a depósito no órgão correspondente do Ministério do Trabalho, para fins essencialmente cadastrais e de verificação da unicidade sindical (STF – Pleno – MI 144-8-SP.DJU I, 28.5.93, p.10381; recentemente Súmula 677, STF).” (Grifou-se)

Vê-se, pois, como assevera o referido doutrinador, que apenas o depósito dos atos constitutivos do sindicato, com a finalidade de obter o seu registro junto ao Ministério do Trabalho, de per si, já

traz a presunção de existência legal da entidade sindical, o que lhe confere legitimidade representativa.

No caso dos autos, o requerimento do autor ao Ministério do Trabalho e Emprego, para fins de registro sindical, o torna parte legítima para figurar no pólo ativo da presente ação, como também demonstra que o pedido do reclamante se mostra possível do ponto de vista jurídico.

Por oportuno, cabe registrar que embora os documentos referentes ao pedido de registro do estatuto tenham sido juntados apenas no recurso ordinário, os mesmos não são extemporâneos, como alega o reclamado, eis que na audiência de fl. 637 o autor requereu a juntada dos mesmos, o que foi deferido pelo juízo *a quo*, tendo, inclusive, o reclamado se manifestado quanto à referida documentação naquela audiência.

Dessa forma, afasta-se a ilegitimidade ativa declarada na origem e rejeita-se a arguição de impossibilidade jurídica do pedido, passando-se à análise dos pedidos do autor, com amparo no art. 515, § 3º, CPC e nos princípios da celeridade e da economia processual.

Unicidade sindical

O Sindicato dos Servidores do Município de Teresina pede a decretação de nulidade dos atos de criação do Sindicato dos Agentes de Saúde de Teresina – SINDAST, sob o argumento de que o sindicato réu foi constituído ilegalmente, havendo vícios na desfiliação coletiva, já que as assinaturas foram colhidas no momento do pagamento dos salários, bem assim que há ofensa ao princípio da unicidade sindical (art. 8º, II, da Constituição Federal). Aduz que o SINDSERM conta com 754 agentes de saúde filiados, enquanto apenas 202 aderiram ao SINDAST.

O reclamado alegou que em assembléia geral os Agentes de Saúde e Agentes de Endemia do município de Teresina decidiram pela criação de um novo sindicato, Sindicato dos Agentes de Saúde de Teresina – SINDAST, específico para a categoria referida, o qual não colide com a representação do Sindicato dos Servidores Públicos Municipais de Teresina – SINDSERM, que é ampla e genérica. Sustentou, ainda, que além de legal, é pacífica a jurisprudência no sentido de garantir o desmembramento de sindicato com representação mais ampla.

Como já mencionado, a organização sindical brasileira pauta-se pelos princípios da liberdade e da unicidade, a teor do art. 8º da Constituição Federal.

Por sua vez, o art. 571 da CLT prevê a possibilidade de qualquer atividade ou profissão se dissociar do sindicato profissional, podendo formar um sindicato específico, *“desde que o novo sindicato, a juízo da Comissão de Enquadramento Sindical, ofereça possibilidade de vida associativa regular e de ação sindical eficiente.”*

Vê-se, pois, que embora o ordenamento jurídico nacional adote o princípio da unicidade sindical, não impede o desmembramento ou dissociação de sindicato já existente que englobe atividades ou profissões concentradas, para formação de outro sindicato, independentemente de prévia aprovação do Ministério do Trabalho, cabendo exclusivamente aos interessados, em assembléia geral, deliberarem favoravelmente à criação de um novo sindicato.

Cabe registrar que no desmembramento ocorre a divisão da base territorial de um sindicato, formando-se outro que passará a representar a mesma categoria abrangida pela entidade original em base territorial distinta. Por sua vez, na dissociação, caso dos autos, ocorre a separação de uma categoria componente do sindicato original, formando-se outro que passará a representar a categoria dissidente.

Em análise ao art. 571 da CLT, depreende-se que a condição prevista para a dissociação sindical válida se perfaz tão-somente pela real e efetiva possibilidade de representação pelo novo sindicato.

Sobre a possibilidade de cisão de sindicatos, o Supremo Tribunal Federal já decidiu que:

“EMENTA - AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DESMEMBRAMENTO DE SINDICATO. 7º do Trabalho para delimitá-la na forma prevista no artigo 517, § 1º da Consolidação das Leis do Trabalho.

2. Unicidade sindical. A norma constitucional estabelece que é livre a associação profissional ou sindical, vedando à lei a exigência de autorização estatal para a instituição de sindicato, ressalvado o seu registro no órgão competente (Ministério do Trabalho) a quem cumpre zelar pela observância do princípio da unicidade sindical em atuação conjunta com os terceiros interessados (sindicatos), de conformidade com as disposições contidas nas Instruções Normativas nºs 5/90 e 9/90, que lhes facultam, no prazo nelas fixado, a impugnação do registro de fundação da entidade, competindo à Administração Pública anular o ato se julgada procedente a alegação.

3. Artigo 571 c/c o artigo 570, parágrafo único da Consolidação das Leis do Trabalho. Possibilidade de cisão do sindicato principal com o objetivo de constituir entidade sindical específica, desde que observados os requisitos impostos pela norma trabalhista.

3.1. Em face das disposições contidas nos incisos I e II do artigo 8º da Constituição Federal não mais prevalecem as restrições previstas na CLT.

4. Criação de sindicato por meio de desmembramento da entidade sindical preexistente. Verificação da regular decisão tomada pelos trabalhadores e comprovação de que a base territorial da nova entidade não é inferior à área de um Município. Reexame de provas. Incidência da Súmula 279/STF. Agravo regimental não provido” (STF - AG.RE 207.910 - 2ª Turma - Rel. Min. Maurício Correa, j. 17.4.1998 “ DJ 26-6-98). (Grifou-se)

Nessa linha, o TST já decidiu favoravelmente, conforme o seguinte julgado:

“RECURSO DE REVISTA - SINDICATO - DESMEMBRAMENTO - REPRESENTAÇÃO DE CATEGORIA PROFISSIONAL DIFERENCIADA - ESTABILIDADE DO DIRIGENTE SINDICAL - PEDIDO DE REGISTRO NO MINISTÉRIO DO TRABALHO - PRECEDENTES DO STF E DO TST - ART. 8º, II, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - MÁ-APLICAÇÃO. O art. 8º, II, da Carta Política de 1988, ao consagrar o postulado da unicidade sindical, veda, na mesma base territorial, a representação de determinada categoria profissional por mais de um sindicato. A constituição de sindicato representativo de categoria profissional diferenciada, oriundo de desmembramento de entidade genérica, não vulnera o citado dispositivo da Carta Magna, por se tratar de grupo de trabalhadores que, em decorrência da profissão por eles exercida, melhor será representado por sindicato que defenda exclusivamente os seus interesses. Dessa forma, empregado eleito dirigente da referida entidade sindical faz jus à estabilidade prevista nos arts. 8º, VIII, e 543, § 3º, da CLT. Ressalte-se, ainda, que basta o pedido de registro sindical para o reconhecimento da citada estabilidade. Precedentes do TST e do STF. Recurso de revista conhecido e provido-. (RR - 278/2007-005-21-40.3 , Relator Ministro: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Data de Julgamento: 05/11/2008, 1ª Turma, Data de Publicação: 14/11/2008) (Grifou-se).

Este Tribunal vem acolhendo a tese de que a constituição de um sindicato deve ser a expressão livre dos trabalhadores, observando-se os ditames legais, conforme os seguintes julgados:

“TRABALHISTA. PROCESSUAL. DESMEMBRAMENTO DE ENTIDADE SINDICAL. ASSEMBLÉIA AUTORIZATIVA. REPRESENTATIVIDADE. A LIBERDADE SINDICAL MANIFESTA-SE TAMBÉM NO DIREITO DE DESMEMBRAMENTO DA ENTIDADE DE ORIGEM, DESDE QUE HAJA HETEROGENEIDADE NAS ATIVIDADES DESENVOLVIDAS PELA CATEGORIA.

O SURGIMENTO DA NOVA ENTIDADE, NO ENTANTO, EXIGE COMO FORMALIDADE INDISPENSÁVEL A MANIFESTAÇÃO DOS INTERESSADOS, EM NÚMERO CONSIDERÁVEL, DEMONSTRANDO AMPLA REPRESENTATIVIDADE, SEM A QUAL IMPOSSÍVEL A LEGITIMIDADE DO ATO DE DESLIGAMENTO.

SE PREENCHIDAS TAIS FORMALIDADES E DEMONSTRADA A REPRESENTATIVIDADE NECESSÁRIA, AUTORIZA-SE O DESMEMBRAMENTO DA CATEGORIA ESPECÍFICA. RECURSO ORDINÁRIO CONHECIDO E IMPROVIDO.” (RO 01681-2008-004-22-00-4, Rel. Desembargador WELLINGTON JIM BOAVISTA, DJT 3/8/2009)

“TRABALHISTA. SINDICATO. DESMEMBRAMENTO DE ENTIDADE SINDICAL. ASSEMBLÉIA AUTORIZATIVA. REPRESENTATIVIDADE. A LIBERDADE SINDICAL MANIFESTA-SE TAMBÉM NO DIREITO DE DESMEMBRAMENTO DA ENTIDADE DE ORIGEM, DESDE QUE HAJA HETEROGENEIDADE NAS ATIVIDADES DESENVOLVIDAS PELA CATEGORIA. O SURGIMENTO DA NOVA ENTIDADE, NO ENTANTO, EXIGE COMO FORMALIDADE INDISPENSÁVEL A REALIZAÇÃO DE ASSEMBLÉIA DOS INTERESSADOS EM QUE SEJA DEMONSTRADA AMPLA REPRESENTATIVIDADE, SEM A QUAL IMPOSSÍVEL A LEGITIMIDADE DO ATO DE DESLIGAMENTO. RECURSO ORDINÁRIO CONHECIDO E IMPROVIDO. (RO 01526-2008-004-22-00-8, Rel. Desembargador WELLINGTON JIM BOAVISTA, DJT 30/7/2009)

Diverso não é o entendimento de outros Regionais:

“EMENTA: SINDICATO. DESMEMBRAMENTO. POSSIBILIDADE. REPRESENTAÇÃO ESPECÍFICA. AUSÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA UNICIDADE SINDICAL. O princípio constitucional da unicidade sindical proíbe a criação de mais de um sindicato representativo da mesma categoria econômica

ou profissional dentro de uma só base territorial. Tal restrição não impede o desmembramento de sindicato com o fim de viabilizar a representação de uma categoria específica, cuja defesa ficava a cargo de entidade que agrupava trabalhadores de diversos ramos do comércio. O critério de similitude e conexão autoriza tal desmembramento, mormente quando não se vislumbra a existência simultânea, na mesma base territorial, de entidades representativas de uma única categoria.” (TRT - 3ª Região, RO 00833-2007-059-03-00-2 - Sétima Turma – Publ. DJMG 01/04/2008, pág. 21.)

No caso em exame, os Agentes de Saúde e Agentes de Endemia do município de Teresina representam uma parte, específica, na generalidade do sindicato autor, e por isso é possível a sua dissociação para a formação de sindicato específico, conforme autoriza o art. 571 da CLT.

Verifica-se que o sindicato réu colacionou aos autos os documentos comprobatórios de sua regularidade, quais sejam, publicação do edital de convocação da assembléia geral de fundação da entidade (fls. 214 e 216), seus atos constitutivos (fl. 217/260), registro da Ata da Assembléia Geral no 6º Cartório de Notas da Comarca de Teresina (fl. 262), inscrição no CNPJ (fl. 212), tendo solicitado o registro junto ao Ministério do Trabalho e Emprego (fl. 618).

Ademais, observa-se na ata da assembléia geral de fundação do SINDAST (fls. 218/235), a eleição da Diretoria composta por dezesseis membros, mais seis membros do Conselho Fiscal, contando atualmente o reclamado com 408 associados (fls. 264/280), demonstrando, ao contrário do alegado pelo autor, que houve adesão da categoria interessada na criação do novo sindicato, bem assim que a nova entidade oferece possibilidade de vida associativa regular e de ação sindical eficiente, não se vislumbrando afronta ao princípio da unicidade sindical, mas mero respeito à vontade dos trabalhadores.

Acresça-se que os pedidos de desfiliação do SINDSERM (fls. 282/551) e de filiação no SINDAST demonstram o princípio constitucional que assegura a livre vontade dos trabalhadores e a regular representatividade dos agentes de saúde pelo novo sindicato.

Dessa forma, ante os elementos dos autos, não há como se reconhecer a irregularidade na constituição do sindicato réu e a sua ilegitimidade quanto à representação dos Agentes de Saúde e Agentes de Endemias do município de Teresina.

Portanto, julgo improcedentes os pedidos objeto da ação.

Por tais fundamentos,

ACORDAM os Desembargadores da 1ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 22ª Região, por unanimidade, conhecer do recurso ordinário, rejeitar as preliminares suscitadas e, no mérito, dar-lhe parcial provimento apenas para declarar a legitimidade ativa *ad causam*, julgando improcedente o pedido objeto da ação.

Teresina, 07 de dezembro de 2009.

DES. ENEDINA MARIA GOMES DOS SANTOS

Relatora

PROCESSO TRT - RO Nº01494-2008-001-22-00-1

RELATORA : DESEMBARGADORA LIANA CHAIB
 REVISOR : DESEMBARGADOR LAERCIO DOMICIANO
 RECORRENTE : ELIANE DOS SANTOS
 ADVOGADO : ANTÔNIO ALBERTO NUNES DE CARVALHO
 RECORRIDO : IGNÁCIO REBOUÇAS DE MELO (REPRESENTADO
 POR MATIAS MELO FILHO)
 ADVOGADO : JOSÉ ANTÔNIO DE SIQUEIRA NUNES
 ORIGEM: 1ª VARA DO TRABALHO DE TERESINA

EMENTA

TRABALHO DOMÉSTICO – CARACTERIZAÇÃO – IRRELEVÂNCIA DA FUNÇÃO DESEMPENHADA – Para se caracterizar o trabalho doméstico é irrelevante o tipo de serviço prestado, desde que estejam presentes todos os elementos fático-jurídicos gerais e especiais da relação de emprego da Lei nº 5.859/72, quais sejam, prestação de serviços por pessoa física, pessoalidade, onerosidade, subordinação e não eventualidade, finalidade não-lucrativa dos serviços prestados, à circunstância de serem esses serviços prestados à pessoa ou à família e ao fato de essa prestação desenvolver-se em função do âmbito residencial do tomador de serviços. Tendo a autora sido contratada para prestar serviços como enfermeira na residência do reclamado, pessoa idosa que necessitava de cuidados especiais, ficou caracterizada a sua condição de empregada doméstica.

RELATÓRIO

Cuida-se de examinar o recurso ordinário interposto pela parte autora contra a sentença de primeiro grau de fls. 89/92, a qual julgou improcedentes os pedidos objeto da reclamação trabalhista.

R. TRT da 22ª Região	Teresina	v. 6	n. 1	p.389 - 393	jan. / dez. 2009
----------------------	----------	------	------	-------------	------------------

A recorrente, nas razões recursais de fls. 96/99, sustenta que a sentença recorrida é extremamente legalista ao levar em consideração apenas a Lei nº 5.859/72 (Lei dos Empregados Domésticos) “fria e seca”, deixando de considerar que a reclamante/recorrente é pertencente à profissão de enfermagem, regulamentada pela Lei nº 7.498/86 c/c o Decreto nº 94.406/87, sendo a mesma regularmente inscrita no Conselho Regional de Enfermagem do Piauí.

Prossegue aduzindo fazer jus a uma indenização na forma da legislação obreira pelos serviços prestados como enfermeira, tendo em vista estar comprovada a relação e vínculo de emprego e, sobretudo, pelo fato da recorrente jamais ter pedido demissão.

Requer, ao final, o conhecimento e provimento do apelo, com o fim de reformar a sentença hostilizada em sua integralidade.

Contrarrazões, às fls. 103/107, pugnando pela manutenção da decisão recorrida.

É o relatório.

V O T O

CONHECIMENTO

O recurso é tempestivo (certidão de fl. 100) e a representação processual encontra-se regular (procuração de fl. 06). Depósito recursal inexigível (Súmula 161 do C. TST).

Ante o preenchimento dos requisitos legais, passo à análise do mérito.

MÉRITO

O cerne da questão diz respeito à natureza jurídica da relação de emprego travada entre as partes (doméstica ou não).

É fato incontroverso nos autos que a reclamante/recorrente prestava serviços laborais na residência do reclamado (*de cujus*), pessoa idosa que necessitava de cuidados especiais.

A sentença de primeiro grau reconheceu a natureza doméstica da relação e, em consequência, indeferiu os pleitos exordiais (FGTS + multa de 40%, horas extras, adicional noturno, de insalubridade e seguro desemprego).

A reclamante/recorrente insiste que a sentença recorrida é extremamente legalista ao levar em consideração apenas a Lei nº 5.859/72 (Lei dos Empregados Domésticos) “fria e seca”, deixando de considerar que a reclamante/recorrente é pertencente à profissão de enfermagem, regulamentada pela Lei nº 7.498/86 c/c o Decreto nº 94.406/87, sendo a mesma regularmente inscrita no Conselho Regional de Enfermagem do Piauí.

Parece-me sem razão.

É que para se caracterizar o trabalho doméstico é irrelevante o tipo de serviço prestado, desde que estejam presentes todos os elementos fático-jurídicos gerais e especiais da relação de emprego da Lei nº 5.859/72, quais sejam, prestação de serviços por pessoa física, personalidade, onerosidade, subordinação e não eventualidade, finalidade não-lucrativa dos serviços prestados, à circunstância de serem esses serviços prestados à pessoa ou à família e ao fato de essa prestação desenvolver-se em função do âmbito residencial do tomador de serviços.

Compulsando os autos, verifico a existência de todos os elementos necessários para a configuração do trabalho prestado como doméstico, eis que a reclamante/recorrente, em que pese ser enfermeira, prestava serviços contínuos e subordinados à pessoa física ou à sua família, percebendo contraprestação salarial, no âmbito residencial destas, e cujos serviços não objetivam a obtenção de lucro.

Esse, inclusive, é o entendimento já firmado pela doutrina e jurisprudência pátrias, a seguir transcritas:

O tipo de serviço prestado (manual ou intelectual; especializado ou não especializado) não é, desse modo, elemento fático-jurídico da relação empregatícia doméstica. Qualquer tipo de trabalho realizado por pessoa natural em favor de pessoa física ou família, com os elementos fático-jurídicos desta relação de emprego diferenciada, rege-se pela ordem jurídica específica composta pela Lei nº 5.859/72, parágrafo único do art. 7º da Constituição da República, Lei nº 11.324/2006 e demais regras jurídicas próprias.

(...)

Em face de o tipo de serviço ser irrelevante à caracterização do empregado doméstico, poderão se enquadrar no tipo legal da Lei nº 5.859/72 distintos trabalhadores especializados: motoristas particulares, professores (ou ‘preceptores’) particulares, secretárias particulares, **enfermeiras particulares** e outros trabalhadores, desde que, insista-se, estejam presentes, na situação sociojurídica examinada, todos os elementos fático-jurídicos gerais e especiais da relação de emprego da Lei nº 5.859/72. (Delgado, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 7. ed. – São Paulo: LTr, 2008) – grifo nosso

TRABALHO DOMÉSTICO – CARACTERIZAÇÃO – IRRELEVÂNCIA DA FUNÇÃO DESEMPENHADA – Nos termos do art. 1º da Lei nº 5.859/72, o que define o empregado doméstico não é a sua qualifica-

ção profissional, mas a circunstância de prestar ‘serviços de natureza contínua e de finalidade não lucrativa à pessoa ou à família, no âmbito residencial destas’. Tendo a autora sido contratada para prestar serviços laborais como enfermeira na residência da reclamada, pessoa idosa e que necessitava de cuidados especiais, ficou caracterizada a sua condição de empregada doméstica. (TRT 2ª R. – RO 20010464985 – 8ª T. – Relª Juíza Maria Luíza Freitas – DOSP 03.09.2002 – p. 41) Trilhou, portanto, passos firmes a douta sentença de primeiro grau.

Por tais fundamentos, **ACORDAM** os Desembargadores da 2ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 22ª Região, por unanimidade, conhecer do recurso ordinário e, no mérito, por maioria, negar-lhe provimento. Vencido o Exmo. Sr. Desembargador Manoel Edilson Cardoso (Presidente) que dava parcial provimento para reconhecer o vínculo empregatício como enfermeira, embora no âmbito residencial.

Teresina(PI), 14 de julho de 2009.

LIANA CHAIB
Desembargadora-Relatora

PROCESSO TRT – RORO-0022000-30.2009.5.22.0102

A C Ó R D ã O
(1ª TURMA)

EXECUÇÃO DAS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS DO PERÍODO CONTRATUAL. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO PROCLAMADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 569.056-3. O Supremo Tribunal Federal decidiu no RE 569.056-3, no qual foi admitida a repercussão geral, que “a competência da Justiça do Trabalho prevista no art. 114, VIII, da Constituição Federal alcança apenas a execução das contribuições previdenciárias relativas ao objeto da condenação constante das sentenças que proferir.” Essa decisão afastou a aplicação do parágrafo único do art. 876 da CLT, com a redação dada pela Lei 11.457/07, confirmando o entendimento cristalizado na Súmula 368, I, do TST. Destarte, impõe-se o reconhecimento da incompetência para a execução *ex officio* da contribuição previdenciária do período contratual.

EMPREGADO PÚBLICO NÃO CONCURSADO. NULIDADE CONTRATUAL. NÃO CONVALIDAÇÃO DE ATO NULO. IMPOSSIBILIDADE DE REINTEGRAÇÃO. Havendo inequívoca nulidade contratual, impossível a reintegração, sob qualquer ótica, eis que o acesso aos cargos/empregos públicos é precedido de concurso público (art. 37 da CF/88). No caso de contratação de pessoal sem observância do requisito constitucional do concurso público, nem a lei, nem a Constituição fixaram qualquer prazo de prescrição ou decadência, pelo que se conclui que nesses casos a decretação da nulidade pode se dar a qualquer tempo. O interesse público presente na espécie é a preservação da supremacia da Consti-

tuição materializada no reconhecimento do direito que tem a coletividade de ver preenchidos os empregos públicos pela via democrática do concurso público e, ainda, o interesse público de que esses empregos sejam ocupados pelos que se encontram em melhores condições técnicas para assumi-los, em cumprimento ao princípio constitucional da eficiência. Não se vislumbra, pois, no caso, a aplicação do princípio da segurança jurídica em favor do recorrente, sendo aceitável esse princípio, na hipótese, apenas para manutenção dos efeitos já produzidos, como se a contratação houvesse sido regular desde o início, ou seja, decretasse a nulidade dos contratos com efeitos *ex nunc*. Nesse caso, acolhe-se a teoria do fato consumado apenas para preservar os resultados já produzidos, mas não para a perpetuação de tais resultados, pois não parece aplicável essa teoria em plenitude, no sentido de manter intocáveis relações jurídicas não só ilegais, mas inconstitucionais, enquanto não operada a prescrição ou a decadência. A decretação de nulidade por contratação sem observância de concurso público não se submete a nenhum prazo de prescrição ou decadência. Ainda que se entenda que o art. 54 da Lei 9784/99 possa alcançar também os atos nulos, jamais poderá ser invocado para impedir a decretação de nulidade de atos administrativos que ofendem diretamente a Constituição. Precedentes do STF (Súmulas 346 e 473 e ADI 3434) e do CNJ (art. 91, parágrafo único, do RI).

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ADMISSÃO SEM CONCURSO. CONTRATO NULO. EFEITOS DA NULIDADE. É nula a contratação sem concurso de pessoal na administração pública (art. 37, II, da CF). No tocante aos seus efeitos, justifica-se solução ponderada que afaste um possível conflito constitucional entre o art. 1º, inciso IV, que consagra os valores sociais do trabalho como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, e o art. 37, § 2º, da CF/88, que declara nula a contratação de pessoal sem o prévio e necessário concurso público. Essa solução harmoniza factível antinomia constitucional quando valoriza o trabalho prestado, originando todos os efeitos

inerentes à relação de emprego, e respalda a vedação de contratação de empregado destituída do concurso público, na medida em que reconhece a nulidade absoluta, embora de efeitos *ex nunc*. No entanto, o Tribunal Superior do Trabalho imprime efeitos *ex tunc* à nulidade e, em contrapartida, assegura ao trabalhador apenas o pagamento da contraprestação pactuada e os valores referentes ao FGTS (Súmula 363). Destarte, considerando que os efeitos da nulidade envolvem matéria constitucional, impede reconhecer os efeitos da nulidade contratual nos limites dos precedentes do STF (CF, art. 102, *caput*) e TST (Súmula 363). Recurso parcialmente provido.

JUSTIÇA DO TRABALHO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REQUISITOS LEGAIS. Na Justiça do Trabalho o deferimento de honorários advocatícios não decorre de mera sucumbência, sujeitando-se à configuração concomitante dos requisitos do benefício da justiça gratuita e da assistência sindical (Lei 5.584/70, art. 14, Súmulas 219 e 329 do TST e Orientação Jurisprudencial 305 da SDI-I do TST). No caso, ausente o requisito legal da assistência sindical, indevidos os honorários advocatícios.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recursos Ordinários, nº **TRT-RO-0022000-30.2009.5.22.0102**, em que são recorrentes **MUNICÍPIO DE SÃO RAIMUNDO NONATO E JOSÉ LUIS PEREIRA** e recorridos **MUNICÍPIO DE SÃO RAIMUNDO NONATO, JOSÉ LUIS PEREIRA E AVELAR DE CASTRO FERREIRA**.

Trata-se de recursos ordinários interpostos em face da sentença (fls. 54/69) que rejeitou as preliminares de impossibilidade jurídica do pedido, ilegitimidade passiva *ad causam* e de incompetência da Justiça do Trabalho e, no mérito, decretou a prescrição quinquenal, à exceção do FGTS, e reconheceu a nulidade do contrato, julgando procedente em parte o pedido, para condenar o reclamado a efetuar os recolhimentos dos depósitos do FGTS e das contribuições previdenciárias do

período do vínculo reconhecido (10.1.2001 a 30.12.2008), além de anotação da CTPS. Honorários advocatícios de 15%.

Houve, ainda, condenação regressiva do litisconsorte AVELAR DE CASTRO FERREIRA, ex-gestor municipal, para ressarcir ao erário as quantias que vierem a ser desembolsadas pelo ente público, inclusive com relação à verba honorária e às contribuições previdenciárias.

Em razões recursais (fls. 106/108), o recorrente alega, preliminarmente, a incompetência absoluta da Justiça do Trabalho para executar as contribuições previdenciárias.

No mérito, sustenta a inexistência de prova da relação de emprego, ônus que competia ao reclamante, razão pela qual entende indevida a condenação em recolhimentos fundiários, anotação em CTPS e verba honorária.

Por outro lado, o reclamante, em razões recursais (fls. 93/104) requer a reforma do julgado para que seja deferida a sua reintegração nos quadros do município, nos termos do art. 54 da Lei 9.784/99, a despeito da nulidade contratual.

Contrarrazões não foram ofertadas (fl. 113).

Parecer do Ministério Público (fl. 113) opinando pelo conhecimento dos recursos e que seja parcialmente provido o recurso ordinário do reclamado para excluir da condenação a cobrança das contribuições previdenciárias de todo o período do vínculo, bem como os honorários. Quanto ao recurso ordinário do reclamante que seja improvido.

Relatados.

VOTO

1. CONHECIMENTO

Recursos cabíveis e tempestivos (certidão de fl. 109). Representação processual regular (fls. 6 e 28). Preparo inexigível. Configurados legitimidade e interesse recursal, conhece-se de ambos os recursos.

2. MÉRITO DOS RECURSOS

Diante da similitude das matérias objeto dos recursos, passa-se à análise conjunta.

2.1. Preliminar de incompetência da Justiça do Trabalho para a execução da contribuição previdenciária

O reclamado argúi que o recolhimento das contribuições previdenciárias determinado pelo juízo refoge à competência desta Especializada.

O juízo *a quo*, ao determinar o recolhimento previdenciário do período do vínculo reconhecido (fl. 68), foi além da sua competência, vez que o STF firmou entendimento no RE 569.056-3 (no qual foi admitida a repercussão geral) de que “a competência da Justiça do Trabalho prevista no art. 114, VIII, da Constituição Federal alcança apenas a execução das contribuições previdenciárias relativas ao objeto da condenação constante das sentenças que proferir”.

Essa decisão afastou a aplicação do parágrafo único do art. 876 da CLT, com a redação dada pela Lei nº 11.457/07, confirmando o entendimento cristalizado na Súmula 368, I, do Tribunal Superior.

Assim, acolhe-se a preliminar para reconhecer a incompetência da Justiça do Trabalho para executar as contribuições previdenciárias relativas ao período contratual, eis que limitada a execução das contribuições previdenciárias relativas as verbas de natureza salarial constantes da condenação.

2.2. Mérito da causa

- Impossibilidade de reintegração ante a não-convalidação de ato nulo

O reclamante requer a reforma do julgado para que seja deferida a sua reintegração nos quadros do município, nos termos do art. 54 da Lei 9.784/99, a despeito da nulidade contratual, em nome do princípio da segurança jurídica, vez que trabalhou no ente público por mais de 5 (cinco) anos.

Incontrovertida a contratação nula (fls. 12/19 e fl. 19), uma vez que o reclamante não foi previamente submetido a concurso público, não havendo falar-se em contratação temporária que, em tese dispensaria o prévio certame público, porém necessária, pelo menos, de um teste seletivo simplificado (art. 37, IX, da CF/88, c/c Lei 8.745/93) e, disso, não se tem noticiamento.

Acrescente-se, ainda, que as funções desempenhadas pelo obreiro (gari) são atinentes a serviço permanente (limpeza) e de duração continuada, exigindo-se, por isso, contratação de forma efetiva e não temporária.

Por outro lado, a inserção de servidor em regime administrativo, seja estatutário ou não (administrativo especial, para os casos de contratação temporária) faz-se através da observância a requisitos fático-formais necessários para o estabelecimento de vínculo jurídico.

co-administrativo. Não comprovados esses requisitos, tem-se que a contratação deu-se de forma precária.

Na situação a contratação é nula. Assim, tem-se que o citado contrato não respeitou os ditames constitucionais, fazendo do vínculo estabelecido entre o obreiro e a Administração um contrato de trabalho nulo.

Com efeito, havendo inequívoca comprovação da nulidade contratual não se afigura pertinente a reintegração, sob qualquer ótica, eis que o acesso aos cargos/empregos públicos é precedido de certame público (art. 37 da CF/88) e este não foi realizado.

A decretação de nulidade, nesse caso, é de rigor porque o vício atinge o próprio conteúdo do ato. Assim, ainda que a Constituição não atribuisse nulidade à contratação, haveria de ser decretada a nulidade pelo segundo critério de reconhecimento de nulidade do ato administrativo.

A respeito do tema, posiciona-se Raquel Melo Urbano de Carvalho (Curso de Direito Administrativo, 2^a ed., Salvador: Jus Podivm, 2009, p. 479):

“É de manifesta gravidade ignorar os ditames normativos do sistema, a certeza necessária a um ato ou os limites da sua viabilidade física e jurídica. Vícios desta natureza não são sanáveis, porquanto impossível corrigi-los. Assim, p. ex., um servidor foi nomeado, sem aprovação em concurso público, para um cargo que não existe, não há outra saída senão invalidar o ato cujo conteúdo contrariou gravemente o sistema, sendo alvo de sua repulsa radical.

As violações de conteúdo são vícios graves que não admitem sanatória, devendo os respectivos atos ser extintos, mediante a sua invalidação. Não há como pretender convalidar, pois seria impossível reproduzir idêntico comando validamente, pois o defeito acom-

panharia o novo ato. E se a solução é praticar ato diverso, certamente o novo comando não se enquadra no instituto da convalidação.”

Em que pesem não serem convalidáveis atos administrativos eivados de vícios graves, a questão que se põe é saber se haveria ou não prazo para se decretar a nulidade nesses casos, seja na via administrativa, seja na via judicial. Em outros termos, se decorrido lapso temporal considerável, haveria ainda a possibilidade de se anular atos gravemente viciados.

A questão é tormentosa, não havendo consenso nem na doutrina nem na jurisprudência, como demonstram os seguintes julgados, ambos emanados da 6ª Turma do STJ e em datas próximas:

“ATO ADMINISTRATIVO NULO. IMPRESCRITIBILIDADE. DECRETO 20.910/32 - ART. 1º.

1. Não se pode levar na devida linha de conta a tese da prescrição quinquenal, em se tratando de ato administrativo nulo, porquanto, nestas condições, o decurso do tempo não convalida o que nasceu inválido.

2. (...) (RESP 311.044/RJ, Rel. Min. Fernando Gonçalves, 6ª Turma, DJ de 23/09/2002).”

“RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO E PENAL. OMISSÃO NÃO EVIDENCIADA. PRESCRIÇÃO. INSTÂNCIAS. REPERCUSSÃO DE SUPERVENIENTE SENTENÇA PENAL ABSOLUTÓRIA EM ATO DEMISSSIONAL. CONHECIMENTO E IMPROVIMENTO.

1.(...);

2. Eventuais vícios no inquérito administrativo que culminam na demissão do servidor devem ser suscitados, sob pena de prescrição dentro do período de 5 anos, contados a partir do ato de demissão e, não, a partir do trânsito em julgado de superveniente sentença absolutória na esfera penal (...). (RESP 409.890/RS, rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ de 19/12/2002).”

Referindo-se ao decurso do tempo como fator de legitimação do ato nulo, pontua Toshio Mukai (Direito de Administrativo Sistematizado, São Paulo: Saraiva, 1999, p. 225/226):

“Diante de um ato administrativo assim irregular e ilegal, em princípio, em face da autotutela administrativa, a Administração, se não puder convalidá-lo, tem o dever jurídico de declarar sua nulidade, visto que a manutenção da legalidade, no Estado de Direito, é seu primeiro dever ético e jurídico. Para isso, e por essa mesma razão, não vemos como possa, pelo menos em princípio, impor-lhe prazo para tal anulação. (...) Não será, portanto, como entende grande parte da doutrina, o razoável ou longo tempo decorrido que deverá ditar tal decisão, salvo se, pela natureza do ato administrativo, interferirem outros elementos ou institutos jurídicos que venham a fazer do prazo causa impeditiva da anulação, tais a prescrição ou caducidade.” (Destacou-se).

Para H. L. Meirelles “quando se diz que os atos nulos podem ser invalidados a qualquer tempo, pressupõe-se, obviamente, que tal anulação se opere enquanto não prescritas as vias impugnativas internas e externas, pois, se os atos se tornaram inatacáveis pela Administração e pelo Judiciário, não há como pronunciar-se a sua nulidade”.

Significa, pois, que para o saudoso administrativista somente seria possível decretar a nulidade do ato administrativo viciado enquanto não alcançado pela decadência ou prescrição. Em sendo assim, para os casos em que a lei não fixou prazo de prescrição ou decadência, a pronúncia de nulidade pode se dar a qualquer tempo.

Nesse contexto, observa-se que no caso de contratação de pessoal sem observância do requisito constitucional do concurso público, nem a lei nem a Constituição fixaram qualquer prazo de prescrição ou decadência, pelo que se conclui que nesses casos a decretação de nulidade pode se dar a qualquer tempo.

É oportuno, aqui, fazer referência ao art. 54 da Lei 9.784/99, segundo o qual “o direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé”, vez que alguns advogam que esse dispositivo legal teria fixado o prazo decadencial de cinco anos para decretação de nulidade de todo e qualquer ato administrativo.

O argumento não merece acolhida, primeiro porque veiculado em lei que rege exclusivamente o processo administrativo federal, segundo, porque de acordo com alguns autores, o preceito legal refere-se apenas aos atos anuláveis, pois menciona “anular” e não “decretação de nulidade”.

Mas ainda que se entenda que o art. 54 da Lei 9.784/99 possa alcançar também os atos nulos, jamais poderá ser invocado para impedir a decretação de nulidade de atos administrativos que ofendem diretamente a Constituição. Tanto é assim que o Conselho Nacional de Justiça, na 79ª Sessão de julgamento, ocorrida em 3/3/2009, alterou o parágrafo único do art. 91 do seu regimento interno, que passou a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 91. (...)”

Parágrafo único. Não será admitido o controle de atos administrativos praticados há mais de cinco (5) anos, salvo quando houver afronta direta à Constituição.”
(Destacou-se).

Ademais, não parece ser intenção do legislador fixar prazo para decretação de nulidade de ato gravemente viciado, como se observa pela redação do art. 114 da Lei 8.112/90, segundo o qual “a Administração deverá rever seus atos, a qualquer tempo, quando evidados de ilegalidade”.

Também as súmulas do STF 346 e 473 que tratam da nulidade do ato administrativo, não fixaram qualquer prazo prescricional ou decadencial.

O STF também já deu sinais de que não é possível manter no mundo jurídico atos administrativos ilegais há muito praticados, não sendo sequer invocável o instituto da decadência, como se vê no seguinte trecho do acórdão do Ministro Joaquim Barbosa que, em sede de cautelar (ADI 3434), julgou inconstitucional o art. 48 da Lei Complementar 38/2004 do Estado do Piauí:

“A inconstitucionalidade da norma ora atacada é flagrante. O Supremo Tribunal Federal firmou sólida jurisprudência no sentido de que o art. 37, II, da Constituição federal rejeita qualquer burla à exigência de concurso público. Há diversos precedentes em que a tônica é a absoluta impossibilidade de se afastar esse critério de seleção dos quadros do serviço público (cf. ADI 2.689, rel. min. Ellen Gracie, Pleno, j. 9-10-2003; ADI 1.350-MC, rel. min. Celso de Mello, Pleno, j. 27-9-1995; ADI 980-MC, rel. min. Celso de Mello, Pleno, j. 3-2-1994); ADI 951, rel. min. Joaquim Barbosa, Pleno, j. 18-11-2004), até mesmo restringindo possíveis ampliações indevidas de exceções contidas na própria Constituição, a exemplo do disposto no art. 19 do ADCT (cf. ADI 1.808-MC, rel. min. Sydney Sanches, Pleno, j. 1º-2-1999). O rigor na interpretação desse dispositivo constitucional impede inclusive formas de provimento derivado de cargo público, por ascensão interna. Ora, na espécie, trata-se de mero enquadramento de prestadores de serviço que tenham comprovado cinco anos de trabalho, dez anos na nova versão. Não há provas, apenas o reconhecimento de um pretense fato consumado. Dessa premissa parte a Assembléia Legislativa ao afirmar nas informações que a Administração não poderia dar outra solução ao problema, pois teria decaído para a Administração estadual o direito de rever os atos de contratação desses prestadores de serviço, nos termos do art. 54 da Lei

9.784/1999. **Obviamente não há que se falar em decadência para que a Administração reveja seus atos, pois o que está em causa não é a legalidade da contratação de prestadores de serviço, mas o enquadramento determinado nos termos da norma atacada. Impossível, em casos como o presente, falar em fato consumado inconstitucional.** Ante o exposto, sem maiores dificuldades, concedo a cautelar nesta ação direta em razão da inconstitucionalidade do art. 48, *caput* e parágrafo único, da Lei Complementar 38/2004 do estado do Piauí, tanto na versão original quanto na versão da nova lei.” (Destaque acrescido).

Porém, mesmo concluindo que o ato administrativo nulo, principalmente quando ofende diretamente a Constituição, submete-se à decretação de nulidade a qualquer tempo, doutrina e jurisprudência têm se inclinado no sentido de não anular certos atos administrativos, ainda que padeçam de vícios graves, em nome dos princípios da segurança jurídica e da boa-fé. Diz-se então, que nesses casos, há interesse público relevante em estabilizar no tempo relações jurídicas há muito iniciadas, ainda que seriamente viciadas desde a origem.

Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Melo, escorado em ensinamentos de Weida Zancaner (op. cit, p. 432):

“II - sempre que esteja perante ato insuscetível de convalidação, terá a obrigação de invalidá-lo, a menos que, evidentemente,, que a situação gerada pelo ato viciado *já esteja estabilizada pelo Direito. Em tal caso, já não mais haverá situação jurídica inválida* ante o sistema normativo, e, portanto, simplesmente não se põe o problema.

Esta estabilização ocorre em duas hipóteses: a) quanto já se escoou o prazo, dito “prescricional”, para a Administração invalidar o ato; b) quando, embora não vencido tal prazo, o ato viciado se categoriza como ampliativo da esfera jurídica dos administrados (...) e dele decorrem sucessivas relações jurídica que cria-

ram, para sujeitos de boa-fé, situação que encontra amparo em norma protetora de interesses hierarquicamente superiores ou mais amplos que os residentes na norma violada, de tal sorte que a desconstituição do ato geraria agravos maiores aos interesses protegidos na ordem jurídica do que os resultantes do ato censurável.” (Destques no original).

E exemplifica mencionando a hipótese de loteamento irregularmente licenciado cujo vício só viesse a ser descoberto depois que inúmeras famílias adquiriram os lotes e neles já tenha edificado moradia. Nessa situação, em nome do interesse público e do princípio da segurança jurídica, opta-se pela permanência da situação, pois a retirada das famílias resultaria em transtorno maior.

Toshio Mukai (op. cit., p. 226) leciona que:

“(...) em razão do atributo de que gozam por natureza os atos administrativos, que a doutrina denomina “presunção de legitimidade”, é possível, realmente, que ato irregular, em função do tempo decorrido desde sua edição, faça nascer situações concretas, que se consolidem faticamente ao abrigo daquele ato. Quando isso ocorrer, (e para tanto não se pode fixar um prazo, porque cada caso é um caso), começa então a interferir na questão da anulação do ato administrativo o princípio consagrado na Teoria Geral do Direito denominado “princípio da segurança e estabilidade das relações jurídicas”, tão importante para a própria coletividade como da legalidade administrativa.”

“Nesse momento, aquilo que era um “dever” da Administração (anular o próprio ato), dado o surgimento daquele princípio, esmaece-se, e dá lugar a uma “faculdade”, mas, ainda aqui, não retira a possibilidade de Administração anular o ato.”

“É que, diante do dilema de atender ora um ora outro princípio, ambos de igual importância para a satisfação do interesse da coletividade, o Estado terá sempre de se pautar por um princípio maior, que arbitre sua decisão. E este é o do interesse público.

Caberá então ao agente público pesar os “prós” e “contras” da anulação ou da manutenção do ato, tudo considerado sob a idéia dominante de todo o fim do obrar administrativo: a satisfação do interesse público.” (Destacou-se).

Di Pietro (op. cit., p. 218) também comunga do entendimento de que é o interesse público, em última análise, que irá definir se o ato ilegal haverá ou não de ser anulado:

“O aspecto que se discute é quanto ao caráter o vinculado ou discricionário da anulação. Indaga-se: diante de uma ilegalidade, a Administração está obrigada a anular o ato ou tem apenas a faculdade de fazê-lo? Há opiniões nos dois sentidos: Os que defendem o dever de anular apegam-se ao princípio da legalidade; os que defendem a faculdade de anular invocam o princípio da predominância do interesse público sobre o particular.”

“Para nós, a Administração tem, em regra, o dever de anular os atos ilegais, sob pena de cair por terra o princípio da legalidade. No entanto, poderá deixar de fazê-lo, em circunstâncias determinadas, quando o prejuízo resultante da anulação puder ser maior do que o decorrente da manutenção do ato ilegal; nesse caso, é o interesse público que norteará a decisão.”

Portanto, somente o exame do caso concreto irá revelar qual a melhor forma de aplicar o princípio da preservação do interesse público, sendo certo que a decretação de nulidade é a regra que faz valer esse interesse e a não-decretação, a exceção, pois quando se decreta a nulidade de ato administrativo viciado faz-se em respeito ao interesse da coletividade que espera e confia que as instâncias de poder restabeleçam a ordem jurídica quando seriamente violada. Pode ser, entretanto, que, excepcionalmente, como referido pela doutrina acima, o interesse público esteja justamente na não-decretação de nulidade do ato.

No caso dos autos, a reintegração pretendida ofende frontalmente a Constituição. Só por essa razão já seria de não se reconhecer o direito à pretensão, pois o interesse público presente na espécie é a preservação da supremacia da Constituição materializada no reconhecimento do direito que tem a coletividade de ver preenchidos os empregos públicos pela via democrática do concurso público e, ainda, o interesse público de que esses empregos sejam ocupados pelos que se encontram em melhores condições técnicas para assumi-los, em cumprimento ao princípio constitucional da eficiência.

Não se vislumbra, pois, no caso, a aplicação do princípio da segurança jurídica em favor do recorrente, sendo aceitável esse princípio, na hipótese, apenas para manutenção dos efeitos já produzidos, como se a contratação houvesse sido regular desde o início, ou seja, decreta-se a nulidade dos contratos com efeitos *ex nunc*. Nesse caso, acolhe-se a teoria do fato consumado apenas para preservar os resultados já produzidos, mas não para a perpetuação desses resultados, pois não parece aplicável essa teoria em plenitude, no sentido de manter intocáveis relações jurídicas não só ilegais, mas inconstitucionais, enquanto não operada a prescrição ou a decadência. E como se viu, a decretação de nulidade por contratação sem observância de concurso público não se submete a nenhum prazo de prescrição ou decadência.

Segue-se aqui a lição de Raquel Melo Urbano de Carvalho (op. cit., p. 103) que sabiamente adverte o Poder Judiciário ao concluir o estudo que faz do princípio da segurança jurídica:

“Portanto, ao interpretar com definitividade o Direito a fim de trancar as situações contenciosas que lhe sejam apresentadas, cabe ao magistrado ponderar o princípio da segurança jurídica conjuntamente com as demais normas principiológicas administrativas de regência.

Não pode a tutela jurisdicional incentivar a prática de comportamentos públicos ilícitos que se realizem na expectativa de que o controle efetivo subsequente não ocorra e, assim, graves violações de ordem jurídica terminem estabilizadas. Seria ingênuo ignorar que, em inúmeras circunstâncias, além da ausência da autotutela administrativa, não incidem as formas de controle externo que resultam, p. ex., na invalidação judicial. Se, em casos de grave violação a normas fundamentais do ordenamento, a segurança jurídica, por si só, implicar na estabilização de ilicitudes, ter-se-á em ruína o próprio regime jurídico administrativo e, com isto, comprometido o mínimo de estabilidade necessário à sobrevivência social”.(Destaque não constante do original).

Além disso, há corrente doutrinária, a qual se filia, que defende a não aplicação do princípio da segurança jurídica para proteger interesses de terceiros que tenham sido partes diretamente interessadas no ato ilegal, ainda que presente a boa-fé.

Portanto, correta a sentença que decretou a nulidade da contratação do obreiro, não merecendo guarida a reintegração nos quadros do recorrente. Nega-se provimento.

- Efeitos da nulidade contratual

Embora se esteja diante de uma relação empregatícia, o liame foi formado ao arrepio da forma prescrita na Carta Magna que prevê a inafastabilidade do requisito constitucional de certame público para a contratação de pessoal (artigo 37, II, da CF), existindo vício a maculá-la.

Assim, constatada essa anomalia constitucional a macular a contratação, cumpre demarcar os efeitos da nulidade. O primeiro ponto a abordar, nada obstante a nulidade, é o fato da impossibilidade de

reposição ao estado em que se encontravam as partes no ato de formação do vínculo, na medida em que a prestação de trabalho é insuscetível de restituição, face à energia despendida na sua execução, o que torna inapropriável e inaplicável a sua nulificação simples e pura, destituída de qualquer indenização.

O segundo ponto a receber necessária abordagem alude à demarcação dos efeitos que devem ser conferidos à nulidade detectada. A despeito da evidente nulidade absoluta, deveria emprestar-se o efeito *ex nunc* a partir de sua decretação. O labor humano impõe um abrandamento ponderável no caso, fazendo com que os efeitos dessa declaração fossem sempre voltados para o futuro.

Outro fator a ser apresentado: a própria falta de previsão legal específica na situação, visto que o art. 37, § 2º, CF/88 apenas adjetiva de nulo o ato admissionário, de modo algum delinea os efeitos dessa nulidade. Assim, ante a inexistência de lei extirpando qualquer efeito do contrato de trabalho nulo, desde a origem, faz com que recaia a hipótese na regra geral, em Direito do Trabalho, da irretroatividade das nulidades.

Ademais, a não-prestação de concurso público, um requisito imposto pelo Poder Constituinte de 1988, não pode servir de justificativa para prejudicar aquele que trabalhou efetivamente, desempenhando trabalho lícito. A valorização do trabalho humano, garantida constitucionalmente, dela não se pode olvidar, cuja trilha seguem os princípios norteadores do Direito do Trabalho.

Tratando-se de nulidade contratual, deveria o trabalhador fazer jus ao recebimento das parcelas adquiridas e vencidas no curso do contrato consentâneas com a relação de emprego, quais sejam: férias simples e em dobro quando já expirado o prazo de concessão, acrescidas do terço constitucional; 13.º salário, à exceção do referen-

te ao ano da decretação da nulidade; complementação salarial pela inobservância do salário mínimo, salários vencidos e não pagos e FGTS do período laborado, excepcionando-se apenas parcelas exclusivas decorrentes da despedida injustificada.

Solução essa ponderada que afasta um possível conflito constitucional entre o art. 1º, inciso IV, que consagra os valores sociais do trabalho como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, e o art. 37, § 2º, da CF/88, que declara nula a contratação de pessoal sem o prévio e necessário concurso público, conciliando as duas diretrizes da vontade constituinte de acordo, segundo a magnitude dos dispositivos normativos e as circunstâncias do caso.

Harmoniza-se factível antinomia constitucional quando valoriza o trabalho enquanto prestado, originando todos os efeitos inerentes à relação de emprego em obediência aos valores sociais dele imanes e respaldada a proibição de admissão de empregado destituída de precedente concurso público, na medida em que reconhece a nulidade absoluta, embora de efeitos *ex nunc*, e pune o gestor da coisa pública pela irregularidade.

Da mesma forma, estar-se a implementar os valores democráticos e cidadãos consubstanciados na nossa Constituição, no momento em que visa a atingir o bem-estar e o pleno desenvolvimento e dignificação do ser humano através do trabalho, sobretudo em momentos em que o cidadão se encontra mais desamparado.

Em que pese esse posicionamento pessoal, o Tribunal Superior do Trabalho sumulou entendimento no sentido de declarar a nulidade absoluta dos contratos de trabalho havidos com pessoa jurídica de direito público, sem a prévia aprovação em concurso público, porém imprime efeitos *ex tunc* à nulidade, e, em contrapartida, assegura ao trabalhador apenas o pagamento da contraprestação pactuada

e os valores referentes aos depósitos do FGTS (Súmula 363). Assim, considerando que os efeitos da nulidade envolvem matéria constitucional, impende reconhecer os efeitos da nulidade contratual nos limites dos precedentes do STF (CF, art. 102, *caput*), que confirmam os efeitos na forma da Súmula 363/TST.

No caso, houve condenação do recorrente ao recolhimento do FGTS do período laborado. A decisão harmoniza-se com o entendimento sumulado do TST e com o deste juízo em relação ao FGTS, razão pela qual não merece reforma no particular.

Quanto à anotação da CTPS, esta é uma questão de ordem pública, pois, uma vez reconhecido o tempo de serviço, impõe-se, mesmo em se tratando de nulidade contratual, que se reconheça o tempo de serviço/contribuição do trabalho a fim de que o obreiro, já penalizado, possa contar com o tempo para fins de percepção de eventual aposentadoria, uma vez que a energia foi despendida e, como consequência lógica, há de evidenciar o tempo trabalhado na CTPS, sob pena de enriquecimento ilícito de quem se aproveitara da energia do trabalhador. Nega-se provimento.

- Honorários advocatícios

Na Justiça do Trabalho o deferimento de honorários advocatícios não decorre de mera sucumbência, sujeitando-se à configuração concomitante dos requisitos do benefício da justiça gratuita e da assistência sindical (Lei 5.584/70, art. 14, Súmulas 219 e 329 do TST e Orientação Jurisprudencial 305 da SDI-I do TST). No caso, ausente o requisito legal da assistência sindical(fl. 10), indevidos os honorários advocatícios.

ISTO POSTO

ACORDAM os Desembargadores da Primeira Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 22ª Região, por unanimidade, conhecer dos recursos ordinários, acolher a preliminar de incompetência da Justiça do Trabalho para executar as contribuições previdenciárias relativas ao período contratual e, no mérito, por maioria, dar parcial provimento ao recurso ordinário do reclamado para excluir da condenação a verba honorária e, por unanimidade, negar provimento ao recurso ordinário do reclamante. Arbitra-se o valor da condenação em R\$ 5.000,00. Vencido, parcialmente, o Exmo. Sr. Desembargador Wellington Jim Boavista (Revisor) que negava provimento ao recurso ordinário do reclamado.

Teresina, 22 de fevereiro de 2010.

**Documento firmado por assinatura digital
(CPC, art. 164, parágrafo único, e MP 2.200-2/2001)**

Desembargador ARNALDO BOSON PAES
Relator

Ciente:
Ministério Público do Trabalho

SENTENÇAS

4ª VARA DO TRABALHO DE TERESINA-PI
PROCESSO N. 02022-2009-004-22-00-6

Impetrante: FRANCISCO GILSON RODRIGUES SALES.

Defensor Público: André Amorim de Aguiar.

Autoridade Coatora: PRESIDENTE DA COMPANHIA DE DESENVOLVIMENTO DOS VALES DO SÃO FRANCISCO E DO PARNAÍBA (CODEVASF).

Advogado(a): José Cleto de Sousa Coelho.

Provimento: SENTENÇA

Rito: ESPECIAL – MANDADO DE SEGURANÇA.

Vistos, discutidos e relatados os presentes autos.

I – RELATÓRIO:

FRANCISCO GILSON RODRIGUES SALES, qualificado(a) nos autos, impetrou MANDADO DE SEGURANÇA em face de **PRESIDENTE DA COMPANHIA DE DESENVOLVIMENTO DOS VALES DO SÃO FRANCISCO E DO PARNAÍBA (CODEVASF)**, em 24.11.2009, distribuído à 4ª Vara do Trabalho de Teresina-PI, de acordo com os termos da petição inicial (fls. 03-15), juntando documentos.

Aduziu que é portador de necessidades especiais, tendo se submetido a concurso público promovido pela COMPANHIA DE DESENVOLVIMENTO DOS VALES DO SÃO FRANCISCO E DO PARNAÍBA (CODEVASF), nos moldes do Edital n. 01/2008-CODEVASF, com 5 vagas e cadastro de reserva, logrando aprovação em 4º lugar entre as vagas destinadas aos portadores de necessidades especiais.

Informou que foi convocado em 26.03.2009, por telegrama, porém, em 06.04.2009, recebeu outra comunicação por telegrama cientificando que as convocações teriam sido suspensas, em virtude de decisão proferida

em liminar concedida em mandado de segurança n. 2009.34.00.008720-6, em tramitação perante a 4ª Vara Federal de Brasília. Pouco tempo depois, recebeu um terceiro telegrama, informando-o sobre a anulação da convocação, no dia 31.08.2009, sob o argumento de que a decisão teria sido proferida com base no art. 53, da Lei n. 9.784/99 (Lei do Processo Administrativo no âmbito Federal), cujo número tomado foi 59500.002034/2009-97.

Sustentou que o ato foi ilegal, na medida em que não lhe foi assegurado o contraditório e ampla defesa, motivo pelo qual afirmou ter direito líquido e certo à convocação e contratação imediata.

Argumento ainda ser competente a Justiça do Trabalho para processar e julgar a presente demanda.

Ao final, requereu a concessão de tutela antecipada, início litis e inaudita altera parte, a fim de que seja determinada nova convocação do impetrante, com consequente contratação para o cargo de Assistente Administrativo, Unidade de Lotação SEDE-Brasília/DF e, ao final, a con; e, por fim, os benefícios da Justiça Gratuita.

Foi dado à causa o valor de R\$ 465,00 (quatrocentos e sessenta e cinco reais).

A liminar não foi concedida sem a oitiva da parte adversa (fl. 78).

Apenas a Autoridade Coatora apresentou prestou as informações (fls. 84-92), na qual, em síntese, informou que convocou o impetrante em 26.03.2009, visando à contratação em 06.04.2009, porém, antes do prazo mencionado, foi informado de que, em virtude de concessão de liminar no mandado de segurança n. 2009.34.00.008720-6, em trâmite perante a 4ª Vara Federal do Distrito Federal, determinando a suspensão, temporariamente, das convocações. Em 14.08.2009, a Codevasf foi intimada da revogação da liminar, sendo liberada para retomar as convocações dos aprovados no con-

curso. Acrescentou que a suspensão foi motivada por problemas alheios a essa causa, porém, ao retomar ao procedimento, percebeu o equívoco da convocação e anulou aquelas já realizadas. Suscitou preliminar de incompetência absoluta do Juízo em razão da matéria, na medida em que não se efetivou qualquer relação de trabalho. No mérito, indicou que o Edital previu 5 (cinco) vagas para o cargo de Assistente Administrativo – M01 para a Sede, em Brasília-DF, tendo efetuado o cálculo de 5% (cinco por cento) das 5 (cinco) vagas, obteve o resultado de 0,25 vagas, elevando para 1 (uma) vaga, nos termos do art. 37, § 2º, da CRFB/88. Desse modo, encontrando-se o impetrante na 4ª (quarta) colocação, sustentou que ele deve aguardar a chamada dos classificados nas 3 (três) primeiras posições, resguardada a proporção com os demais candidatos que não são portadores de necessidades especiais (PNEs). Toda argumentação e ato estão fundamentados nos autos do procedimento administrativo 59500.002034/2009-97, com cópias nos presentes autos. Acrescentou que o impetrante não fez uso do contraditório e ampla defesa quando foi cientificado com o último telegrama, cientificando-o sobre o assunto. Ao final, requereu a improcedência da demanda. Juntou documentos (fls. 93-151).

A pessoa jurídica da CODEVASF não ingressou nos autos, embora devidamente notificada da demanda (fl. 80), conforme aviso de recebimento (fl. 81).

O Ministério Público do Trabalho da 22ª Região emitiu parecer favorável à concessão da segurança (fls. 156-158).

Em virtude do rito especial, nos moldes da Instrução Normativa n. 27/2005, do C. TST, os autos foram distribuídos para julgamento no dia 22.01.2010.

Eis o breve relato.

DECIDE-SE.

II – FUNDAMENTOS:

1) PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DO JUÍZO – AUSÊNCIA DE EFETIVAÇÃO DA CONTRATAÇÃO – FASE PRÉ-CONTRATUAL:

A Autoridade apontada como coatora, em síntese, suscitou preliminar de incompetência material da Justiça do Trabalho, porquanto não teria sido celebrado o contrato de trabalho, mas apenas o Impetrante foi integrante de um concurso público para ingresso em emprego público, com mera convocação suspensa, havendo tão-somente uma expectativa de direito.

Sem razão a Autoridade Coatora.

As questões pré-contratuais se inserem na competência da Justiça do Trabalho, na medida em que o art. 114, I, da CRFB/88, menciona a previsão para processar e julgar as causas “decorrentes da relação de trabalho”, ou seja, as controvérsias que existirem em torno da relação de trabalho, antes e depois.

Nesse sentido, já se manifestou o Colendo Tribunal Superior do Trabalho, nos termos das ementas abaixo:

*PROCESSO: RR NÚMERO: 702000 ANO: 2000
PUBLICAÇÃO: DJ - 01/10/2002
PROC. Nº TST-RR-702.000/2000.6
A C Ó R D Ã O
5ª Turma
Relator: JUIZ CONVOCADO WALMIR OLIVEIRA
DA COSTA
RECURSO DE REVISTA POR CONVERSÃO. AÇÃO
CIVIL PÚBLICA PROPOSTA PELO MINISTÉRIO
PÚBLICO DO TRABALHO. TUTELA COLETIVA.
OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER. EMPRESA ESTATAL.*

CONCURSO PÚBLICO. EXIGÊNCIA DE AVALIAÇÃO PSICOLÓGICA OU TESTE PSICOTÉCNICO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO.

Diferentemente do entendimento adotado pelas instâncias ordinárias, é manifesta a competência da Justiça do Trabalho para instruir e julgar ação civil pública, de índole coletiva, proposta pelo Ministério Público do Trabalho em defesa da ordem jurídica trabalhista, visando à tutela dos direitos metaindividuais, isto é, dos interesses difusos dos cidadãos interessados no acesso ao emprego público oferecido pela Ré. Esta, embora sujeita ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas (CF, art. 173, § 1º, II), também está obrigada, como estatal, à observância do princípio da legalidade no que concerne à regulamentação do concurso público para provimento de seus empregos (CF, art. 37, caput). Esse controle jurisdicional não pode ser subtraído à Justiça do Trabalho, estando a sua competência definida na 2ª parte do art. 114 da Constituição Federal, ainda que o litígio tenha origem na fase pré-contratual, como nas hipóteses da Lei nº 9.029, de 1995, que proíbe a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de emprego.

Agravo provido.

Recurso de Revista conhecido e provido.

RECURSO DE REVISTA. PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO.

A Justiça do Trabalho é competente para conhecer e julgar pedido relacionado a período pré-contratual, decorrente da não convocação de aprovados em concurso público realizado por sociedade de economia mista estadual. Exegese do Artigo 114 da CF/88. Recurso de revista não conhecido.

PRELIMINAR DE NULIDADE POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. *Há de se mostrar omissa a decisão, mesmo após a provocação da manifestação por intermédio de embargos de declaração, para que reste demonstrada a negativa de prestação jurisdicional ensejadora do conhecimento do*

recurso de revista. Exegese do disposto no art. 535, inciso II, do Código de Processo Civil. Recurso de revista não conhecido.

AUMENTO DO NÚMERO DE VAGAS - CONCURSO. Os requisitos para interposição de recurso de revista encontram-se previstos nas alíneas -a- a -c-, do artigo 896 da CLT, cuja inobservância acarreta o não conhecimento do apelo. Recurso de revista não conhecido.

(RR - 758.787/2001.8, Relator Ministro: Renato de Lacerda Paiva, Data de Julgamento: 10/11/2004, 2ª Turma, Data de Publicação: 03/12/2004).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. JUSTIÇA DO TRABALHO. PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA. AUSÊNCIA DE INTERESSE. VINCULAÇÃO AO EDITAL DE CONCURSO PÚBLICO. DESPACHO MANTIDO POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. AGRAVO DESPROVIDO. A despeito das razões expostas pela parte agravante, merece ser mantido o despacho que negou seguimento ao Recurso de Revista, pois subsistentes os seus fundamentos. Agravo conhecido e desprovido.

(ED-AIRR - 2/2008-004-22-40.4, Relatora Ministra: Maria de Assis Calsing, Data de Julgamento: 09/09/2009, 4ª Turma, Data de Publicação: 18/09/2009)

Com esse entendimento, rejeita-se a preliminar de incompetência absoluta do Juízo, suscitada pela Autoridade Coatora.

2) ADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA:

Inicialmente, este Magistrado se manifesta sobre o cabimento do mandado de segurança, mesmo em se tratando de relação de emprego.

Sobre esse tema, transcreve-se parte da sentença proferida em 30.04.2007, nos autos do processo da 4ª Vara do Trabalho de Teresina, da lavra deste Juiz, sob nº 00158-2007-004-22-00-0, em que são par-

tes: VERÍSSIMO BATISTA DA COSTA, impetrante, e o DIRETOR-PRESIDENTE DA ÁGUAS ESGOTOS DO PIAUÍ S/A - AGESPISA, impetrado (não houve recurso dessa decisão – transitou em julgado):

“O Parquet trabalhista suscitou, de forma implícita, a falta de adequação da via eleita, qual seja, o mandado de segurança, em vez de uma Reclamação Trabalhista, porquanto não existiu ato de autoridade pública, na medida em que o ato atacado foi praticado pelo dirigente da sociedade de economia mista (AGESPISA) na condição de representante legal, isto é, representante do empregador.

Tal situação se revela como instituto processual conhecido como carência de ação, por falta de interesse de agir, devido ao não preenchimento do binômio necessidade-adequação.

Com a devida vênia, não há como concordar com tal entendimento, sem que se tenha que chegar à conclusão de que todos os mandados de segurança impetrados perante a Justiça Comum Estadual e perante a Justiça Federal versando sobre atos de trabalhadores sujeitos ao regime estatutário tenham sido todos absolutamente nulos, por inadequação do instrumento utilizado.

Por mais que o regime estatutário seja um regime imposto ao servidor público, não se revela como um ato de “autoridade”, pela ilação com base na tese acima mencionada.

Repita-se, tal conclusão somente se faria imprescindível se houvesse a aceitação da tese do Parquet (inexistência de ato de autoridade quando se trata de empregador público); com o que não se comunga. Note-se que a questão se mostra bastante adequada, atualmente, em face da temática surgida com a nova redação do inciso I, do art. 114, da CRFB/88, ao mencionar a competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar as causas envolvendo “relação de

trabalho”, gênero do qual são espécies a relação de emprego, o trabalho eventual, autônomo etc.

Nos autos da ADIN n. 3.395, o Excelso Pretório, porém, não estendeu a competência das relações de trabalho dos servidores estatutários ou ligados por um regime jurídico-administrativo com os entes da Administração Direta. Todavia, a posição da Suprema Corte se deu em razão da matéria, regime estatutário ou jurídico-administrativo; não em razão da pessoa.

Com efeito, a relação de trabalho estatutário não traz consigo a condição de Autoridade Pública ao tomador de serviços (União, Estados, Municípios ou Distrito Federal e suas Autarquias). O servidor público não se encontra na condição de cidadão ou administrado, mas de subordinação ao seu tomador por intermédio de um regime jurídico diverso do emprego público.

Desse modo, não é o regime jurídico do serviço público que estabelece se o tomador de serviço é “autoridade pública”, mas a participação do Estado, ainda que de forma indireta (Empresa Pública ou Sociedade de Economia Mista), na condução da prestação de serviços públicos, violando direito líquido e certo em relação à pessoa do impetrante.

Note-se que o art. 1º, da Lei n. 1.533/51, se reporta ao termo “autoridade”, seja de que categoria for ou sejam quais forem as funções que exerça.

Na mesma sorte, o fato de existir Reclamação Trabalhista, com possibilidade de antecipação de tutela, não impede o uso do Mandado de Segurança, pois os ritos são diversos: o primeiro é mais amplo/ordinário; o segundo mais abreviado/sumário, no qual a prova deve ser pré-constituída.

Fazendo-se a analogia com a Justiça Comum Estadual ou Justiça Federal, verifica-se que existe a conhecida “ação ordinária de cobrança”, na qual também se pode pedir antecipação de tutela, e nem por esse motivo se fala em vedação ao instituto.

De certo que a Justiça do Trabalho, de forma dominante, tinha o mesmo entendimento do Ministério Público do Trabalho da 22ª Região, mas observa-se que o Supremo Tribunal Federal não acompanhava essa linha de pensamento, tanto é que já processou e julgou mandado de segurança contra ato do Presidente da República quando o sujeito do ato atacado estava vinculado ao Estado (União) por um regime de emprego. Em outro caso, especificamente, versando ato de uma sociedade de economia mista, ou seja, mediante um regime de emprego com os seus trabalhadores, processou e julgou uma ação de segurança.

Seguem as ementas, respectivamente:

MS 21109 / DF - DISTRITO FEDERAL

MANDADO DE SEGURANÇA

Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE

Julgamento: 08/05/1991

Órgão Julgador: TRIBUNAL PLENO

Publicação

DJ 19-02-1993 PP-02033 EMENT VOL-01692-03 PP-00440

Ementa

1. MANDADO DE SEGURANÇA: CABIMENTO: ATO DE AUTORIDADE: DISPENSA DE SERVIDOR PÚBLICO POR DECRETO PRESIDENCIAL. A ATIVIDADE ESTATAL E SEMPRE PÚBLICA, AINDA QUE INSERIDA EM RELAÇÕES DE DIREITO PRIVADO E SOBRE ELAS IRRADIANDO EFEITOS; SENDO, POIS, ATO DE AUTORIDADE, O DECRETO PRESIDENCIAL QUE DISPENSA SERVIDOR PÚBLICO, EMBORA RÉGIDO PELA LEGISLAÇÃO TRABALHISTA, A SUA DESCONSTITUIÇÃO PODE SER POSTULADA EM MANDADO DE SEGURANÇA. 2. MANDADO DE SEGURANÇA: LEGITIMAÇÃO PASSIVA DO PRESIDENTE DA REPUBLICA, SE A QUESTIONADA DISPENSA DO IMPETRANTE FOI OBJETO DE DECRETO, QUE O ARROLOU NOMINALMENTE ENTRE OS DISPENSADOS, REDUZINDO-SE O ATO SUBSEQUENTE DE RESCISAO DO

CONTRATO DE TRABALHO A MERA EXECUÇÃO MATERIAL DE ORDEM CONCRETA DO CHEFE DO GOVERNO. 3. S.T.F.: COMPETÊNCIA: MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO DO PRESIDENTE DA REPUBLICA, EMBORA VERSANDO MATÉRIA TRABALHISTA. A COMPETÊNCIA ORIGINARIA PARA JULGAR MANDADO DE SEGURANÇA E DETERMINADA SEGUNDO A HIERARQUIA DA AUTORIDADE COATORA E NÃO, SEGUNDO A NATUREZA DA RELAÇÃO JURÍDICA ALCANÇADA PELO ATO COATOR. A COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ÓRGÃO SOLITARIO DE CUPULA DO PODER JUDICIARIO NACIONAL, NÃO SE PODE OPOR A COMPETÊNCIA ESPECIALIZADA, "RATIONE MATERIAE", DOS SEUS DIVERSOS RAMOS. 4. MANDADO DE SEGURANÇA: DIREITO LIQUIDO E CERTO: PROVA PRECONSTITUIDA DOS FATOS, QUE, NAS CIRCUNSTANCIAS DO CASO, O SILENCIO DA AUTORIDADE COATORA NÃO DISPENSA. FUNDADO O PEDIDO DE MANDADO DE SEGURANÇA NA ESTABILIDADE DOS DIRIGENTES SINDICAIS (CF, ART. 8., VIII), CUMPRIA AO IMPETRANTE FAZER PROVA DA ATUALIDADE DO SEU MANDATO SINDICAL, AO TEMPO DO ATO COATOR; INEXISTENTE A PROVA DO FUNDAMENTO DO PEDIDO, NÃO O SUPRE A FALTA DE CONTESTAÇÃO DA AUTORIDADE COATORA, AO MENOS NO CASO EM QUE NÃO CABE PRESUMIR O CONHECIMENTO, DE SUA PARTE, DO FATO ALEGADO.

*MS-AgR 21200 / DF - DISTRITO FEDERAL
AG.REG.NO MANDADO DE SEGURANÇA*

Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO

Julgamento: 24/09/1992

Órgão Julgador: Tribunal Pleno

Publicação

DJ 10-09-1993 PP-18375

EMENT VOL-01716-01 PP-00157

Ementa

COMPETÊNCIA - MANDADO DE SEGURANÇA. A COMPETÊNCIA PARA PROCESSAR E JULGAR MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO POR EX-EMPREGADO CONTRA O EMPREGADOR, MUITO EMBORA SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA, DE ESTATURA FEDERAL, EM FASE DE LIQUIDAÇÃO, E DA JUSTIÇA DO TRABALHO, POR ENQUADRAR-SE NO ARTIGO 114 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

Todas mesmo antes da EC n. 45/2004. Agora, mais do que nunca (art. 114, IV, da CRFB/88) !!!

Rejeita-se, pois, a preliminar de carência de ação, fundada na inadequação da via eleita.”

Salienta-se que os argumentos acima expostos foram reiterados perante a 1ª Vara do Trabalho de Teresina, em sentença proferida nos autos do processo n. 01297-2007-001-22-00-1; Impetrante: ANA MARIA CHAIB GOMES RIBEIRO; Impetrados: PRESIDENTE DA FUNDAÇÃO WALL FERRAZ e PRESIDENTE DO CONSELHO DIRETIVO DO CENTRO TECNOLÓGICO DE TERESINA – CTT; julgado em 12.12.2007, a qual foi mantida pelo Egrégio TRT da 22ª Região, cuja ementa e excertos foram reproduzidos abaixo:

Processo. 01297-2007-001-22-00-1

RECURSO ORDINÁRIO

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA - APLICABILIDADE - REQUISITOS ESSENCIAIS - RECURSO ORDINÁRIO IMPROVIDO: O emprego da ação mandamental se restringe aos atos acobertados por ilegalidade ou abuso de poder, devidamente demonstrados o “fumus boni iuris” e o “periculum in mora”. Presentes tais requisitos, mantém-se a decisão primária que concedeu a segurança.

(RO 01297-2007-001-22-00-1, Rel. Desembargador MANOEL EDILSON CARDOSO , TRT DA 22ª REGIÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 28/10/2008, DJT 24/11/2008 p. não indicada)

Decisão: Por unanimidade, conhecer do recurso ordinário, rejeitar a preliminar suscitada e, no mérito, por maioria, negar-lhe provimento.

Juiz Relator: MANOEL EDILSON CARDOSO

Juiz Redator: LAERCIO DOMICIANO

Juiz Revisor: LAERCIO DOMICIANO

Public. no DJT/PI: 24/11/2008, Página não indicada

Data Julgamento: 28/10/2008.

Excerto...

Quanto ao argumento de inadequação da via procedimental eleita, ao fundamento de que o mandado de segurança não se

presta a impugnar ato de autoridade que não seja agente público, há que se esclarecer que não é o regime jurídico do serviço público que determina a condição pública da autoridade, mas sim a atuação do Estado, materializada pelo serviço prestado à sociedade.

Ademais, como bem acentuado pelo r. juízo do primeiro grau, a estabilidade em si não é o fator imperante, no caso em apreço.

Cumpra ao Judiciário, promover o resguardo da pessoa humana, no intuito de se garantir o mínimo de dignidade em face da

enfermidade a que está acometida a impetrante.

Pelos fundamentos expostos, rejeita-se a preliminar de carência do direito de ação por ausência de prova pré-constituída e por inadequação da via eleita.

Mutatis mutandi, é a hipótese dos autos.

3) MÉRITO:

Em síntese, a demanda versa sobre a existência de direito líquido e certo de o Impetrante ser convocado e contratado, em virtu-

de de convocação anulada, sem lhe ser facultado o contraditório e ampla defesa nos autos do processo administrativo no qual foi proferida a decisão da Administração Pública Indireta.

A Autoridade Coatora, por sua vez, sustentou que anulou a convocação, visando resguardar a ordem de classificação, na medida em que o Impetrante galgou a 4ª colocação entre os portadores de necessidades especiais (PNEs), motivo pelo qual deveria aguardar a chamada dos 3 (três) primeiros classificados/aprovados nessa reserva de vaga assegurada, nos moldes do art. 37, § 2º, da CRFB/88.

Sem razão o Impetrante.

O fato de ter sido anulada a sua convocação, sem lhe ser assegurado o contraditório e ampla defesa no processo administrativo no qual foi proferida a decisão da Administração, por si só, não lhe assegura o direito líquido e certo à nova convocação (ou manutenção da convocação anteriormente realizada) e imediata contratação.

Com efeito, a nulidade da decisão administrativa lhe asseguraria, no máximo, o direito ao exercício do contraditório e ampla defesa naquele procedimento administrativo no qual foi proferida a decisão, o que não foi objeto de pretensão nesta ação mandamental.

O argumento se reforça quando se adentra na verificação da ordem de classificação do Impetrante, obtendo o 4º (quarto) lugar entre os portadores de necessidades especiais, na medida em que, pela informação da Autoridade Coatora, ainda não foram chamados os 3 (três) candidatos anteriores e, muito menos, que houve surgimento de vagas necessárias e suficientes além daquelas 5 (cinco) inicialmente previstas no Edital n. 01/2008, cujo percentual de 5% (cinco por cento) indica a destinação de 1 (uma) vaga para um candidato portador de necessidade especial, com o preenchimento de 1 (uma) vaga também para a

classificação geral, o que implica dizer que sobraram 3 (três) vagas para os demais candidatos aprovados nessa classificação geral.

A respeito do tema, pertinente a ementa abaixo transcrita da lavra do Excelso Pretório:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. DIREITO ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. RESERVA DE VAGAS À ESPECÍFICA CONCORRÊNCIA. ESTRUTURAÇÃO DE FASE DO CONCURSO EM DUAS TURMAS DE FORMAÇÃO. LEI 8.112/1990, ART. 5º, § 2º. DECRETO 3.298/1999. ESPECIFICIDADES DA ESTRUTURA DO CONCURSO. IRRELEVÂNCIA PARA A ALTERAÇÃO DO NÚMERO TOTAL DE VAGAS OFERECIDAS. MODIFICAÇÃO DO NÚMERO DE VAGAS RESERVADAS. IMPOSSIBILIDADE. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. 1. Recurso ordinário em mandado de segurança interposto de acórdão do Superior Tribunal de Justiça que entendeu ser plausível o cálculo da quantidade de vagas destinadas à específica concorrência de acordo com o número de turmas do curso de formação. 2. Os limites máximo e mínimo de reserva de vagas para específica concorrência tomam por base de cálculo a quantidade total de vagas oferecidas aos candidatos, para cada cargo público, definido em função da especialidade. Especificidades da estrutura do concurso, que não versem sobre o total de vagas oferecidas para cada área de atuação, especialidade ou cargo público, não influem no cálculo da reserva. 3. Concurso público. Provedimento de cinquenta e quatro vagas para o cargo de fiscal federal agropecuário. Etapa do concurso dividida em duas turmas para frequência ao curso de formação. Convocação, respectivamente, de onze e quarenta e três candidatos em épocas distintas. Reserva de quatro vagas para candidatos portadores de deficiência. Erro de critério. Disponíveis cinquenta e quatro vagas e, destas, reservadas cinco por cento para específica concorrência, três eram as vagas que deveriam ter sido destinadas à

específica concorrência. A convocação de quarto candidato, ao invés do impetrante, violou direito líquido e certo à concorrência no certame. Recurso ordinário em mandado de segurança conhecido e provido. Julgado prejudicado, por perda de objeto, o Recurso em Mandado de Segurança nº 25.649.

(RMS 25666, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 29/09/2009, DJe-228 DIVULG 03-12-2009 PUBLIC 04-12-2009 EMENT VOL-02385-01 PP-00194).

Apenas com o surgimento de mais vagas que importe em número suficiente para que o percentual reservado aos portadores de necessidades especiais resulte em outra(s) vaga(s). Atendida essa eventualidade, deverá/poderá ser convocado o 2º colocado entre os portadores de necessidades especiais e, assim, sucessivamente, até a ordem de classificação do Impetrante.

Note-se que não há provas pré-constituídas sobre possível(eis)/ eventual(ais) desistência(s) de candidato(s) anterior(es) ao Impetrante, o que, em tese, poderia viabilizar a concessão da segurança, apenas e tão-somente para que fosse realizada “nova” convocação (nos limites do pedido formulado) para, cumpridas as demais formalidades pelo Impetrante, pudesse ele ter o direito à contratação, uma vez que poderia o Impetrante, por exemplo, não obedecer o prazo para apresentação de documentos necessários para a efetivação do contrato de trabalho.

Em resumo e no essencial, resolve o Juízo denegar a segurança pretendida, com base na causa de pedir deduzida na petição inicial, posto que concluiu pela inexistência de direito líquido e certo à nova convocação e imediata contratação, fundada em ausência de contraditório e ampla defesa em processo administrativo que anulou sua convocação anteriormente realizada, em virtude de observância da ordem de classificação dos demais candidatos.

JUSTIÇA GRATUITA:

A parte reclamante declarou em sua petição inicial, por seu advogado, que não tem condições de demandar sem prejuízo seu ou de sua família, o que autoriza a concessão dos benefícios da Justiça Gratuita. Desnecessárias maiores exigências, conforme se observa dos entendimentos sedimentados pela SDI-1, do C. TST, em suas OJs n. 304 e 331, com os quais se comunga:

OJ-SDI1-304 HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA. DECLARAÇÃO DE POBREZA. COMPROVAÇÃO (DJ 11.08.2003)

Atendidos os requisitos da Lei nº 5.584/70 (art. 14, § 2º), para a concessão da assistência judiciária, basta a simples afirmação do declarante ou de seu advogado, na petição inicial, para se considerar configurada a sua situação econômica (art. 4º, § 1º, da Lei nº 7.510/86, que deu nova redação à Lei nº 1.060/50).

OJ-SDI1-331 JUSTIÇA GRATUITA. DECLARAÇÃO DE INSUFICIÊNCIA ECONÔMICA. MANDATO. PODERES ESPECÍFICOS DESNECESSÁRIOS (DJ 09.12.2003)

Desnecessária a outorga de poderes especiais ao patrono da causa para firmar declaração de insuficiência econômica, destinada à concessão dos benefícios da justiça gratuita.

Defere-se, pois, a gratuidade judiciária.

ALÇADA INFERIOR A 2 (DOIS) SALÁRIOS MÍNIMOS – INAPLICABILIDADE DA LEI N. 5.584/70 – DECISÃO RECORRÍVEL – SÚMULA N. 365, DO C. TST:

Conquanto o valor dado à causa tenha sido inferior a 2 (dois) salários mínimos, não há falar em decisão irrecurável (salvo quanto à matéria constitucional), conforme entendimento sedimentado na Súmula n. 365, do C. TST, com o qual se comunga:

SUM-365 ALÇADA. AÇÃO RESCISÓRIA E MANDADO DE SEGURANÇA (conversão das Orientações Jurisprudenciais n°s 8 e 10 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005

Não se aplica a alçada em ação rescisória e em mandado de segurança. (ex-OJs n°s 8 e 10 da SBDI-1 - inseridas em 01.02.1995).

4) HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS:

Sem honorários advocatícios, conforme entendimento sedimentado pelo Excelso Pretório, na Súmula n. 512, com o qual se comunga:

Súmula 512

NÃO CABE CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS DE ADVOGADO NA AÇÃO DE MANDADO DE SEGURANÇA.

Fonte de Publicação:

DJ de 10/12/1969, p. 5932; DJ de 11/12/1969, p. 5948; DJ de 12/12/1969, p. 5996.

Legislação:

Código de Processo Civil de 1939, art. 64. Lei 4632/1965.

Precedentes:

RE 61097; MS 19071; RE 66843

É o entendimento deste Juízo.

III – CONCLUSÃO:

Ante o acima exposto, e considerando o que mais dos autos conta, a 4ª Vara do Trabalho de Teresina-PI decide:

1) Rejeitar a preliminar de incompetência absoluta do Juízo em razão da matéria;

2) Julgar **IMPROCEDENTES** os pedidos formulados por FRANCISCO GILSON RODRIGUES SALES em face de PRESIDENTE DA COMPANHIA DE DESENVOLVIMENTO DOS VALES DO SÃO FRANCISCO E DO PARNAÍBA (CODEVASF), denegando a segurança pretendida pelo impetrante, com base na causa de pedir deduzida na petição inicial, posto que se concluiu pela inexistência de direito líquido e certo à nova convocação e imediata contratação;

3) Concede-se a Justiça Gratuita ao Impetrante.

Tudo em fiel observância à Fundamentação supra, a qual passa a integrar o presente dispositivo, como se nele estivesse integralmente transcrita para todos os fins.

Custas pela parte reclamante, no importe de **R\$: 9,30** (nove reais e trinta centavos), calculadas sobre **R\$: 465,00** (quatrocentos e sessenta e cinco reais), valor da causa (art. 789, II, da CLT), porém isenta nos moldes do art. 790, § 3º, da CLT, bem como em virtude do valor mínimo previsto no *caput* do art. 789, da CLT.

Publique-se. Registre-se.

Intimem-se o Impetrante, a Autoridade Coatora, a pessoa jurídica da CODEVASF e o Ministério Público do Trabalho da 22ª Região.

Decisão recorrível (Súmula n. 365, do C. TST).

Teresina-PI, 29 de janeiro de 2010 (6ª feira).

ROBERTO Wanderley BRAGA
Juiz do Trabalho

4ª VARA DO TRABALHO DE TERESINA-PI
PROCESSO N. 00420-2009-004-22-00-8

Reclamante: MARIA CLARA DA SILVA SANTOS, representada por MARIA DAS GRACAS SANTOS CRUZ.

Advogado(a): Péricles dos Santos Reinaldo Filho.

Reclamados: JAYRO THADEU PAIVA DE VASCONCELOS (ESPÓLIO) e EMÍLIA MARTINS ALVES DE VASCONCELOS (ESPÓLIO).

Advogado(a): Flávia Ferreira Amorim.

Provimento: SENTENÇA

Rito: ORDINÁRIO

Vistos, discutidos e relatados os presentes autos.

I – RELATÓRIO:

MARIA CLARA DA SILVA SANTOS, representada por MARIA DAS GRACAS SANTOS CRUZ, qualificado(a) nos autos, ajuizou RECLAMAÇÃO TRABALHISTA em face de **JAYRO THADEU PAIVA DE VASCONCELOS (ESPÓLIO) e EMÍLIA MARTINS ALVES DE VASCONCELOS (ESPÓLIO)**, em 11.03.2009, distribuída à 4ª Vara do Trabalho de Teresina-PI, de acordo com os termos da petição inicial (fls. 03-14), juntando documentos e o instrumento de mandato.

Aduziu que sua mãe, Joelma Silva dos Santos, trabalhou como babá para os Reclamados, iniciando a prestação de serviços em abril de 2004 até 09.01.2005, data do falecimento em acidente de carro, quando viajava com os seus empregadores. Na viagem, morreram os Reclamados, uma filha menor, e a mãe de um dos Demandados, apenas sobrevivendo uma outra filha do casal.

Acrescentou que o acidente se deu por culpa exclusiva do empregador, conforme consignado no relatório do inquérito policial.

Em face de o empregador não ter anotado a CTPS da sua genitora, Joelma Silva dos Santos, a Demandante não pode se habilitar e receber a pensão por morte perante o INSS.

Ao final, requereu a condenação da reclamada, além da retificação/anotação da CTPS em relação ao vínculo de emprego dos Demandados com a sua genitora Joelma Silva dos Santos, durante o período de abril de 2004 a 09.01.2005, a pagar: indenização por danos materiais de 53 anos e 12 meses; indenização por danos morais; pensão do INSS de 51 meses; e, por fim, honorários advocatícios, à base de 20%; bem assim, os benefícios da Justiça Gratuita.

Foi dado à causa o valor de R\$ 575.019,00 (quinhentos e setenta e cinco mil e dezenove reais).

Regularmente notificadas, as partes compareceram à audiência designada para o dia 27.03.2009 (fl. 98).

Frustrada a primeira tentativa de conciliação.

Dispensada a leitura da petição inicial, a contestação foi apresentada (fls. 71-80), na qual, em síntese, salientou que a Sra. MARIA JOSÉ MARTINS ALVES SOARES se encontra na guarda da herdeira remanescente do acidente, a menor MARINA MARTINS PAIVA DE VASCONCELOS. Destacou que existe processo de tutela perante a Justiça Comum Estadual ainda sem conclusão. Reconheceu o liame empregatício com a babá Joelma Silva dos Santos, porém somente a partir de “novembro de 2006” (sic) e com remuneração de um salário mínimo. Informou que não foi anotada a CTPS pelo representante do espólio em face de desconhecimento dessa relação jurídica com a falecida, bem como, depois da ciência por intermédio de uma ação trabalhista anterior (a qual tramitou perante a 3ª Vara do Trabalho de Teresina sob n. 01045-2008-003-22-00-6), a Superinten-

dência Regional do Trabalho (SRT-PI) declarou que o procedimento administrativo respectivo não poderia ser intentado por haver interesse de menores, em ambos os lados. Aduziu que não ficou provado que o acidente se deu por culpa do Sr. Jayro Vasconcelos (condutor do veículo da família), diferentemente do que consta do relatório do inquérito policial, o qual possui apenas conteúdo de peça informativa, pois desprovido de contraditório. Sustentou que não se tratou de acidente de trabalho, pois “estava no desempenho de suas funções, mas não foi em decorrência deste trabalho que sofreu o acidente”. Indicou que o laudo da Polícia Rodoviária Federal não concluiu por qualquer negligência do condutor do veículo dirigido pelo Sr. Jayro Vasconcelos, apenas indicando que “por causa desconhecida, v-2 (da família) derrapou no acostamento, perdeu o controle e colidiu transversalmente com o v-1 (outro veículo atingido) que seguia em sentido contrário. Com isso, impugnou o pedido de danos morais”. Em relação aos danos materiais, defendeu a tese de que não houve acidente de trabalho, mas sim um caso fortuito, acrescentando que a pensão pleiteada deve ser paga pelo INSS, uma vez regularizado o reconhecimento do vínculo de emprego. Disse ainda que a família da Reclamante teve apoio da parte Reclamada quando do acidente, com custeio das despesas de transporte do corpo para a cidade da ex-empregada, o DPVAT liberado em favor da menor filha da trabalhadora. Ao final, requereu a improcedência da demanda. Juntou documentos (fls. 82-97).

Em 27.03.2009, não houve depoimentos pessoais e oitiva de testemunhas (fl. 98), sendo encerrada a instrução, em face de ausência de outras provas a produzir.

Razões finais remissivas, com memoriais complementares (fls. 107-109 e 111-116), tendo a Reclamada ratificado que o vínculo empregatício se deu de “novembro de 2006” (sic) até a data do sinistro em 09.01.2005 (fl. 112).

Impossível a conciliação.

Autos distribuídos para julgamento no dia 20.04.2009.

Eis o breve relato. DECIDE-SE.

II – FUNDAMENTOS:

1) MÉRITO:

VÍNCULO DE EMPREGO:

A parte reclamante informou que a sua mãe, Sr. Joelma Silva dos Santos, começou a trabalhar para a parte reclamada em abril de 2004, tendo a parte demandada alegado o início do labor em “novembro de 2006”, na contestação e nas suas razões finais (fl. 112).

A conduta da Reclamada em afirmar uma data de início da contratação (novembro de 2006) posterior ao evento morte (09.01.2005), motiva o Julgador a concluir pela ausência de controvérsia sobre a data informada na petição inicial. A uma, porque condzente com a questão fática. A duas, porque se apresenta razoável. A três, porque, ao ser considerada inexistente aquela tese, ficou incontroversa a data indicada na petição inicial.

Por outro lado, a Reclamante afirmou que a remuneração era 1,5 salário mínimo, enquanto a Reclamada alegou o pagamento de 1 (um) salário mínimo.

Conquanto não exista comprovação (recibos) acostados, a situação (falecimento de toda a família empregadora, salvo a menor, Marina Vasconcelos, provisoriamente representada pela Maria José Soares), leva o Juízo a concluir pela remuneração mínima constitui-

onal. Pelas máximas de experiência (art. 335, do CPC), verifica-se que esse é o importe pago ao empregado doméstico na Região.

Desse modo, considera-se o vínculo de emprego da Sr. Joelma Silva dos Santos a partir de 01.04.2004 até 09.01.2005 (data do falecimento – acidente), com remuneração de 1 (um) salário mínimo.

Saliente-se que o pedido da Reclamante foi apenas de reconhecimento do vínculo empregatício, afirmando que não havia o pagamento de outros títulos, os quais não foram deduzidos “pela prescrição de lei”. Contudo, contra a menor absolutamente incapaz não há prescrição, porém o Ordenamento não permite condenar além do pedido (*ultra petita*), conforme art. 460, do CPC.

ACIDENTE DE TRABALHO – CARACTERIZAÇÃO:

É incontroverso que a mãe da Reclamante, Sra. Joelma Silva dos Santos, faleceu no acidente envolvendo o veículo dirigido pelo seu empregador, no qual ainda se encontravam a esposa, filha e Verônica Vasconcelos (avó paterna, presume-se).

A Reclamada, por seu turno, sustentou que não houve acidente de trabalho, pois a morte da Sra. Joelma não decorreu do exercício de suas atividades como babá.

Sem amparo a tese da Demandada.

O fato de a Sra. Joelma não ter falecido em decorrência de suas atividades (direta) como babá não significa dizer que o acidente que a vitimou não foi *de trabalho*.

Existem acidentes considerados de trabalho que não aconte-

cem sequer no ambiente de trabalho, mas decorrentes da atitude/ação do trabalho, como no caso de acidentes de trajeto ou mesmo em extensões do ambiente de trabalho (como no caso dos autos, em veículo do empregador, no exercício de suas atividades de babá).

Assim, o fato de o acidente, em tese, ter sido ocorrido entre veículos do empregador e terceiro não descaracteriza o fato de ter ocorrido acidente de trabalho com a Sra. Joelma.

Assim, considera-se o fato que vitimou a mãe da Reclamante, Sra. JOELMA SILVA DOS SANTOS, como acidente de trabalho.

RESPONSABILIDADE:

O fato de ter sido caracterizado o acidente de trabalho não significa, necessariamente, que houve culpa do empregador.

A atividade familiar não pode ser considerada como de risco, de modo a atrair a incidência da regra contida no art. 927, parágrafo único, do Código Civil, a qual prevê a responsabilidade objetiva.

Assim, a hipótese é a responsabilidade subjetiva, ou seja, a demonstração de culpa do empregador, cujo ônus é da parte autora, em face do fato constitutivo do seu direito (art. 818, da CLT; art. 333, I, do CPC).

A tese da Reclamante é que houve culpa exclusiva do empregador, com base na conclusão do inquérito policial.

Todavia, tal procedimento administrativo não vincula o Juízo, em face da independência das instâncias (art. 932, do CPC).

O Boletim de Acidente de Trânsito (fl. 88) indica que “por

causa desconhecida” o veículo do empregador (V-01) “derrapou no acostamento, perdeu o controle e colidiu transversalmente com o outro veículo (V-02) que seguia em sentido contrário”.

Conquanto o Exmo. Sr. Juiz de Direito (fl. 57) tenha afirmado que a própria vítima teria dado causa ao acidente, de acordo com o parecer do Ministério Público, com a devida vênia, não se mostra coincidente com a manifestação de fl. 24, na medida em que o Promotor de Justiça apenas concluiu que não poderia ser imputada a culpa ao motorista da D-20 Costom quaisquer das modalidades de culpa, uma vez que o mesmo não agiu com imprudência, negligência ou imperícia, porém não apontou essas modalidades ao reclamado. O *Paquet* apenas se limitou a não apontar o sobrevivente como sendo causador do acidente, porém não concluiu pela culpa do reclamado. A finalidade do parecer ministerial, nesses casos, é concluir pela existência de elementos para a propositura da respectiva ação penal em face do eventual culpado pelo evento morte; no caso, o condutor sobrevivente.

Note-se que o Exmo. Sr. Juiz de Direito (fl. 57) apenas determinou o arquivamento do inquérito. Os seus fundamentos não vinculam ou induzem a definir a culpa do condutor falecido, pois não houve apuração de sua conduta, com contraditório e ampla defesa para se concluir pela culpa do Reclamado.

Desse modo, não há comprovação de culpa do empregador no acidente. A derrapagem no acostamento poderia ter ocorrido por diversas causas: um animal que se apresentasse na frente do veículo do Reclamado; um reflexo que atingisse a visão do condutor momentaneamente; uma das crianças poderia ter realizado algum movimento brusco a provocar uma distração do condutor-reclamado; ou seja, não há comprovação de que tenha havido negligência, imprudência ou imperícia por parte do Demandado.

O fato de terem sido encontrados “copinhos de iogurtes no chão do carro, próximo ao lugar onde estava o médico (empregador), constante da notícia (fl. 66), veiculada à época, não indica, necessariamente, que o motorista empregador teria se distraído ou que ele estivesse comendo enquanto dirigia, porquanto em um carro onde viajavam duas crianças (a filha sobrevivente e a outra que faleceu com o casal), pelo contrário, pelas máximas de experiência (art. 335, do CPC), induz que as crianças é que deveriam estar tomando o produto. As crianças que viajam no banco de trás, ao se alimentarem, deixam os copos ou sacos caírem no chão, os quais, com o impacto de um abalroamento, é evidente que se deslocam para a frente do veículo, ficando mais próximo do banco do motorista ou do passageiro de frente.

Com isso, o Juízo conclui que não houve demonstração de culpa do reclamado na ocorrência do acidente.

Dessa forma, impedem os pedidos de indenização por dano moral e material das pensões futuras (“vitalícia” – sic - até os 75 anos de idade da vítima Sra. Joelma Silva dos Santos).

DANO MATERIAL – PENSÕES NÃO RECEBIDAS DO INSS:

Entretanto, a filha da Sra. Joelma Silva dos Santos não obteve o benefício previdenciário por morte do INSS, pois a CTPS não foi assinada pelo empregador.

Com isso, a Reclamante teve um prejuízo equivalente ao valor do benefício da pensão a partir do óbito em 09.01.2005 (por 51 meses, conforme pedido da Reclamante).

Aquele que cause prejuízo a outrem, por ato ilícito, deve repará-lo, conforme previsão no art. 927, do Código Civil.

A ilicitude da Reclamada consistiu em proceder à anotação e recolhimento previdenciária, de modo a inviabilizar a habilitação da filha da empregada perante o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) para percepção da pensão por morte.

Registra-se, de logo, que não há qualquer contradição entre o acolhimento do pleito de indenização reparatória equivalente aos 51 (cinquenta e um) meses de pensão do INSS, com base na ausência de cumprimento da obrigação trabalhista e a rejeição da pensão “vitalícia” (sic) até os 75 (setenta e cinco) anos, porquanto na primeira se mostra viável pela reparação de danos pretéritos, já sofridos pela conduta omissiva do empregador; a segunda se apresenta para o futuro, quando o empregador é culpado pelo sinistro, hipótese não reconhecida neste julgado.

Assim, resolve o Juízo condenar a Reclamada a pagar uma indenização reparatória por dano material equivalente a 51 (cinquenta e um meses) de pensão por morte (que deixou de ser recebida perante o INSS), por conduta omissiva do demandado no cumprimento de suas obrigações trabalhistas como empregador doméstico.

JUSTIÇA GRATUITA - RECLAMANTE:

A parte reclamante declarou em sua petição inicial, por seu advogado, que não tem condições de demandar sem prejuízo seu ou de sua família, o que autoriza a concessão dos benefícios da Justiça Gratuita. Desnecessária maiores exigências, conforme se observa do entendimento sedimentado pela SDI-1, do C. TST, em sua OJ n. 331, com o qual se comunga:

Nº 331 JUSTIÇA GRATUITA. DECLARAÇÃO DE INSUFICIÊNCIA ECONÔMICA. MANDATO. PODERES ESPECÍFICOS DESNECESSÁRIOS. DJ 09.12.2003

Desnecessária a outorga de poderes especiais ao patrono da causa para firmar declaração de insuficiência econômica, destinada à concessão dos benefícios da justiça gratuita.

Defere-se, pois, a gratuidade judiciária.

JUSTIÇA GRATUITA – RECLAMADA:

A parte reclamada é pessoa formal, porém representada por pessoal natural, a qual é tutora provisória da menor incapaz sobrevivente.

Concede-se, pois, a gratuidade judiciária também à Reclamada.

Conquanto não seja o entendimento do Colendo Tribunal Superior do Trabalho, entende este Magistrado que se há ausência de insuficiência para custear as despesas com as custas processuais que alcançam apenas 2% (dois por cento) sobre o valor da condenação e essas podem ser dispensadas, muito mais razão há para dispensar a realização de depósito recursal para apelar da decisão.

Aliado a isso, trata-se de espólio, com processo em tramitação perante a Justiça Comum Estadual, cujo Juízo é responsável pela autorização para movimentação de valores, sendo expedido o alvará respectivo (fl. 85), com o fim de movimentação de contas bancárias exclusivamente para despesas mensais obrigatórias, entre as quais não se encontra o depósito recursal.

Todavia, em face de não ser entendimento pacífico, majoritário ou usual, incumbirá ao causídico assistente da reclamada, no caso de recurso, tentar realizar (por outros meios) ou não o depósito legal.

A advertência se faz necessária, uma vez que o primeiro juízo de admissibilidade não vincula aquele segundo feito pelo órgão *ad quem*.

Registre-se que essas considerações foram feitas em face do princípio da segurança jurídica, na medida em que as partes não podem ser surpreendidas pelo Estado, de modo a prejudicar seus interesses.

2) HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS:

À luz da Súmula n. 219 do C. TST, no processo trabalhista, os honorários advocatícios são devidos apenas quando presentes, simultaneamente, três requisitos: a) miserabilidade do empregado; b) sucumbência do empregador; e c) assistência sindical.

Contudo, embora seja uma demanda decorrente da relação de emprego (acidente de trabalho que somente se verifica no liame empregatício), a relação entre as partes não é de trabalho, mas de indenização reparatória por ato ilícito omissivo (não anotação da CTPS da genitora, inviabilizando a percepção de pensão por morte, benefício previdenciário perante o INSS), o que atrai a incidência da Instrução Normativa n. 27/2005, do Colendo Tribunal Superior do Trabalho, sendo pertinente a condenação de honorários advocatícios.

Nesse caso, a hipótese traz a aplicação da norma prevista no CPC, com o percentual de 20% (vinte por cento) sobre a condenação imposta, revertida em favor do advogado da parte autora.

Deferem-se, pois, os honorários advocatícios, no importe de 20% (vinte por cento) sobre a condenação/indenização deferida.

É o entendimento deste Juízo.

III – CONCLUSÃO:

Ante o acima exposto, e considerando o que mais dos autos conta, a 4ª Vara do Trabalho de Teresina-PI decide:

1) Julgar **PROCEDENTES, EM PARTE**, os pedidos formulados por MARIA CLARA DA SILVA SANTOS, representada por MARIA DAS GRACAS SANTOS CRUZ em face de JAYRO THADEU PAIVA DE VASCONCELOS (ESPÓLIO) e EMÍLIA MARTINS ALVES DE VASCONCELOS (ESPÓLIO), para:

1.1) reconhecer o vínculo empregatício entre JOELMA SILVA DOS SANTOS e os Reclamados, no período de 01.04.2004 a 09.01.2005, na função de doméstica, com remuneração de um salário mínimo, condenando a representante da Reclamada proceder às anotações na CTPS do(a) Autor(a), no prazo de 5 (cinco) dias, a partir de intimação específica para este fim, sob pena de multa diária de R\$: 500,00 (quinhentos reais), até o limite de 10 (dez) dias, em favor do(a) Demandante, sujeitando-se à execução para pagamento de quantia certa; ultrapassado tal prazo, deverá a Secretaria proceder às anotações, sem prejuízo da sanção ora imposta (art. 461 e parágrafos, do CPC). Transitada em julgado a decisão, deverá o(a) Reclamante providenciar o depósito do documento para o fim acima especificado;

1.2) condenar esta a pagar àquela, no prazo de 48 horas, após a liquidação do julgado, os seguintes títulos: indenização reparatória por dano material equivalente a 51 (cinquenta e um meses) de pensão por morte (que deixou de ser recebida perante o INSS), por conduta omissiva do demandado no cumprimento de suas obrigações trabalhistas como empregador doméstico;

2) Condenar a Reclamada a pagar honorários advocatícios no importe de 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação/indenização;

3) Conceder a Justiça Gratuita à Reclamante;

4) Conceder a Justiça Gratuita à Reclamada, abrangendo as custas e depósito recursal, porém, salientando à Demandada, quanto a este último, não se tratar de entendimento dominante a sua dispensa.

No tocante aos recolhimentos previdenciários devidos sobre o objeto da condenação, à luz do artigo 114, VIII e IX, da CF/88 c/c CLT, nos moldes da Lei n. 10.035/00 e 11.457/2007, além do entendimento sedimentado na Súmula n. 368, do C. TST, parcialmente, incumbe a este juízo determinar o seguinte:

a) não incidem as contribuições sobre os títulos objeto da condenação, posto que não compõem ou não estão compreendidos no conceito de salário-de-contribuição (como aviso prévio indenizado, férias indenizadas + 1/3, FGTS + 40%, multa do artigo 477 da CLT, multa do art. 467, da CLT, salário-família, indenização substitutiva do PIS e indenização referente ao seguro desemprego ou danos materiais), conforme se extrai do artigo 28, §9º, da Lei 8.212/91;

b) porém, como houve reconhecimento de fato gerador, incidem as contribuições previdenciárias devidas sobre o respectivo período empregatício/trabalhado, utilizando-se como base o salário mínimo;

c) responsabilidade pela efetivação dos recolhimentos é integral da entidade empregadora, inclusive dos valores correspondentes ao percentual dos encargos devidos pelo empregado, em face do instituto da substituição tributária, conforme a legislação previdenciária;

d) os valores correspondentes às contribuições incidentes sobre o objeto da condenação serão definidos na fase de liquidação de sentença, nos termos da nova redação dada ao artigo 879 da CLT;

e) incorrendo o recolhimento, de forma espontânea no prazo de 48 horas após a liquidação do julgado, ocorrerá a execução dos respectivos encargos na forma estabelecida no novo texto do art. 880, da CLT.

Correção monetária e juros de mora, estes a partir do ajuizamento em 11.03.2009, na forma da lei (art. 883, da CLT; Súmula n. 381, do C. TST) e tabela publicada pelo Colendo TST.

Liquidação por cálculo, observando o salário mínimo.

Tudo em fiel observância à Fundamentação supra, a qual passa a integrar o presente dispositivo, como se nele estivesse integralmente transcrita para todos os fins.

Custas a cargo da reclamada, no importe de **R\$ 500,00 (quinhentos reais)**, calculadas sobre **R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais)**, valor arbitrado para os devidos fins (art. 789, § 2º, da CLT).

Não há incidência de Imposto de Renda em face da natureza indenizatória da verba (reparação da pensão por morte; Lei n. 7.713/88; art. 46, da Lei n. 8.541/92; art. 28, da Lei n. 10.833/2003; Súmula n. 368, do C. TST).

Publique-se. Registre-se. Intimem-se as partes.

Teresina-PI, 30 de abril de 2009 (5ª feira).

ROBERTO Wanderley **BRAGA**
Juiz do Trabalho

VARA DO TRABALHO DE CORRENTE - PIAUÍ
ATA DE JULGAMENTO DA RECLAMAÇÃO TRABALHISTA
N. 00261.2008.104.22.00-9

Aos dezesseis dias do mês de julho de dois mil e oito, às 14h55min., estando aberta a audiência da Vara do Trabalho desta cidade, na sua respectiva sede, com a presença da Sra. Juíza do Trabalho, Dra. **REGINA COELLI BATISTA DE MOURA CARVALHO**, foram, por ordem da Magistrada, incluído o presente processo na pauta deste dia e horário acima indicado, e apregoados os litigantes: **JURANDIR CARVALHO DE LACERDA** (reclamante) e **MUNICÍPIO DE CORRENTE** (reclamado).

AUSENTES AS PARTES.

Instalada a audiência e relatado o processo, a Sra. Dra. Juíza do Trabalho passou a proferir a seguinte **DECISÃO**:

Vistos, etc.

1. RELATÓRIO

JURANDIR CARVALHO DE LACERDA, qualificado nos autos, ajuizou reclamação trabalhista em face do MUNICÍPIO DE CORRENTE, também qualificado, alegando, às fls. 02/46, que começou a trabalhar para o Município/reclamado em 14/11/1959, com CTPS anotada, no cargo de procurador tesoureiro (Portaria n. 76). Em 13/09/1993, foi publicada Lei municipal n. 185, que instituiu o Regime Jurídico Único dos Servidores do Município de Corrente, que no seu art. 31, criava o Fundo Municipal de Previdência Social dos Servidores Municipais.

Com base nessa Lei, o reclamante requereu aposentadoria junto ao Município em 31/07/1995, tendo-lhe sido concedida em 05/09/1995, através do Decreto n. 004/1995, com proventos de R\$844,00.

O reclamante segue alegando que percebia normalmente seus proventos do Município, às vezes, mediante recibo, em outras, folha de pagamento, sendo que em fevereiro de 2002, referido pagamento foi suspenso. Aduz que o cancelamento de sua aposentadoria sem qualquer parecer contrário, administrativo ou do Tribunal de Contas, constituiu uma arbitrariedade.

Assevera que não conseguindo êxito administrativamente, no retorno do pagamento de seus proventos, impetrou mandado de segurança n. 1522/03, junto à Comarca de Corrente, tendo-lhe sido concedida a segurança. Só que depois de vários recursos, em sede de Agravo Regimental, o referido *mandamus* foi extinto em razão da decadência. Informa que o processo retornou do STJ em janeiro de 2007, quando foi arquivado. O reclamante tece vasta explanação em sua peça inicial acerca do cabimento de indenização por danos morais.

Requer, assim, o atendimento preferencial por ser idoso, a manutenção liminar do ato administrativo que concedeu a sua aposentadoria, reintegrando-o imediatamente na folha de pagamento do Município e, no mérito, a procedência do pedido para declarar nulo de pleno direito o ato administrativo que cancelou a sua aposentadoria, com a condenação do Município para pagamento imediato dos proventos de sua aposentadoria, corrigidos, desde fevereiro de 2002. Requer, também, o benefício da justiça gratuita e honorários advocatícios.

Dá à causa o valor de R\$844,00 e junta aos autos os documentos de fls. 47/142.

Recusada a primeira proposta conciliatória.

R. TRT da 22ª Região	Teresina	v. 6	n. 1	p.448 - 458	jan. / dez. 2009
----------------------	----------	------	------	-------------	------------------

Regularmente notificado, o Município/reclamado manifestou-se sobre o pedido liminar às fls. 150/152. Indeferido o pedido antecipatório, consoante decisão de fls. 146/147.

O Município apresentou defesa às fls. 155/161, argüindo a prejudicial de prescrição. No mérito propriamente dito, sustentou a irregularidade da concessão da aposentadoria, indicando que o reclamante foi nomeado para cargo em comissão, bem como a Lei que instituiu o Regime Jurídico não foi publicada e ficou pendente de regulamentação, inclusive não houve recolhimento para o Fundo Municipal de Previdência Social. Afirma que o reclamante deveria ter requerido a sua aposentadoria junto ao INSS.

Por fim, contestou o pedido de danos morais pleiteados e requereu a improcedência do pedido objeto da presente ação. O reclamado juntou aos autos os documentos de fls. 162/165.

Dispensados os depoimentos pessoais das partes e prova testemunhal, por se tratar de matéria de direito.

Sem mais provas, foi encerrada a instrução processual.

Razões finais em memoriais de fls. 169/171, pelo reclamante, e de fls. 181/182, pelo reclamado.

Última proposta conciliatória rejeitada.

É o relatório.

2. FUNDAMENTAÇÃO

2.1 ATENDIMENTO PREFERENCIAL – IDOSO

Nos termos do art. 71 da Lei n. 10.741, de 01/10/2003, as pessoas em idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos de idade possuem assegurada prioridade de tramitação dos processos judiciais.

Nesses termos, defiro a prioridade de tramitação do presente processo, eis que o autor possui mais de 60 anos (v. fl. 65).

2.2 PRESCRIÇÃO TOTAL E PARCIAL

O reclamado suscita a prescrição da pretensão do reclamante, alegando que o cancelamento do pagamento da aposentadoria ocorreu em fevereiro de 2002 e a presente reclamação só foi proposta em abril de 2008. Afirma a ocorrência da prescrição, mesmo com a impetração de mandado de segurança que foi extinto com julgamento do mérito em razão de já alcançado pela decadência.

Restou incontroverso nos autos o cancelamento da aposentadoria em fevereiro de 2002 e a impetração de mandado de segurança que recebeu o n. 1522/2003. Apesar de não constar nos autos a data precisa de impetração, observo que foi no ano de 2003, (v. fls. 91/96) e o documento de fl. 97 traz a informação de 20/07/2003, que corresponde a data do MS (fl. 90), sendo importante concluir que foi, portanto, dentro do biênio legal previsto no art. 7º, inciso XXIX, da CF, ocasião em que foi o prazo prescricional interrompido, nos termos do art. 219 do CPC. Assim, o mandado de segurança interrompeu a prescrição, eis que a notificação da autoridade coatora no mandado de segurança, a qual equivale à citação na ação de conhecimento, é causa interruptiva da prescrição, nos termos do art. 219, *caput* e § 1º do Código de Processo Civil.

Referido processo foi extinto com julgamento do mérito em razão da decadência, contudo, mesmo o arquivamento da reclamação não prejudica a interrupção já efetuada (Súmula 268 do TST).

O mandado de segurança impetrado pelo reclamante teve como última decisão publicada em 28/11/2006 e transitada em julgado em 05/01/2007 (fl. 106), e, posteriormente arquivado. Apesar de não constar nos autos a data precisa do arquivamento, é certo que, mesmo que se contasse o reinício do prazo prescricional, a teor do art. 202, parágrafo único do CC, aplicado supletivamente ao Direito do Trabalho em razão da omissão deste em relação a matéria sob comento e a sua compatibilidade (art. 8º, parágrafo único, CLT), do trânsito em julgado, já não se consumaria a prescrição. Com a interrupção do prazo prescricional, volta o mesmo a ser contado em seu total, diferentemente da suspensão.

Assim, como a presente reclamação foi proposta em 02/04/2008, não se consumou a prescrição total.

Contudo, devo ressaltar que a interrupção verifica-se com respeito às parcelas indicadas na petição inicial porque acerca delas é que haveria o pronunciamento judicial, ou seja, os pedidos devem ser idênticos (Súmula 268 do TST c/c art. 128 do CPC). Assim, após a leitura da inicial do *mandamus* entendo que se encontra abarcada pelo manto prescricional a pretensão relativa a pedido de indenização por dano moral ora feito pelo autor, eis que não constante da petição inicial que interrompeu a prescrição (v. fls. 80/90), extinguindo o feito com resolução do mérito em relação a esta parcela, nos termos do art. 269, IV, do CPC, aplicado supletivamente ao processo do trabalho (art. 769, CLT). Poder-se-ia até questionar a inexistência de pedido de indenização por dano moral na petição inicial de fls. 02/46, eis que apesar da longa explanação sobre o seu cabimento, não há ao final, o seu pedido. E também não colhe lastro a eventual alegação de que não caberia o

pedido de dano moral em sede de mandado de segurança em razão dos estritos limites desse remédio constitucional, sendo certo, assim, que se a interrupção da prescrição se deu pelo *mandamus*, apenas ela se efetivou em relação ao que nele foi pedido/apreciado.

Quanto à prescrição parcial, esta deve ter como marco inicial a data da propositura da primeira reclamação, sob pena de tornar inócuo o afastamento da prescrição total. Assim, o seguinte aresto do TST:

RECURSO DE REVISTA. PRESCRIÇÃO QÜINQÜENAL TERMO INICIAL. A anterior propositura de ação com identidade de pedidos causa a interrupção do prazo prescricional bienal como também do prazo qüinqüenal. O cômputo do biênio inicia-se a partir do trânsito em julgado da ação interruptiva, ou seja, da anteriormente proposta, para que se garanta o direito de se invocar a tutela jurisdicional. Assim, para que também se possa garantir a busca da tutela jurisdicional pelo indivíduo, a data do ajuizamento da reclamação trabalhista anteriormente proposta deve ser o marco inicial para efeito da prescrição qüinqüenal, sob pena de a interrupção da prescrição, legalmente assegurada, tornar-se inoperante. Recurso de revista conhecido e desprovido. (TST, RR – 1195-2002-731-04-00, Relator Min. Renato de Lacerda Paiva, DJ - 15/06/2007).

No presente caso, como a primeira reclamação foi proposta em 20/07/2003, declaro prescritos os créditos, porventura existentes, anteriores a 20/07/1998, à exceção do FGTS, cuja prescrição é trintenária e anotação da CTPS, que é imprescritível (art. 11, § 1º, CLT), extinguindo o feito com resolução do mérito em relação a tais créditos, nos termos do art. 269, IV, do CPC, aplicado supletivamente ao processo do trabalho (art. 769 da CLT).

2.3 DA APOSENTADORIA

O reclamante alega que começou a trabalhar para o Município/reclamado em 14/11/1959, com CTPS anotada, no cargo de procurador tesoureiro (Portaria n. 76). Em 13/09/1993, foi publicada Lei municipal n. 185, que instituiu o Regime Jurídico Único dos Servidores do Município de Corrente, que no seu art. 31, criou o Fundo Municipal de Previdência Social dos Servidores Municipais.

Com base nessa Lei, o reclamante requereu aposentadoria junto ao Município em 31/07/1995, tendo-lhe sido concedida em 05/09/1995, através do Decreto n. 004/1995, com proventos de R\$844,00.

O reclamante segue alegando que percebia normalmente seus proventos do Município, às vezes, mediante recibo, em outras, folha de pagamento, sendo que em fevereiro de 2002, referido pagamento foi suspenso. Aduz que o cancelamento de sua aposentadoria sem qualquer parecer contrário, administrativo ou do Tribunal de Contas, constituiu uma arbitrariedade.

O reclamado alegou que o reclamante foi nomeado para cargo em comissão e que a referida aposentadoria foi cancelada em razão da irregularidade de sua concessão.

Não merece guarida o argumento do Município, segundo o qual o reclamante foi nomeado para cargo em comissão. O documento por ele juntado comprova o exercício de cargo em comissão em janeiro de 1993 (fl. 163), ao passo que o autor requereu a sua aposentadoria com base em prestação de serviço ao município desde 1959, como fazem prova as cópias de sua CTPS (fls. 66/74), bem como a nomeação de fl. 48.

O reclamante mantinha então um contrato válido com o Município, com recolhimento regular de suas contribuições previdenciárias (fl. 49).

Em setembro de 1993, o Município editou a Lei n. 185/1993, que instituiu o Regime Jurídico do Servidor do Município de Corrente (fls. 50/56), Lei essa que criou, no seu art. 31, o Fundo Municipal de Previdência Social, responsável pelo custeio das despesas relativas à Previdência Social dos servidores municipais. Em referido artigo estava previsto também que seriam “*destinadas as contribuições dos servidores e do município correspondente a oito e meio por cento e doze e meio por cento, respectivamente, do vencimento do servidor*” (fl. 56).

Ainda, o referido artigo 31 da Lei sob comento, determina, no seu parágrafo único, que “*para a gestão do Fundo é necessária a edição da Lei Complementar específica, nos termos do art. 202, da Constituição Federal*” (fl. 56). E o art. 202 da Constituição Federal prevê que o regime facultativo de previdência privada, autônomo em relação ao regime geral da previdência social, será baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado, e regulado por lei complementar.

Pela análise da legislação acima indicada, entendo que o reclamante não logra êxito na sua pretensão. É que não há nos autos prova de que o Município tenha editado Lei Complementar a regular a previdência privada por ele prevista e nem tenha constituído reservas para a garantia de benefícios. Também não há prova de que o reclamante, assim, como os demais servidores municipais tenham feito recolhimento das contribuições devidas ao Fundo de Previdência privada, a fim de ter direito ao benefício pago diretamente pelo Fundo criado pelo Município. Veja que se o Fundo de Previdência Social tivesse realmente em atividade, apenas dois anos após de recolhimento, teria o reclamante direito a aposentadoria com proventos integrais, uma vez que requereu aposentadoria em setembro de 1995 (fl. 61).

Mas, além de todos esses obstáculos, há um óbice de ordem legal que supera todos os demais. É que não há prova nos autos de que

o reclamante tenha se submetido a concurso público para ingresso na administração pública municipal (veja que não há essa informação no documento de fl. 48) e o seu contrato era regime pelo regime celetista (fls. 66/74), não sendo, portanto, cabível a simples transmutação do regime celetista para o estatutário com aplicação a si de forma imediata da Lei que instituiu o Regime Jurídico Único. O simples fato de ser criada lei municipal instituindo o Regime Jurídico Único para todos os funcionários municipais não tem o condão de mudar, *de per si*, o regime jurídico daqueles que adentraram nos quadros do município sem concurso público. Este tem sido o entendimento consagrado pelos tribunais, inclusive os superiores, como o C. TST e STF.

Na ADIN n. 1150-2, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a transformação de regime celetista para estatutário requer necessariamente a condição de aprovação em concurso público, inclusive nas hipóteses em que houve o ingresso antes do advento da Constituição Federal/88, pois o regime estatutário é eminentemente formal e como tal, para ocupar cargo efetivo, necessariamente, se exige o concurso público.

Nesse sentido, a Súmula n. 07 do Eg. Regional da 22ª Região: **TRANSMUDAÇÃO DE REGIME SEM CONCURSO PÚBLICO. IMPOSSIBILIDADE. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO.** O trabalhador investido em cargo público sem observância do requisito constitucional da aprovação prévia em concurso público (art. 37, II, da CF/88) enquadra-se na regra geral do regime celetista, situação que não se altera em virtude de lei da unidade federada que institui regime estatutário no ente público. Competência da Justiça do Trabalho.

Nesse diapasão, não estava o autor regulado pelo Regime Jurídico Único (Lei n. 185/93), devendo, então, a sua aposentadoria

ter sido buscada junto ao Regime Geral de Previdência Social. Por tudo acima dito, a aposentadoria concedida pelo Município, com esteio em previdência privada municipal, criada em Lei que instituiu o Regime Jurídico Único (Lei n. 185/1993), apresenta-se irregular, razão pela qual julgo improcedente o pedido objeto da presente reclamação trabalhista.

2.4 BENEFÍCIO DA JUSTIÇA GRATUITA

A parte reclamante requer, à fl. 46 da sua peça de ingresso, o benefício da Justiça Gratuita por não ter condições de arcar com as custas do processo. Nos termos da Lei n. 1.060/50 (arts. 2º, parágrafo único, e 4º), o benefício da assistência gratuita deve ser concedido a quem, mediante simples indicação na petição inicial, indicar não estar em condições de demandar em juízo sem prejuízo próprio ou da sua família, como alegado pela reclamante. Assim, basta a declaração de miséria na inicial para a concessão do benefício (OJ 331 da SDI-1 do TST). Defiro, pois, o pleito com fulcro na Lei acima citada e no art 790, § 3º da CLT.

3. DISPOSITIVO

Ante o acima exposto e o que mais dos autos consta, decide este Juízo da Vara do Trabalho de Corrente, declarando, a prescrição bial em relação ao pedido de indenização por danos morais, e prescritas as parcelas, prescritíveis e exigíveis, anteriores a 20/07/2002, à exceção do FGTS, cuja prescrição é trintenária, e anotação da CTPS, que é imprescritível, extinguindo o processo, com resolução do mérito, em relação a tais parcelas, nos termos do art. 7º, XXIX, da CF c/c os arts. 269, IV, e 219, §5º, ambos do CPC, aplicado supletivamente (art. 769, CLT), julgar IMPROCEDENTE o pedido objeto da reclamação trabalhista proposta por JURANDIR CARVALHO DE LACERDA

contra o MUNICÍPIO DE CORRENTE, em razão da irregularidade da concessão da aposentaria com espeque em Fundo Municipal de Previdência Social (previdência privada), previsto na Lei n. 0185/1993.

Tudo em fiel observância à fundamentação supra e que passa a integrar o presente dispositivo como se nele estivesse transcrito.

Concedido ao reclamante o benefício da justiça gratuita.

Custas processuais, pelo reclamante, no valor de R\$10,64 (dez reais e sessenta e quatro centavos), calculadas sobre o valor dado à causa e nos termos do art. 789, *caput*, da CLT, dispensadas em face da gratuidade da justiça concedida ao reclamante.

Publique-se. Registre-se.

Dê-se ciência às partes.

E para constar, a presente ata vai assinada por quem de direito.

REGINA COELLI BATISTA DE MOURA CARVALHO
Juíza do Trabalho

**DECISÕES
ADMINISTRATIVAS**

SECRETARIA DO TRIBUNAL PLENO
RESOLUÇÃO ADMINISTRATIVA Nº 28/2009

**Disciplina a criação, instalação e funcionamento
de Postos Avançados da Justiça do Trabalho
no âmbito do TRT da 22ª Região.**

Certifico que o Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da Vigésima Segunda Região, em Sessão Administrativa hoje realizada, sob a Presidência do Exmo. Sr. Desembargador Manoel Edilson Cardoso, presentes os Exmos. Srs. Desembargadores Wellington Jim Boavista (Vice-Presidente), Laercio Domiciano, Francisco Meton Marques de Lima, Fausto Lustosa Neto, Enedina Maria Gomes dos Santos, Liana Chaib e Arnaldo Boson Paes, bem como o Exmo. Sr. Procurador Regional do Trabalho Marco Aurélio Lustosa Caminha, representante do Ministério Público do Trabalho, apreciando o Processo Administrativo nº 265/2009 e,

CONSIDERANDO as imensas distâncias rodoviárias e a precariedade das estradas no Estado do Piauí, que possui um vasto espaço territorial de 251.311,5 km²;

CONSIDERANDO a criação insuficiente de Varas do Trabalho no Estado do Piauí por meio da Lei 10.770/2003;

CONSIDERANDO a baixa renda do trabalhador piauiense que dificulta a contratação de advogados e o seu traslado de seu município às sedes das Varas do Trabalho;

CONSIDERANDO a reforma do Poder Judiciário por meio da Emenda Constitucional nº 45/2004 que, em linhas gerais, dotou os

Tribunais de novos mecanismos para maximizar os serviços judiciários visando uma prestação jurisdicional mais efetiva, real e eficiente, tais como a justiça itinerante e a faculdade de o próprio Tribunal funcionar descentralizadamente por meio de câmara regionais;

CONSIDERANDO que a criação de postos avançados se alinha a esse novo modelo constitucional de um judiciário mais pró-ativo, assumindo a condição de protagonista do fenômeno judicial;

CONSIDERANDO que os Municípios de Uruçuí e de Bom Jesus constituem centros dinâmicos da região do cerrado piauiense e representam áreas de desenvolvimento agrícola com grande produção de grãos, em especial soja;

CONSIDERANDO que o Município de Valença constitui também pólo de comércio, figurando como centro regional para municípios vizinhos;

CONSIDERANDO, por fim, a aprovação parcial, por parte do Conselho Superior da Justiça do Trabalho e do Órgão Especial do C. TST, do projeto de ampliação do quadro de pessoal deste Regional, no sentido de ser encaminhado projeto de lei de criação de 03 (três) Varas do Trabalho nos Municípios de Uruçuí, Bom Jesus e Valença;

RESOLVE, por unanimidade, **APROVAR** a Proposição do Gabinete da Presidência de criação dos Postos Avançados de Atendimento da Justiça do Trabalho no âmbito do TRT da 22ª Região, nos Municípios de Bom Jesus, Uruçuí e Valença, nos termos da regulamentação seguinte:

Art. 1º - Instituir Postos Avançados da Justiça do Trabalho nos Municípios de Bom Jesus, Uruçuí e Valença, vinculados às Varas do Trabalho de Corrente, Floriano e Oeiras, respectivamente, com a

finalidade de receber as ações trabalhistas, protocolizar petições e realizar audiências e demais funções de atividade jurisdicional, nos limites dos municípios que integram a jurisdição de cada Vara citada.

Art. 2º - A prestação jurisdicional nos Postos Avançados criados será exercida pelo Juiz Titular da respectiva Vara ou por um Juiz do Trabalho Substituto, designado especificamente para este fim.

§ 1º - As pautas das audiências, a serem realizadas nos Postos Avançados, deverão ser elaboradas com periodicidade necessária conforme o volume de serviço dos respectivos postos, de forma a não prejudicar os prazos legais.

§ 2º - As reclamações distribuídas serão protocolizadas, autuadas e registradas na secretaria de cada Posto Avançado, seguindo numeração corrente da Vara do Trabalho ao qual está vinculada.

§ 3º - Os atos relativos àqueles feitos, que não puderem ser realizados no Posto Avançado, deverão ser praticados nas respectivas Varas do Trabalho.

§ 4º - Para as notificações ou intimações que devam ser realizadas por mandado, o Juiz da Vara do Trabalho ao qual está vinculado o Posto Avançado poderá designar oficial de Justiça *ad hoc*, encargo que deverá recair entre os servidores lotados no Posto.

§ 5º - Os processos em tramitação nas Varas do Trabalho referidas no art. 1º poderão ser remetidos para os respectivos Postos Avançados, se assim o requererem as partes e entender o Juiz Titular da Vara do Trabalho.

Art. 3º - Os Postos Avançados da Justiça do Trabalho funcionarão prioritariamente em espaço cedido por instituições públicas,

servindo-se de equipamentos públicos e comunitários, ficando condicionado à prévia celebração de acordo de cooperação firmado entre o Tribunal e o órgão cedente do espaço físico.

§ 1º - Ficará a cargo da Presidência do Tribunal Regional do Trabalho da 22ª Região a designação dos servidores que atuarão nos Postos Avançados, conforme a demanda processual e a necessidade dos serviços judiciários.

Art. 4º - As controvérsias decorrentes da aplicação desta Resolução serão resolvidas pela Presidência deste Regional ou pelos Juízes Titulares das respectivas Varas do Trabalho, nos limites da competência de cada um.

Art. 5º - Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Teresina, 04 de maio de 2009 (segunda-feira).

Flávia Silvana Tavares Braga
Secretária Substituta do Tribunal Pleno

***Certifico que a R.A. nº 28/2009 foi publicada no DEJT nº 175, disponibilizado na internet dia 12.05.2009 (terça-feira) e republicada por incorreção no DEJT nº 178, disponibilizado na internet dia 15.05.2009 (sexta-feira). Considerando-se como data da publicação o dia 18.05.2009 (segunda-feira), conforme § 1º, do art. 4º da R.A.-TRT 22 nº 114/2007.**

SECRETARIA DO TRIBUNAL PLENO
RESOLUÇÃO ADMINISTRATIVA Nº 101/2009

Certifico que o Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da Vigésima Segunda Região, em Sessão Administrativa hoje realizada, sob a Presidência do Exmo. Sr. Desembargador Manoel Edilson Cardoso, presentes os Exmos. Srs. Desembargadores Wellington Jim Boavista, Francisco Meton Marques de Lima, Fausto Lustosa Neto e Enedina Maria Gomes dos Santos, bem como o Exmo. Sr. Procurador do Trabalho João Batista Luzardo Soares Filho, representante do Ministério Público do Trabalho, apreciando o processo administrativo nº **693/2009**, **RESOLVE**, por unanimidade, **AUTORIZAR** a publicação de edital de abertura de processo de remoção para o Tribunal Regional do Trabalho da 22ª Região, em 3 (três) cargos vagos de Juiz do Trabalho Substituto, observados os critérios preconizados na Resolução nº 21/2006 d o Conselho Superior da Justiça do Trabalho (CSJT). Ausentes os Exmos. Srs. Desembargadores Laercio Domiciano (férias), Liana Chaib (justificadamente) e Arnaldo Boson Paes (justificadamente).

Teresina, 16 de dezembro de 2009 (quarta-feira).

Álvaro Jaffé Cruz Barros
Secretário Substituto do Tribunal Pleno

ANEXO À RESOLUÇÃO ADMINISTRATIVA Nº 101/2009

E D I T A L

O Desembargador Presidente do Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 22ª Região, no uso de suas atribuições legais e regimentais, resolve tornar público o EDITAL DE ABERTURA DE PROCESSO DE REMOÇÃO para o Tribunal Regional do Trabalho da 22ª Região, no cargo de Juiz do Trabalho Substituto.

I. O processo de remoção obedecerá aos critérios preconizados na Resolução nº 21/2006, do Colendo Conselho Superior da Justiça do Trabalho, publicada no Diário da Justiça da União em 02/06/2006, observada a errata publicada em 29/06/2006;

II. O referido processo destina-se ao provimento de 03 (três) cargos vagos no âmbito deste Regional;

III. Os requerimentos de inscrição deverão ser formulados à Presidência deste Tribunal, no prazo de 30 (trinta) dias, contados da publicação do edital, considerando-se a data do protocolo neste Regional ou da postagem junto aos correios, e endereçados à Secretaria-Geral da Presidência, na Rua 24 de Janeiro, 181, Centro, CEP 64.000-921, Teresina-PI;

IV. Os requerimentos deverão ser instruídos **com certidão expedida pelo Órgão de origem, contendo as seguintes informações acerca do interessado:**

a. obtenção do vitaliciamento;

R. TRT da 22ª Região	Teresina	v. 6	n. 1	p.465 - 467	jan. / dez. 2009
----------------------	----------	------	------	-------------	------------------

- b. de formulação de pedido de remoção junto à origem;
- c. de que não responde a processo disciplinar;
- d. de que não retém, injustificadamente, autos em seu poder além do prazo legal

V. A ausência de quaisquer das informações elencadas no item anterior acarretará o indeferimento da inscrição.

VI. Publique-se no Diário Oficial da União.

Teresina, 16 de dezembro de 2009.

MANOEL EDILSON CARDOSO
Desembargador-Presidente

**Certifico que a R.A. nº 101/2009 foi publicada no DEJT nº 324, disponibilizado na internet dia 17.12.2009 (quinta-feira). Considerando-se como data da publicação o dia 18.12.2009 (sexta-feira), conforme § 1º, do art. 4º da R.A. - TRT 22 nº 114/2007.*

***Certifico que o Anexo da R.A. nº 101/2009 foi publicada no D.O.U. nº 241, Seção 2, página 48, disponibilizado na internet dia 17.12.2009 (quinta-feira). Considerando-se como data da publicação o dia 18.12.2009 (sexta-feira), nos termos do art. 4º, §3º da Lei nº 11.419/2006.*

NOTICIÁRIO

CURSOS OFERECIDOS EM 2010

II CONGRESSO BRASILEIRO DE FILOSOFIA DO DIREITO - OS FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS DO DIREITO -

De 08 a 10 de abril de 2010

O evento contou com mais de 600 participantes entre magistrados, advogados, filósofos estudantes dos mais variados cursos acadêmicos.

Realização

Tribunal Regional do Trabalho da 22ª Região - Piauí, da Escola Judicial do TRT da 22ª Região, da Associação dos Magistrados do Trabalho do Piauí - AMATRA XX e da Academia Piauiense de Letras Jurídicas - APLJ.

Objetivos

Discutir a atualização e o aprofundamento de conhecimento da filosofia do direito, uma das bases fundamentais do direito como um todo.

PROGRAMAÇÃO

(Quinta-feira) 08/04/2010

18h 00min - Solenidade de Abertura

Lançamento do livro: Repensando a doutrina trabalhista: O neotrabalhismo em contraponto ao neoliberalismo: Francisco Gerson Marques de Lima; Francisco Meton Marques de Lima. Sandra Helena Lima Moreira. Editora Ltr.

19h00min - Conferência: HERMENÊUTICA - R. DWORKIM E O CONCEITO DE INTERPRETAÇÃO

Expositor: Fernando Augusto da Rocha Rodrigues

Presidente da mesa: Desembargadora Liana Chaib - TRT/22 - PIAUI

(Sexta-feira) 09/04/2010

8h30min - Conferência - ÉTICA - ÉTICA EM SPINOSA

Expositor: Newton Rodrigues Clark - Professor ICF

Presidente da mesa: Acadêmico Marcelino Barroso Leal

9h45min - Painel: DECISÃO JUDICIAL ATIVISMO JUDICIAL X LEGITIMIDADE

Presidente da mesa: Juíza Syulvia Helena Nunes Miranda

Expositor: Francisco Gerson Marques de Lima - professor doutor da UFC

Expositor : Acadêmico Nelson Nery Costa

Expositor : Nelson Juliano Cardoso Matos - Professor doutor da UFPI
Debates

15h 00min- Painel: OS VALORES COMO FUNDAMENTO DE VALIDEZ DO DIREITO

Presidente da mesa: Juiz Carlos Wagner Araújo Nery da Cruz

Expositor: Acadêmico Edílson Farias

Expositor: Acadêmico Robertônio Pessoa

Expositor: Acadêmico Fernando Santos

17h 00min - Conferência: DIREITO - O PENSAMENTO JURÍDICO CONTEMPORÂNEO

Expositor: João Murício Adeodato - Professor Doutor da UFPE

Presidente da mesa: Efrem Paulo Portirio de Sá Lima - Professor da UFPI

(Sábado) 10/04/2010

8h30min Conferência: FATO JURÍDICO - A FORÇA NORMATIVA DOS FATOS

Expositor: Adalberto Antônio Batista Arcelo - Professor Doutor da PUC/MG

Presidente da mesa: Acadêmica Fides Angélica V. M. Omatti

10h30min Conferência: - A ÉTICA DAS VIRTUDES X A ÉTICA DOS DEVERES

Expositor: Ives Gandra da Silva Martins Filho - Ministro do TST e Conselheiro do CNJ (Conselho Nacional de Justiça)

Presidente da mesa: Acadêmico Francisco Meton Marques de Lima - Desembargador TRT/PI.

IV CURSO DE DESENVOLVIMENTO GERENCIAL

Treinamento voltado para servidores designados para o exercício do cargo de gestor.

Ministrante: Thaís Virgínia Sucupira Kampf, Psicóloga e mestre em Administração pela Universidade Federal da Paraíba.

O curso teve como foco o desenvolvimento de competências técnicas e comportamentais associadas à gestão pública contemporânea.

TREINAMENTOS PARA UTILIZAÇÃO DO SISTEMA DE PROCESSO VIRTUAL

Treinamentos para magistrados, servidores e advogados para o manuseio do sistema de processo virtual, o APT Virtual (Acompanhamento de Processo Virtual), implantado no TRT/PI.

Os cursos foram ministrados pelos magistrados piauienses Tibério Vilar (Juiz Titular da Vara do Trabalho de Piri-piri); Roberto Wanderley Braga (Juiz Substituto da 4ª Vara de Teresina), pelo assistente-chefe da Seção de Desenvolvimento do Sistema Jurídico, José de Anchieta, com o apoio dos servidores do serviço de informática do TRT/PI.

CURSO “EFETIVIDADE NA EXECUÇÃO TRABALHISTA”

PALESTRANTE

Maria Zuíla, Juíza do Trabalho da 8ª região (PA)

Magistrados e servidores discutiram melhorias e aperfeiçoamentos a fim de garantir ainda mais qualidade na prestação jurisdicional, especificamente na fase de execução.

A Juíza do Trabalho da 8ª região (PA), Maria Zuíla, ministrou as 6 horas-aula do curso, fornecendo conteúdos importantes que irão fomentar mudanças nos índices de execução da Justiça Trabalhista Piauiense.

CURSO BÁSICO DE TÉCNICAS OPERACIONAIS DE SEGURANÇA

MINISTRANTE: Joable Carvalho, inspetor da Polícia Rodoviária Federal - 17ª Superintendência.

Em 20 horas-aula foram ministradas aulas sobre os aspectos legais, direitos humanos e socorrismo, para os agentes de segurança do TRT/PI.

CURSO DE LEGISLAÇÃO DE PESSOAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Voltado para os servidores do TRT/PI que atuam na área administrativa o curso abordou as principais atualizações da lei 8112/90.

Em 24 horas-aula foram comentados diversos conteúdos inerentes às atividades do servidor como formas de provimento, vacância, remuneração, licenças, seguridade social, entre outros.

WORKSHOP “GESTÃO DE PROCESSOS E GERENCIAMENTO DE ROTINAS”

Organizado pelo Núcleo de Estatística e Gestão Estratégica (Nucege) do TRT-PI, o workshop teve como objetivo o cumprimento da meta 5 do CNJ, que estabelece a implantação de método de gerenciamento de rotinas (gestão de processos de trabalho) em pelo menos 50% das unidades judiciárias de 1º grau. O evento foi ministrado pelo assessor de estatística e gestão estratégica do TRT 20ª Região (Sergipe), Adriano Leão Venceslau.

NOVEMBRO DE 2010: TRT/PI INAUGURA PRÉDIO-SEDE DA ESCOLA JUDICIAL

O Tribunal Regional do Trabalho da 22ª Região - Piauí ganhou uma sede própria da Escola Judicial (Ejud). O prédio da escola foi construído no Complexo Administrativo do TRT/PI, localizado na Rua João da Cruz Monteiro, 1694, Cristo Rei, Teresina, Piauí

A Escola Judicial promove a formação, o aperfeiçoamento profissional e o desenvolvimento gerencial de magistrados e servidores visando a melhoria dos serviços para a sociedade.

O prédio amplo é capaz de atender todas as atividades desenvolvidas pela escola, de forma adequada. Possui quase 800 metros quadrados e área construída, incluindo três salas de aula, sala de professores, biblioteca e um auditório com 300 lugares.

O valor da obra foi R\$ 1.335.21,72 e os recursos orçamentários que viabilizaram a obra são oriundos da apreciação de causas da Justiça do Trabalho e de acordos firmados com Caixa Econômica Federal e Banco do Brasil.

CURSO HERMENÊUTICA TRABALHISTA - UMA NOVA CRÍTICA À INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DA NORMA TRABALHISTA

O curso Hermenêutica Trabalhista - Uma Nova Crítica à Interpretação e Aplicação da Norma Trabalhista abordou a evolução do direito para um novo sentido da norma jurídica, o qual não está restrito ao texto, e foi ministrado pelo juiz do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região (PB), Arnaldo José do Amaral.

CURSO DE TÉCNICAS CONCILIATÓRIAS

Ministrado pela juíza titular da 35ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte (MG), Adriana Goulart de Sena, o curso foi destinado magistrados, servidores e estagiários.

A proposta foi aperfeiçoar e dinamizar as ações conciliatórias praticadas pela Justiça do Trabalho do Piauí.

PAINEL: TUTELA DE DIREITOS METAINDIVIDUAIS: DESAFIOS E PERSPECTIVAS

Ministrado pelo professor da Universidade de Brasília e membro do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, doutor Guilherme Fernandes Neto, o painel: Tutela de Direitos Metaindividuais: Desafios e Perspectivas foi destinado a magistrados, servidores e convidados.

OFICINA DE JUSTIFICAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL

Ministrado pelo Des. Federal do TRT 22ª Região – PI, Francisco Meton Marques de Lima, o curso objetivou capacitar e reciclar juízes, servidores e advogados sobre a justificação da decisão judicial.

OFICINA SOBRE CUMPRIMENTO DE MANDADOS JUDICIAIS

Ministrado pelos oficiais de justiça Berta Maria Leal e José Zito Magalhães Neto, do TRT/PI, o curso abordou temas como direitos inerentes ao cargo de oficial de Justiça, modalidades e prazos para cumprimento de mandados, tipos de penhora.

TREINAMENTO PARA USO DO MALOTE DIGITAL

Curso destinado a servidores e magistrados para utilização do Malote Digital - sistema desenvolvido pela Justiça do Rio Grande do Norte e cedido para o CNJ (Conselho Nacional de Justiça).

O Malote é classificado como um conjunto de sistemas computacionais que possui a finalidade de organizar, agilizar, armazenar e facilitar a troca de correspondências oficiais. Na prática ele agiliza, com valor oficial, o andamento dos processos correspondências.

SAÚDE MENTAL NO MUNDO CORPORATIVO O QUE É E COMO ADMINISTRÁ-LA

Gestores do Tribunal Regional do Trabalho participaram do curso de capacitação em saúde mental ministrado pela psicóloga Roberta Melo, do Hospital São Marcos.

A proposta foi fazer com que gestores e servidores possam compreender a importância da saúde mental no trabalho e saibam como lidar com as mais diversas situações no dia-a-dia.

PALESTRA: SENTENÇA LÍQUIDA - CONVENIÊNCIA E POSSIBILIDADE

O desembargador Osmair Couto, vice-presidente do TRT da 23ª Região (Mato Grosso) ministrou palestra sobre Sentença Líquida - Conveniência e Possibilidade para magistrados e servidores do TRT/PI.

A palestra atendeu às sugestões da Corregedoria Geral da Justiça do Trabalho e permitiu aos juízes do trabalho conhecer a experiência do TRT da 23ª região referente à implantação do sistema sentença líquida que gera economia processual e rapidez nas prestações jurisdicionais, proporcionando assim benefícios à sociedade.

CURSO SOBRE ELABORAÇÃO DE SENTENÇAS COM A UTILIZAÇÃO DO SISTEMA “JUS REDATOR”

O juiz do Trabalho Denílson Bandeira Coelho, titular da 4ª Vara do Trabalho de Brasília (DF) e o analista de sistemas do TRT da 10ª Região, Gilberto Sena Rios, ministraram o curso sobre elaboração de sentenças com a utilização do sistema “Jus Redator”.

O “Jus Redator” tem o objetivo facilitar a elaboração de decisões judiciais com maior agilidade.

A proposta é centralizar em um único sistema todas as ferramentas que o juiz precisa para proferir sentenças, dando assim, mais celeridade no ato de julgar e por conseqüência ao processo. O software auxilia na elaboração de sentenças e outras decisões, além de disponibilizar calculadoras de jornada de trabalho e de prazo processual.

WORKSHOP “SAÚDE NO TRABALHO: UMA VISÃO HOLÍSTICA”

Profissionais de diversas áreas de saúde ministraram o workshop “Saúde no Trabalho: uma visão holística”, a fim de esclarecer dúvidas e melhorar a qualidade de vida dos servidores do Tribunal. O evento faz parte do programa TRT Cuidando de Você.

CURSO BÁSICO DE TÉCNICAS OPERACIONAIS DE SEGURANÇA

Ministrado pela 17ª superintendência do Departamento da Polícia Rodoviária Federal (PRF), o curso básico de técnicas operacionais de segurança é realizado anualmente desde 2008 e possui objetivo de capacitação dos agentes de segurança do TRT/PI, além de possibilitar atualização dos conhecimentos para o exercício de suas atividades.

Em cinco módulos, os agentes tiveram aulas sobre direção defensiva, proteção de autoridades, direitos humanos, aspectos legais e socorrismo. O curso busca estabelecer como deve atuar um agente de segurança dentro das mais diferentes situações, priorizando o diálogo e promoção da não violência.



**REVISTA DO
TRIBUNAL REGIONAL DO
TRABALHO DA 22ª REGIÃO**