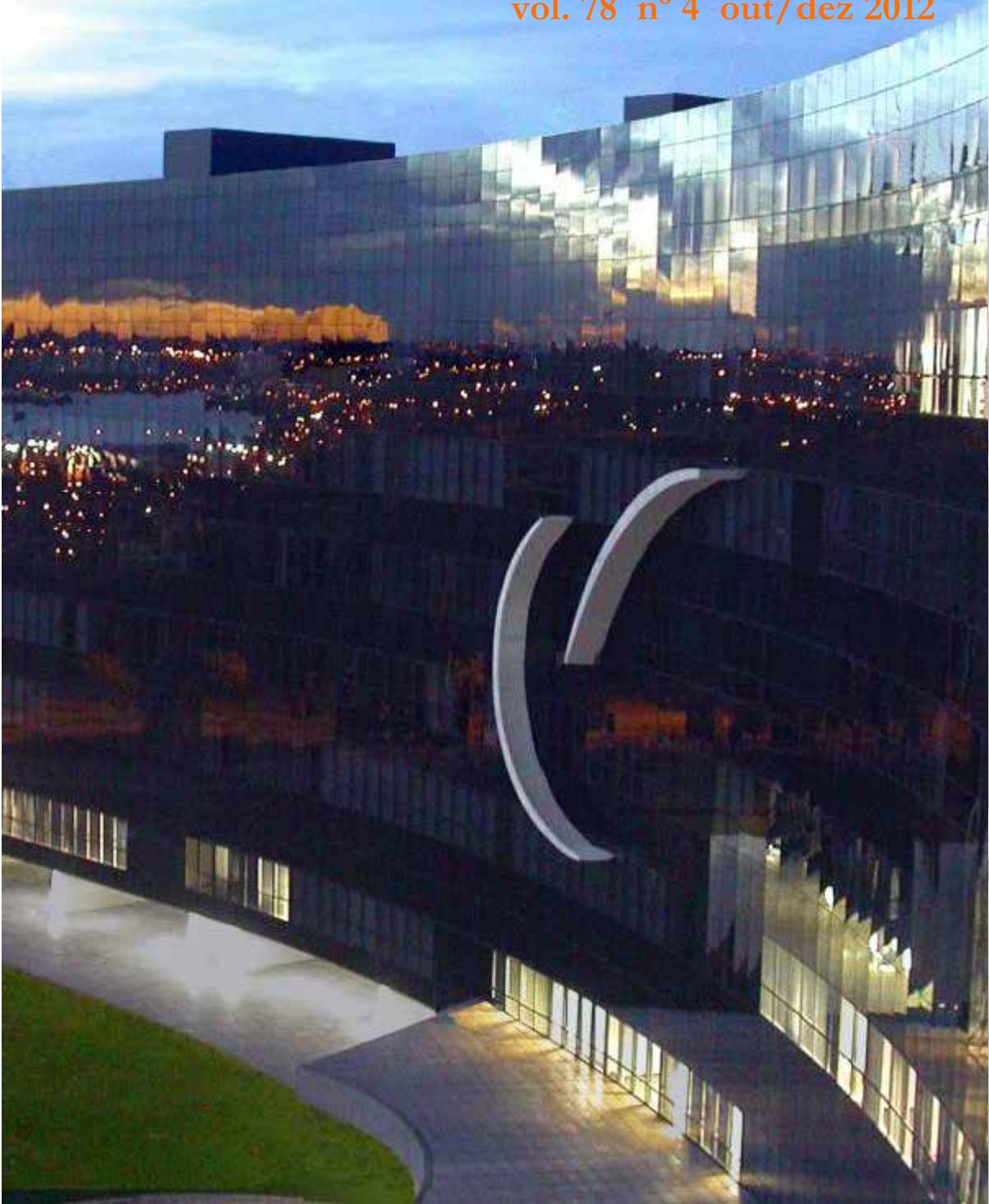


Revista do Tribunal Superior do Trabalho

vol. 78 nº 4 out/dez 2012



Revista do Tribunal Superior do Trabalho



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

Revista do Tribunal Superior do Trabalho

Ministro João Oreste Dalazen
Presidente

Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi
Vice-Presidente

Ministro Antônio José de Barros Levenhagen
Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho

Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho *(presidente)*

Ministro Walmir Oliveira da Costa

Ministro Augusto César Leite de Carvalho

Ministra Maria de Assis Calsing *(suplente)*

Comissão de Documentação

Ano 78 – nº 4 – out. a dez. – 2012

LEX MAGISTER

PRODUTOS JURÍDICOS

Rua da Consolação, 77 – 9º andar – CEP 01301-000 – São Paulo-SP
comercial@lex.com.br – www.lex.com.br

Revista do Tribunal Superior do Trabalho / Tribunal Superior do Trabalho. – Vol. 21, n. 1 (set./dez. 1946) – Rio de Janeiro : Imprensa Nacional, 1947-.

v.

Trimestral.

Irregular, 1946-1968; suspensa, 1996-1998; trimestral, out. 1999-jun. 2002; semestral, jul. 2002-dez. 2004; quadrimestral, maio 2005-dez. 2006.

Continuação de: Revista do Conselho Nacional do Trabalho, 1925-1940 (maio/ago.).

Coordenada pelo: Serviço de Jurisprudência e Revista, 1977-1993; pela: Comissão de Documentação, 1994-.

Editores: 1946-1947, Imprensa Nacional; 1948-1974, Tribunal Superior do Trabalho; 1975-1995, LTr; out. 1999-mar. 2007, Síntese; abr. 2007- jun. 2010, Magister; jul. 2010- , Lex.

ISSN 0103-7978

1. Direito do Trabalho. 2. Processo Trabalhista. 3. Justiça do Trabalho – Brasil. 4. Jurisprudência Trabalhista – Brasil. I. Brasil. Tribunal Superior do Trabalho.

CDU 347.998.72(81)(05)

Coordenação: Comissão de Documentação

Organização e Supervisão: Ana Celi Maia de Miranda

Revisão: José Geraldo Pereira Baião

Capa: Ivan Salles de Rezende (sobre foto de Marta Crisóstomo)

Editoração Eletrônica: Editora Magister

Os artigos publicados com assinatura não traduzem a opinião do Tribunal Superior do Trabalho. Sua publicação obedece ao propósito de estimular o debate sobre questões jurídicas relevantes para a sociedade brasileira e de refletir as várias tendências do pensamento jurídico contemporâneo. Instruções para submissão de artigo encontram-se no link “Revista do TST” na página www.tst.jus.br.

Tribunal Superior do Trabalho

Setor de Administração Federal Sul

Quadra 8, lote 1, bloco “B”, mezanino

70070-600 – Brasília – DF

Fone: (61) 3043-3056

E-mail: revista@tst.jus.br

Internet: www.tst.jus.br

Lex Editora S.A.

Rua da Consolação, 77 – 9º andar

01301-000 – São Paulo-SP

Fone: (11) 2126-9000

Assinaturas:

comercial@lex.com.br

www.lex.com.br

**Composição do
Tribunal Superior do Trabalho**

Tribunal Pleno

Ministro João Oreste Dalazen, Presidente do Tribunal
Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Vice-Presidente do Tribunal
Ministro Antônio José de Barros Levenhagen, Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho
Ministro Carlos Alberto Reis de Paula
Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho
Ministro João Batista Brito Pereira
Ministro Renato de Lacerda Paiva
Ministro Emmanoel Pereira
Ministro Lelio Bentes Corrêa
Ministro Aloysio Silva Corrêa da Veiga
Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho
Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira
Ministra Maria de Assis Calsing
Ministra Dora Maria da Costa
Ministro Pedro Paulo Teixeira Manus
Ministro Fernando Eizo Ono
Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos
Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro
Ministro Walmir Oliveira da Costa
Ministro Mauricio Godinho Delgado
Ministra Kátia Magalhães Arruda
Ministro Augusto César Leite de Carvalho
Ministro José Roberto Freire Pimenta
Ministra Delaíde Alves Miranda Arantes
Ministro Hugo Carlos Scheuermann
Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte

Órgão Especial

Ministro João Oreste Dalazen, Presidente do Tribunal
Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Vice-Presidente do Tribunal
Ministro Antônio José de Barros Levenhagen, Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho
Ministro Carlos Alberto Reis de Paula
Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho
Ministro João Batista Brito Pereira

Ministro Renato de Lacerda Paiva
Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho
Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira
Ministra Dora Maria da Costa
Ministro Fernando Eizo Ono
Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos
Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro
Ministro Walmir Oliveira da Costa

Seção Especializada em Dissídios Coletivos

Ministro João Oreste Dalazen, Presidente do Tribunal
Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Vice-Presidente do Tribunal
Ministro Antônio José de Barros Levenhagen, Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho
Ministra Maria de Assis Calsing
Ministro Fernando Eizo Ono
Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro
Ministro Walmir Oliveira da Costa
Ministro Mauricio Godinho Delgado
Ministra Kátia Magalhães Arruda

Subseção I da Seção Especializada em Dissídios Individuais

Ministro João Oreste Dalazen, Presidente do Tribunal
Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Vice-Presidente do Tribunal
Ministro Antônio José de Barros Levenhagen, Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho
Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho
Ministro João Batista Brito Pereira
Ministro Renato de Lacerda Paiva
Ministro Lelio Bentes Corrêa
Ministro Aloysio Silva Corrêa da Veiga
Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho
Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira
Ministra Dora Maria da Costa
Ministro Augusto César Leite de Carvalho
Ministro José Roberto Freire Pimenta
Ministra Delaíde Alves Miranda Arantes

Subseção II da Seção Especializada em Dissídios Individuais

Ministro João Oreste Dalazen, Presidente do Tribunal

Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Vice-Presidente do Tribunal

Ministro Antônio José de Barros Levenhagen, Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho

Ministro Carlos Alberto Reis de Paula (Afastado temporariamente da jurisdição – Membro do CNJ)

Ministro Emmanoel Pereira

Ministro Pedro Paulo Teixeira Manus

Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos

Ministro Hugo Carlos Scheuermann

Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte

Primeira Turma

Ministro Lelio Bentes Corrêa, Presidente

Ministro Walmir Oliveira da Costa

Ministro Hugo Carlos Scheuermann

Segunda Turma

Ministro Renato de Lacerda Paiva, Presidente

Ministro José Roberto Freire Pimenta

Desembargadora Maria das Graças Silvany Dourado Laranjeira (Convocada)

Terceira Turma

Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, Presidente

Ministro Mauricio Godinho Delgado

Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte

Quarta Turma

Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Presidente

Ministra Maria de Assis Calsing

Ministro Fernando Eizo Ono

Quinta Turma

Ministro João Batista Brito Pereira, Presidente

Ministro Emmanoel Pereira

Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos

Sexta Turma

Ministro Aloysio Silva Corrêa da Veiga, Presidente

Ministra Kátia Magalhães Arruda

Ministro Augusto César Leite de Carvalho

Sétima Turma

Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho, Presidente

Ministro Pedro Paulo Teixeira Manus

Ministra Delaíde Alves Miranda Arantes

Oitava Turma

Ministro Carlos Alberto Reis de Paula (Afastado temporariamente da jurisdição – Membro do CNJ)

Ministra Dora Maria da Costa, Presidente (art. 80, § 1º, RITST)

Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro

Desembargadora Maria Laura Franco Lima de Faria (Convocada)

Ministros do Tribunal Superior do Trabalho



JOÃO ORESTE DALAZEN
Presidente



CRISTINA PEDUZZI
Vice-Presidente



BARROS LEVENHAGEN
Corregedor-Geral



CARLOS ALBERTO



IVES GANDRA FILHO



BRITO PEREIRA



RENATO PAIVA



EMANOEL PEREIRA



LELIO BENTES



ALOYSIO VEIGA



VIEIRA DE MELLO
FILHO



ALBERTO BRESCIANI



MARIA DE ASSIS
CALSING



DORA COSTA



PEDRO PAULO MANUS



FERNANDO EIZO ONO



GUILHERME
CAPUTO BASTOS



MÁRCIO EURICO
VITRAL AMARO



WALMIR OLIVEIRA
DA COSTA



MAURÍCIO GODINHO
DELGADO



KÁTIA MAGALHÃES
ARRUDA



AUGUSTO CÉSAR
LEITE DE CARVALHO



JOSÉ ROBERTO
FREIRE PIMENTA



DELAÍDE ALVES
MIRANDA ARANTES



HUGO CARLOS
SCHEUERMANN



ALEXANDRE AGRA
BELMONTE

Sumário

DOCTRINAS

1. Sindicalismo e direito de greve dos servidores públicos: aplicação da Convenção nº 151 da OIT na regulamentação do inciso VII do art. 37 da CF/88
Adriano Martins de Paiva17
2. A Súmula nº 277 e a defesa da Constituição
Augusto César Leite de Carvalho, Kátia Magalhães Arruda e Mauricio Godinho Delgado33
3. Notas sobre o sistema recursal do projeto de Código de Processo Civil e o Processo do Trabalho
Estêvão Mallet.....53
4. A fixação da compensação por danos morais decorrentes de acidente de trabalho após a EC 45: dicotomias do passado e seus reflexos no presente
Fábio Luis Furrier 70
5. Efeito prospectivo na alteração de súmulas pelos Tribunais Superiores: uma abordagem à luz do embate entre os anseios fundamentais de justiça e segurança jurídica
Flávia Moreira Guimarães Pessoa96
6. Da intenção ao resultado: a redução da competência da Justiça do Trabalho pela jurisprudência dos Tribunais Superiores
Hugo Cavalcanti Melo Filho 112
7. As contribuições previdenciárias na Justiça do Trabalho
Ivan Kertzman 135
8. A submissão dos trabalhadores aos poderes empresariais e os conflitos de interesses
Lorena Vasconcelos Porto.....166
9. Aposentadoria por invalidez acidentária e recolhimento do FGTS durante a licença por acidente de trabalho
Luciano Martinez182
10. A terceirização revisitada: algumas críticas e sugestões para um novo tratamento da matéria
Márcio Túlio Viana198
11. Direito ideal e concreto segundo Vico
Moisés de Oliveira Biondi.....225

12. Dano moral trabalhista-previdenciário	
<i>Océlio de Jesus C. Morais e Aline Eddie Torres de Morais</i>	242
13. Direitos fundamentais sociais à afirmação da identidade e à proteção da subjetividade no trabalho	
<i>Renata Queiroz Dutra</i>	256
14. O dano moral coletivo e o valor da sua reparação	
<i>Xisto Tiago de Medeiros Neto</i>	288

NOTAS E COMENTÁRIOS

Seminário Trabalho Infantil, Aprendizagem e Justiça do Trabalho	307
Programa Trabalho Seguro recebe prêmio Innovare.....	308
Guia de Contratações Sustentáveis da Justiça do Trabalho recebe prêmio do Ministério do Meio Ambiente	309
TST presta homenagem ao Ministro Arnaldo Lopes Sússekind	310
TST elege nova administração	315

Doutrina

SINDICALISMO E DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS: APLICAÇÃO DA CONVENÇÃO Nº 151 DA OIT NA REGULAMENTAÇÃO DO INCISO VII DO ART. 37 DA CF/88

Adriano Martins de Paiva*

1 – CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Este trabalho aborda um tema que vem ganhando destaque no estudo do sindicalismo brasileiro: os limites legais do exercício do direito de greve dos servidores públicos durante o processo de negociação coletiva com o ente estatal empregador.

Não obstante o tema greve ser tratado com grande riqueza na avaliação clássica, com foco na luta de classes entre patrões e empregados na iniciativa privada, constata-se uma carência quando o eixo da análise é a relação de trabalho que se desenvolve no setor público, especificamente quando o objeto de estudo são os trabalhadores da administração pública direta, servidores civis estatutários¹.

Em princípio, as duas características que diferenciam as relações dos servidores do setor público e os empregados do setor privado são: a presença do Estado na condição de empregador com seus limites constitucionais e legais orçamentários na realização da despesa e o princípio da continuidade do serviço público.

Como a relação laboral do servidor público com o Estado é regida por lei, na qual a máquina estatal deve trabalhar em prol dos interesses dos usuários dos serviços públicos, o exercício do direito de greve recebe condicionamentos maiores do que aqueles que são impostos aos empregados do setor privado. Limitações essas que também são identificadas em ordenamentos jurídicos

* *Advogado da União lotado na Procuradoria-Geral da União em Brasília; especialista em Administração Pública pela Fundação Getúlio Vargas.*

1 Diferentemente dos servidores civis estatutários, aos servidores militares é vedada até mesmo a associação sindical, §§ 5º e 6º do art. 42 da Constituição Federal de 1988.

de outros países, e têm por fundamento a prevalência do interesse público e a manutenção da prestação dos serviços públicos essenciais.

Nos incisos VI e VII do art. 37 da CF/88 foram reconhecidos aos servidores públicos não só o direito de greve, mas também o pleno exercício da liberdade sindical², que nada mais é do que a prerrogativa de se organizar e decidir sobre sua atuação, inclusive, se for o caso, utilizando a greve como instrumento derradeiro de pressão.

Apesar da aridez existente no campo negocial entre os servidores públicos e o Estado, pode-se destacar, dentro de uma perspectiva de democratização nas relações de trabalho no serviço público, a ampliação das Mesas Nacionais de Negociação Permanente, instituídas desde 2003 no âmbito da administração pública federal³.

Como se verá adiante, somente se obterá uma solução definitiva do impasse social e político desencadeado anualmente pelas greves dos servidores públicos, por meio da regulamentação do direito de greve a esses servidores, com a efetiva incorporação dos princípios constantes nas convenções da OIT, ratificadas pelo Estado brasileiro.

2 – OS SERVIDORES PÚBLICOS NA HISTÓRIA DO SINDICALISMO BRASILEIRO

Antes da consolidação da liberdade sindical no cenário político brasileiro, um longo caminho foi percorrido. Inicialmente, os sindicatos tiveram como modelo o corporativismo italiano, com forma, estrutura e financiamento (imposto sindical) tutelados pelo Estado, no período conhecido como ‘varguista’⁴, no qual predominou a ideologia da paz social como um fator determinante para o desenvolvimento industrial do país (CARDOSO, 2007)⁵.

2 Segundo declarado por um dos membros da comissão de peritos da OIT, o prof. Mário Ackerman, In: *Rev. TST*, Brasília, vol. 76, n. 4, out./dez. 2010, p. 84-90, destaca na abertura da sua palestra: “Isso o que chamamos de liberdade sindical não é uma liberdade, é um direito. E sendo como é – um direito humano fundamental –, não é um direito absoluto. O direito à vida é um direito absoluto”.

3 As MNNPs têm por fundamento não só a melhoria das condições de trabalho dos servidores públicos, mas também, na mesma medida, buscam uma ampliação e melhoria dos serviços públicos. E, dessa forma, constituem instrumentos com perspectiva otimista de diálogo entre o Governo e os sindicatos dos servidores públicos. Recentemente a Presidenta Dilma Rousseff editou o Decreto nº 7.674, de 20 de janeiro de 2012, dispondo sobre o Subsistema de Relações de Trabalho no Serviço Público Federal – SISRT, que dá continuidade a esse processo que se iniciou com as mesas de negociação.

4 Os trabalhadores no decurso do período pós-Vargas obtiveram o reconhecimento estatal de importantes direitos trabalhistas, passando para um sindicalismo fragmentário e disperso do período de 1946 a 1964, que de certa forma perdurou até 1978, quando o movimento sindical brasileiro passa a se utilizar da própria estrutura corporativa, e assim inicia um movimento de ruptura dessa relação de dependência estatal.

5 Pode-se dizer que, na era de Vargas, tanto os sindicatos da classe trabalhadora como da classe patronal, cresceram a partir de uma concessão política da Revolução de 30, e não de uma geração espontânea das forças antagonicas do capitalismo (RODRIGUES, 1990).

Com o fim da ditadura militar, tem início a redemocratização do país, que teve seu ápice na promulgação da Constituição de 1988, e a eleição direta para Presidente da República. Nesse tempo, intensifica-se a participação dos sindicatos e dos movimentos sociais no espaço político.

Com a Constituição de 1988⁶, mantêm-se alguns institutos estatizantes do modelo sindical varguista, quais sejam, a unicidade sindical e o imposto sindical. Por outro lado, a nova carta política trouxe algumas garantias de cunho liberalizante, como a livre criação e organização dos sindicatos e associações de trabalhadores, bem como a ampliação do direito de greve para a categoria dos servidores públicos.

Fugindo dos moldes estatais impostos, contrários à criação de federações, inúmeras entidades sindicais de várias partes do país se uniram e criaram a primeira entidade de âmbito nacional, a Central Única de Trabalhadores – CUT.

No cenário do surgimento da CUT, no ano de 1983, os sindicatos dos servidores públicos, que até então não possuíam uma organização sindical eficaz, foram beneficiados e incorporados ao nascente movimento político trabalhista⁷.

No entanto, os sindicatos chegam ao fim da década de noventa enfraquecidos no seu poder de mobilização e negociação. É quando se inicia um movimento de tentativa de ruptura do sindicalismo estatal, instaurando-se as bases para um *novo sindicalismo*⁸.

3 – EXPANSÃO DO SERVIÇO PÚBLICO

Ultrapassado o período de retração do emprego e da sindicalização da era neoliberal⁹, iniciou-se no governo Lula uma nova etapa de desenvolvimento

6 Constituição Federal de 1988: Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte: (...) 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; (...) IV – a assembleia geral fixará a contribuição que, em se tratando de categoria profissional, será descontada em folha, para custeio do sistema confederativo da representação sindical respectiva, independentemente da contribuição prevista em lei; (...).

7 Outras centrais surgiram após a CUT, no decorrer da década de 80 e durante o período em que vigorou a política neoliberal no Brasil. Primeiro, a Central Geral dos Trabalhadores – CGT, de perfil mais conservador. Num segundo momento, já na década de 90, a Força Sindical, que prega um sindicalismo de resultados, na busca de um concerto entre as ideias expansionistas do capitalismo global e da busca de melhores condições para os trabalhadores.

8 A expressão “novo sindicalismo” foi cunhada entre nós pelo Professor da UNICAMP Ricardo Antunes.

9 Segundo Marcio Pochmann, “Desafios atuais do sindicalismo brasileiro”. In: *Sindicatos y nuevos movimientos sociales en América Latina*. Enrique de la Garza Toledo (Org.). Colección Grupos de Trabajo de CLACSO, Buenos Aires, Argentina. 2005, p. 173: A partir de 1990, entretanto, o movi-

econômico, no qual as oportunidades surgidas no cenário econômico favorável foram direcionadas para a modificação do perfil econômico do Estado brasileiro, que passou a intervir na economia.

Superando o passado de uma economia reflexa, o Brasil passa a ter uma economia orientada para o próprio território e com foco nas suas necessidades. Assim, no governo Lula, volta-se a falar em planejamento econômico em áreas sociais, como moradia e saneamento, representadas pelo PAC (Programa de Aceleração do Crescimento), que coordena investimentos públicos também em infraestrutura produtiva.

Acompanhando a mudança da política econômica nacional, tornou-se imprescindível o fortalecimento do mercado interno, que por seu turno deve vir acompanhado não só do retorno do investimento público, mas também da *expansão dos serviços públicos* (ROMANO, 2009), com o aumento da força de trabalho no setor público.

Em pesquisa realizada pelo IPEA¹⁰, pode-se verificar que, apesar de o número de servidores públicos no país não ter crescido mais do que o de empregados do setor privado, houve, sim, um crescimento maior durante o período recente de 2003 a 2007, de 3,63%, comparado ao mesmo índice do período de 1995 a 2000, de 1,55%.

4 – O INCREMENTO DA PARTICIPAÇÃO DOS SERVIDORES PÚBLICOS NO MOVIMENTO SINDICAL BRASILEIRO

O movimento de formação dos sindicatos e associações dos servidores públicos começa um pouco antes, entre o final dos anos 70 e início dos anos 80, como uma reação à escalada inflacionária e a consequente perda do valor aquisitivo dos salários.

mento sindical registrou uma importante desaceleração da realização de greves. “Entre 1990 e 1992, a quantidade de greves por ano foi reduzida em mais de 80%. A forte queda do movimento paredista ocorreu paralelamente à presença de governos comprometidos com políticas *antilabor*, responsáveis pela condução da economia sem maiores compromissos com a produção e o emprego nacionais”.

- 10 Segundo estudo realizado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, revelado através do Comunicado da Presidência do órgão de número 19, com o título: Emprego Público no Brasil: Comparação Internacional e Evolução, chegou-se ao resultado de que o emprego público no país cresceu numa proporção maior no período de 2003 a 2007, média anual de 3,63%, e contrapartida da média anual de apenas 1,55%, do período de 1995 a 2000 (tabela nº 3, Anexo I). Muito embora tal proporção não signifique que houve uma expansão maior do emprego público em comparação com a abertura de vagas no emprego formal privado, pois estes tiveram crescimentos proporcionais, o emprego privado na média anual de 3,90 no período de 1995 a 2002 e 6,89, no período de 2003 a 2007, e, quanto ao emprego público houve um aumento de 0,04 no período de 1995 a 2002, e de 4,39, no período de 2003 a 2007 (tabela 5, Anexo II).

Mas o aumento da sindicalização dos servidores públicos ocorre, segundo pesquisa realizada pelo IBGE¹¹, tomando-se por base o período de 1989 a 2001, no primeiro decênio de vigência da Constituição Federal de 1988, em que se verifica o aumento exponencial do número de sindicatos de servidores públicos de 137 para 1.707.

Os servidores públicos *lato sensu* (servidores e empregados públicos, regime estatutário puro ou celetista), amparados por uma estabilidade no cargo ou no emprego público e na profissionalização por meio da exigência do concurso público, adquirem segurança e independência¹² na sua atuação, passando a contestar a concepção do Estado mínimo e das iniciativas de privatização executadas de forma indiscriminada.

O crescimento do sindicalismo do setor público levou à filiação em massa desses novos sindicatos ao quadro da Central Única dos Trabalhadores – CUT¹³. Conforme os dados da entidade, entre aqueles trabalhadores no setor de base, sindicalizados e quites com as obrigações sindicais, pode-se aferir o percentual de 39% dos trabalhadores na área rural; 25% no setor estatal¹⁴; 23% no setor de serviços e 12% no setor industrial (SILVA, 2001).

Mas, sem enveredar na discussão do corporativismo, não há dúvida de que o maior incentivo à sindicalização e à participação política dos servidores públicos advém do reconhecimento constitucional de que a grande massa dos

11 Pesquisa do IBGE sobre os sindicatos brasileiros, publicada nos indicadores sociais de 2001 (tabela 2 – Sindicatos, segundo o tipo de sindicato, as Grandes Regiões e a abrangência territorial, Brasil – 1987-2001 – ANEXO III).

12 Com a exigência do concurso público e a garantia da estabilidade, o servidor público não mais dependia da “indicação” política para ocupar o cargo ou emprego, bem como não poderia ser facilmente demitido, principalmente por questões de ordem política ligada às lutas pelas liberdades democráticas.

13 Em trabalho apresentado por Rodrigues (1990, p. 115-117), este dividiu a influência dos sindicatos na CUT em três grandes setores de atuação econômica: a) estatal – telefônicos; petroleiros; trabalhadores em processamento de dados; trabalhadores nas indústrias urbanas (gás, eletricidade, água e esgoto); funcionalismo público (administração pública federal, estadual e municipal); saúde; educação (professores de primeiro, terceiro grau e servidores das universidades e dos estabelecimentos de ensino da rede pública); e previdenciários; b) setor privado – trabalhadores rurais; químicos e petroquímicos; metalúrgicos e trabalhadores do ramo de vestuário; c) setor de serviços – transporte (aéreo, marítimo-fluvial, metroviário, ferroviário); comerciários (hotelaria, comércio varejista e atacadista, autônomos, turismo, armazéns e empregados de estabelecimento de saúde); bancários e empregados do setor financeiro.

14 No entanto, quando o percentual a ser destacado é o número de sindicalizados quites (habilitados a participar ativamente das decisões da confederação sindical), verifica-se que o percentual de trabalhadores do setor estatal se eleva ao patamar de 45% dos filiados, superando, assim, o número de sindicalizados de trabalhadores rurais e dos demais setores econômicos. A fim de comprovar a influência dos trabalhadores do setor estatal na definição das políticas da entidade, podem ser citados os dados extraídos do Primeiro Relatório do IV CONCURT, através do qual se infere que 35,7% dos delegados trabalham na Administração Pública e 19,3% em empresas estatais. Portanto, 5% dos delegados da CUT participantes do IV CONCURT, pertenciam ao setor estatal.

trabalhadores do serviço público tem pleno direito de se associar e exercer a greve, como mecanismo de luta por melhores condições de trabalho¹⁵.

Muitas foram as lutas encampadas pelos sindicatos públicos durante a década de 90, notadamente dos servidores públicos e empregados públicos federais, quando predominava entre nós a política do Estado mínimo, na qual algumas categorias de servidores passaram até sete anos sem nenhum reajuste salarial (sequer as perdas inflacionárias foram recompostas), e ainda submetidos a um processo de sucateamento da estrutura burocrática estatal.

Nesse período ocorreram inúmeras greves, na maioria sem sucesso e com grandes retaliações por parte do governo. Entre elas, podemos destacar a greve dos petroleiros do ano de 1995 (POCHMANN, 2009)¹⁶, como sendo emblemática para o período em que as greves já estavam em franca desaceleração.

5 – O DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS E A GARANTIA DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA

Passado um primeiro momento de reconhecimento dos direitos sindicais aos servidores públicos, num segundo momento, esse sindicalismo se viu desamparado pela falta de regulamentação do direito de negociação coletiva e do exercício da greve, mesmo após terem sido reconhecidos como instrumentos de garantia e viabilização legítima da melhoria das condições de trabalho.

A falta da regulamentação do exercício do direito de negociação coletiva e da greve destoa das orientações constantes da Convenção nº 151 e da Recomendação nº 159, ambos os regramentos internacionais provenientes da Organização Internacional do Trabalho – OIT, já ratificados pelo Brasil, e dirigidos às relações de trabalho no setor público.

15 A Constituição anterior, no seu art. 162, vedava o exercício de greve nos serviços públicos tidos como essenciais, bem como silenciava quanto ao direito de associação sindical, remetendo a normatização à CLT, que, em seu art. 566, determinava: “não podem sindicalizar-se os servidores do Estado e os das instituições paraestatais. Parágrafo único. Excluem-se da proibição constante deste artigo os empregados das sociedades de economia mista, da Caixa Econômica Federal e das Fundações criadas ou mantidas pelo Poder Público da União, Estados e Municípios”. Hoje a Constituição de 1988, nos incisos VI e VII do seu art. 37, não só assegura o direito de livre associação sindical, como também de greve nos termos de lei específica.

16 Segundo o autor, “Ressalte-se, todavia, que no ano de 1995 ocorreu um evento sindical de maior importância. Assim como em 1978, a greve na empresa *Scania*, em São Paulo, apontou o ciclo de recuperação do movimento sindical brasileiro, em 1995, a greve dos petroleiros realizada em todo o país revelou outra fase sindical. Naquela oportunidade, o governo federal não mediu esforços para impor uma forte derrota ao sindicalismo combativo, especialmente nas organizações sindicais representativas dos ocupados do setor produtivo estatal, como forma de simbolicamente expressar seus objetivos, bastantes distintos dos interesses dos trabalhadores organizados”.

Nos referidos normativos internacionais são asseguradas garantias amplas de defesa dos interesses coletivos dos trabalhadores do setor estatal, por meio do exercício pleno da liberdade sindical, dos quais são instrumentos a negociação coletiva e o exercício do direito de greve.

Assim, indubitável a evolução da participação dos servidores no âmbito do setor público nas últimas décadas, bem como a inexistência de limites precisos à sua ação. Isso porque, a presença do Estado na relação de trabalho impõe um balizamento diferenciado na atuação dos seus sindicatos ou associações.

5.1 – A Convenção nº 151 e a Recomendação nº 159 da OIT

Infelizmente, apesar de ratificada a Convenção nº 151 e posteriormente aprovada com ressalvas pelo Senado Federal por meio do Decreto Legislativo nº 206, de 8 de abril de 2010¹⁷, o comando que garante o direito de greve aos servidores públicos inscrito no inciso VII do art. 37 da CF/88 ainda não foi regulamentado por lei específica, apesar da extensão dos direitos e garantias sindicais que antes eram aplicáveis somente ao setor privado, sendo negado, dessa forma, a essa categoria de trabalhadores o pleno exercício da liberdade sindical.

Duas constatações podem ser feitas a partir do texto da Convenção nº 151. A primeira, que os direitos nela previstos em favor dos servidores públicos já foram essencialmente reconhecidos constitucionalmente. A segunda, que o referido documento, que trata de direitos fundamentais da pessoa humana, tem caráter supralegal no sistema jurídico, como bem definiu o STF, devendo auxiliar na interpretação da legislação nacional sobre o tema – inclusive na aplicação analógica da Lei nº 7.783/89.

Por sua vez, a falta da regulamentação da greve dos servidores públicos é fator de inúmeros constrangimentos também para o cidadão usuário dos serviços públicos, que é penalizado por longas greves. Assim como leva insegurança aos servidores públicos que são compelidos muitas vezes a retornar ao trabalho com base nas decisões judiciais que apontam para a ilegalidade do movimento, tão somente pela inexistência de regramento legal adequado.

17 O Decreto Legislativo aprovado pelo Congresso Nacional faz duas ressalvas ao texto original da Convenção nº 151 e da Recomendação nº 159: I – a expressão “pessoas empregadas pelas autoridades públicas”, constante do item 1 do art. 1º da Convenção nº 151, de 1978, *abrange* tanto os empregados públicos, ingressos na Administração Pública, mediante concurso público, regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, quanto os servidores públicos, no plano federal, regidos pela Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, e os servidores públicos, nos âmbitos estadual e municipal, regidos pela legislação específica de cada um desses entes federativos; e II – consideram-se organizações de trabalhadores abrangidas pela Convenção *apenas* as organizações constituídas nos termos do art. 8º da Constituição Federal.

Essa realidade só veio a melhorar no ano de 2007, quando o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Mandado de Injunção nº 718, diante da omissão reiterada do Poder Legislativo sobre a regulamentação do direito de greve, decidiu pela aplicação analógica da lei referente aos empregados do setor privado, a Lei nº 7.783/89.

Atualmente, mesmo após a incorporação no ordenamento jurídico nacional dos princípios da Convenção nº 151 da OIT, ainda prevalece na jurisprudência¹⁸ brasileira a restrição indevida e excessiva do exercício do direito de greve dos servidores públicos, quando as decisões judiciais ampliam não só o rol dos serviços essenciais, mas também elevam os percentuais mínimos de manutenção do serviço. Comandos esses que praticamente inviabilizam o próprio exercício do direito de greve.

No tocante à Recomendação nº 159, esta traz um reforço às normas estabelecidas pela Convenção nº 151, com o *incentivo ao acordo e à conciliação para resolução dos conflitos*, que garantem o uso da negociação coletiva como instrumento de pacificação entre servidores públicos e o Estado.

5.2 – O exercício abusivo do direito de greve como uma consequência da inexistência de um procedimento de negociação

Apesar da inserção constitucional do direito de greve, a falta da sua regulamentação, associada à resistência da administração em negociar, força o movimento paredista dos servidores públicos cada vez mais ao cometimento de abusos no tempo e na forma das paralisações¹⁹.

Com as manifestações grevistas dos servidores públicos desamparadas de lei específica, pode-se dizer que o Estado, aproveitando-se dessa fragilidade, só cede às pressões do movimento dependendo da conveniência do momento político.

18 *A Advocacia-Geral da União (AGU) garantiu, no Superior Tribunal de Justiça (STJ), que 100% dos fiscais agropecuários grevistas, do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (MAPA), devem retornar ao trabalho. Esses profissionais vão assegurar a prestação dos serviços essenciais à população de controle, inspeção e vigilância animal e vegetal. Também conseguiu a determinação da manutenção de 70% da categoria nas áreas essenciais dos departamentos e coordenações da Secretaria de Defesa Agropecuária do Ministério. Notícia referente à decisão proferida na Medida Cautelar nº 19.770 – STJ, com data da publicação: 10.08.2012, disponível em: <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateImagemTexto.aspx?idConteudo=203893&id_site=1108>.*

19 “Um levantamento superficial feito no ano passado indicou que no mês de agosto o Brasil ficou com 20% das greves de serviços públicos ocorridas no mundo. Aconteceram 35 paralisações, mobilizando pelo menos 150 mil servidores, afetando a vida de cerca de 5 milhões de pessoas. As greves do setor público duram mais porque nelas é desprezível o risco do desconto dos dias parados. Ademais, quase sempre há o sequestro de um serviço devido à choldra que paga os impostos. Se os trabalhadores de todas as fábricas de chocolate parassem por um ano, o transtorno que causariam seria menor que uma greve de uma semana nos postos de saúde do Ceará. Quando a fábrica de chocolate para, é o seu dono quem assume o risco da intransigência. Quando um posto de saúde fecha, apenas uma parte da conta vai para o governador ou para o prefeito. O risco é pago por quem mais precisa do serviço e a população vira massa de manobra, num jogo de intransigências total ou parcialmente fingidas.” (*O Globo*, 02.07.08, Elio Gaspari)

Nos termos da lei de greve dos trabalhadores do setor privado, aplicada analogicamente às greves dos servidores, a paralisação dos serviços somente deve ser levada a cabo como último recurso no processo de negociação dos servidores públicos²⁰, pois deixa desamparado o usuário do serviço público, forçando a intervenção do Poder Judiciário, para determinar a fixação de percentual mínimo de manutenção da força de trabalho em atividade durante as paralisações ou a própria suspensão da greve.

6 – AS MESAS NACIONAIS DE NEGOCIAÇÃO PERMANENTE

Embora o texto jurídico constitucional tenha garantido expressamente o direito de greve aos servidores públicos, paradoxalmente, isso não ocorreu com a negociação coletiva, mesmo sendo a negociação um pressuposto lógico do próprio exercício do direito de greve.

Mesmo assim, não obstante ainda persista uma lacuna na legislação permissiva da negociação coletiva que contemple os servidores públicos, encontram-se à disposição da categoria outros instrumentos que podem compensar essa deficiência, como as mesas de negociação do governo federal.

Desde o governo Collor, ressurgiram as chamadas câmaras setoriais de negociação, um já conhecido mecanismo de negociação dos setores público e privado, que tinha por escopo a definição de metas com base em parâmetros de qualidade e produtividade, dentro de um contexto de liberalização da economia e de mercado²¹.

Deve-se chamar atenção para a concepção originariamente traçada para a câmara setorial, que não previa a participação dos trabalhadores, mas, devido à

20 Mário Ackerman, op. cit., enfatiza: “Então a greve é uma maneira de exercer pressão para que o conflito se torne favorável a uma das partes. A greve é uma maneira de exercer pressão para uma negociação, não é um fim por si só, não é bem porque eles não querem trabalhar, e sim porque querem trabalhar em melhores condições. Não existe a greve por tempo indeterminado, como um objetivo em si, é uma maneira de negociar melhores condições. É um sacrifício para os trabalhadores porque, durante a greve, eles perdem o salário, que é o motivo de eles trabalharem”.

21 Na obra *Crise, Reforma do Estado e Governabilidade* – Brasil, 1985-95, Eli Diniz, publicada pela Fundação Getúlio Vargas Editora, 1997, Rio de Janeiro, identifica com propriedade o retorno das câmaras setoriais de negociação, como um mecanismo de negociação entre o setor público e o setor privado. Segundo a autora, as câmaras setoriais transformaram-se num espaço de definição das ideias liberalizantes da nova política econômica. “As câmaras viriam a configurar um fórum permanente, reunindo-se o número necessário de vezes para chegar a um consenso em torno da agenda formulada e, uma vez firmado o acordo, fazendo reuniões de avaliação. Cada câmara se organizou sob a forma de GTs (Grupos de Trabalho), estruturados de acordo com os principais aspectos envolvidos na negociação. No que se refere à agenda de questões, além de temas gerais, como comércio exterior, tributação, relações capital/trabalho, havia discussões sobre problemas pertinentes a cada setor, como financiamento (considerado aspecto prioritário no caso da indústria da construção), concorrência desleal (na indústria de brinquedos), legislação antidumping e tarifas de importação, entre outros”.

abrangência do acordo pretendido, e da necessidade de uma maior legitimação do acordo a ser entabulado, os trabalhadores foram chamados a participar desse consenso tripartite (DINIZ, 1997).

A atuação focalizada dos fóruns ocorridos durante a década de 90 é uma característica dessa tentativa de modificação do modelo institucional de negociação do Estado com a sociedade e com os trabalhadores:

“Durante os anos 90, foram contabilizados mais de 40 fóruns com participação institucional dos sindicatos, tais como Conselho Deliberativo do Fundo de Amparo ao Trabalhador, Conselho de Administração do Banco de Desenvolvimento Econômico e Social, Conselho de Fundo de Garantia e Tempo de Serviço, Programa Brasileiro de Qualidade e Competitividade (...). Nos espaços institucionais, os representantes dos trabalhadores possuem condições singulares para a vocalização de interesses coletivos, podendo contra-arrestar a tendência de focalização das ações.” (POCHMANN, 2005, p. 177)

Diferente da então vigente relação entre o empresariado e o Estado, a experiência das câmaras setoriais deixou um legado importante, que foi a inserção dos sindicatos de trabalhadores na discussão dos temas político-econômicos, deixando de ser uma discussão entre os patrões e o governo, que passou a ser uma tripartite: trabalhadores, empregadores e o Estado²².

No passado não muito distante, além da tentativa das Câmaras Setoriais de Negociação criadas num curto período do governo do presidente Fernando Henrique Cardoso, também foi instituída em maio de 1993 a Mesa Nacional de Negociação do SUS²³, por Resolução do Conselho Nacional de Saúde.

A aludida mesa de negociação teve um trabalho descontinuado até o ano de 2003, quando, já no governo Lula, foi reinstalada com uma nova composição e com a denominação de Mesa Nacional de Negociação Permanente – MNNP/SUS.

Na sua última versão, a MNNP tem por objetivo precípuo, por meio de uma composição paritária de gestores e trabalhadores, tratar dos conflitos

22 “É nesse sentido que se pode apontar o impacto inovador das práticas inauguradas pelas câmaras setoriais, já que consagram uma sistemática de negociação tripartite em que os trabalhadores aparecem como interlocutores legítimos, determinando, portanto, a ruptura da relação diádica e excludente que até então prevalecera.” (DINIZ, 1997, p. 163)

23 A Mesa Nacional de Negociação do SUS foi instituída pela Resolução nº 52, de 5 de maio de 1993, do Conselho Nacional de Saúde (CNS), homologada pelo Ministro da Saúde. Após algumas reuniões esparsas, a Mesa suspendeu suas atividades. Somente no mês de maio do ano de 1997, com a Resolução nº 299 do mesmo CNS, teve reiniciada e novamente suspensas suas atividades. Em julho de 2003, a Mesa de Negociação do SUS foi reinstalada pela terceira vez, desta vez com uma nova composição e denominação: Mesa Nacional Permanente de Negociação do SUS.

decorrentes das relações de trabalho do setor de saúde, democratizando, assim as relações de trabalho daquele setor no âmbito estatal.

O principal objetivo preconizado pela MNNP/SUS no âmbito das relações de trabalho é o de instituir processos de negociação permanente entre trabalhadores, gestores públicos e prestadores privados, a fim de debater e pactuar questões pertinentes às relações de trabalho em saúde, visando à melhoria e à qualidade dos serviços.

No mesmo passo em que foi reativada a MNNP/SUS, que abarca não só as relações de trabalho do setor público, mas também do setor privado (particulares prestadores de serviços de saúde), a iniciativa da Mesa Permanente de Negociação foi estendida aos demais servidores públicos da Administração Federal, com a criação da Mesa Nacional de Negociação Permanente, estabelecida entre o Governo Federal e as entidades representativas dos servidores públicos civis da União²⁴.

As mesas de negociação do Governo Federal com os seus servidores públicos abre um espaço de democratização das relações institucionais entre a Administração Pública e as respectivas entidades dos servidores públicos. Segundo o Protocolo de criação da MNNP, os objetivos a serem alcançados são os seguintes: a construção de alternativas e formas para obter a melhoria das condições de trabalho, a recomposição do poder aquisitivo dos salários e o estabelecimento de uma política salarial permanente capaz de evitar novas perdas e pautada por uma política conjugada de democratização das relações de trabalho, de valorização dos serviços públicos e de qualificação dos serviços prestados à população.

Na tentativa de se aperfeiçoar a negociação com os servidores públicos do Poder Executivo Federal, a presidenta Dilma Rousseff editou o Decreto nº 7.674, de 20 de janeiro de 2012, dispondo sobre o Subsistema de Relações de Trabalho no Serviço Público Federal – SISRT²⁵, que nada mais é do que uma retomada das mesas permanentes de negociação, com as diversas categorias dos servidores públicos da Administração Pública federal.

Em resumo, não obstante a alegada impossibilidade legal do Governo Federal de negociar coletivamente com as entidades de servidores públicos fe-

24 A Mesa Nacional de Negociação Permanente dos servidores públicos federais foi instituída através da assinatura de Protocolo entre o Governo Federal e 12 entidades representativas dos servidores públicos federais. A assinatura do Protocolo ocorreu no dia 16 de junho de 2003.

25 Art. 1º Este Decreto disciplina a organização do processo de diálogo com vistas ao tratamento dos conflitos nas relações de trabalho no âmbito do Poder Executivo federal, por meio da negociação de termos e condições de trabalho entre suas autoridades e os servidores públicos federais da administração pública federal direta, autárquica e fundacional.

derais e com elas firmar acordos e convenções coletivas, nada impede que seja criado um espaço institucional e democrático de diálogo, no qual possam ser discutidos e eventualmente aprovadas propostas de projetos de lei concebidos de comum acordo entre as partes.

7 – AS PROPOSTAS DE REGULAMENTAÇÃO DO ART. 37, VII, DA CF/88 E OS PRINCÍPIOS DA CONVENÇÃO Nº 151 DA OIT

Diante dos últimos acontecimentos desencadeados pelas campanhas salariais de várias categorias de servidores públicos federais durante todo o ano de 2012, pode-se observar o seguinte: que não se pode mais admitir a omissão do Estado, ao não oferecer meios adequados e efetivos de negociação com os servidores públicos, e que a população não suporta mais a suspensão indeterminada de serviços públicos.

Permeando esse discurso em voga na mídia e nos bastidores políticos sindicais e burocráticos, sobressai a omissão do Poder Executivo federal e do Congresso Nacional, ao protelar a regulamentação do dispositivo constitucional que trata do direito de greve dos servidores públicos.

Hoje, coexistem vários projetos de lei em trâmite no Congresso tratando sobre o tema, além de uma nova iniciativa do próprio Executivo federal, que, por determinação da Presidência da República, criou um grupo de trabalho interministerial para discutir uma nova proposta de normatização da greve²⁶.

Entre os projetos de lei, merece destaque o apresentado pelo senador Aloysio Nunes Ferreira, PL nº 710/2011, por ser a proposta que prevê uma regulamentação mais abrangente do exercício da greve dos servidores e da negociação coletiva.

O PL nº 710/2011 prevê as seguintes diretrizes na regulamentação do inciso VII do art. 37 da CF/88: antes de tudo, prescreve a obediência expressa aos preceitos da Convenção nº 151 da OIT na negociação coletiva; autonomia sindical na previsão do procedimento de deflagração da greve; prevalência da utilização de meios alternativos de solução de conflitos antes do encaminhamento da discussão ao Poder Judiciário; necessidade da comprovação do esgotamento da via negocial, da comunicação prévia da paralisação, informação aos usuários dos serviços e do oferecimento do plano de trabalho durante a greve; e, ainda, a exclusão total do exercício do direito, em razão da preservação do

26 A Advocacia-Geral da União já havia apresentado uma proposta anteriormente ao então Presidente Lula, também regulamentando o exercício do direito de greve dos servidores. Tal projeto não chegou a ser encaminhado pela Presidência ao Senado.

próprio Estado de Direito, dos agentes políticos (membros do Poder Judiciário, Legislativo, Executivo, do Ministério Público, e, ainda, da carreira diplomática).

No campo dos efeitos, o PL nº 710/2011, na esteira do direito comparado, considera a greve como suspensão coletiva, temporária e parcial da prestação do serviço público. E, como uma decorrência da suspensão do trabalho, deve ser efetuado o desconto dos dias parados na remuneração²⁷, excetuando-se a possibilidade de compensação posterior desses dias no processo da negociação coletiva, desde que limitada a um percentual razoável a ser fixado na lei²⁸.

No que diz respeito ao quantitativo dos servidores que devem manter suas atividades em função do atendimento do princípio constitucional da continuidade do serviço público, o projeto vai além do que determina a Convenção nº 151 da OIT, e, no sentido contrário da interpretação restrita da essencialidade dos serviços públicos, amplia a relação daqueles essenciais, para vários outros cuja suspensão não colocaria diretamente em risco a vida, a saúde e a segurança dos seus usuários.

Nesse ponto do projeto, assim como em outros que também estão tramitando no Congresso Nacional, deve-se alertar que as iniciativas de alargamento do conceito de essencialidade do serviço público põem em risco o próprio exercício do direito.

8 – CONCLUSÃO

Inquestionável o aumento da participação dos servidores e dos seus sindicatos e associações representativas na luta por melhores condições de trabalho. Nesse enquadramento, ressalte-se que o governo da presidenta Dilma Rousseff reabriu o espaço institucional ao diálogo por meio da Mesa Nacional de Negociação Permanente – MNPP, que passa a fazer parte do Subsistema de Relações de Trabalho no Serviço Público Federal – SISRT, campo para o debate das relações de trabalho entre os servidores e empregados públicos e o Poder Executivo.

Com o estabelecimento de instrumentos de negociação entre o Governo e os sindicatos dos servidores públicos, diminui-se o hiato entre as partes, que, diante do distanciamento e por muitas vezes não ter havido uma tentativa formal

27 Mário Ackerman, In: *Rev. TST*, Brasília, vol. 76, n. 4, out./dez. 2010, p. 84-90, “Alguns regimes pagam, mas a greve não deve ser financiada, porque é uma ofensa à dignidade dos trabalhadores. É claro que isso pode ser negociado, mas não está implícito no direito. (...) O direito à greve é o direito a não trabalhar sem ser sancionado, e não a cobrar dinheiro por não trabalhar”.

28 O Projeto de Lei nº 710/2011 prevê um percentual de até 30% dos dias parados para compensação.

DOCTRINA

de negociação anterior, invariavelmente as campanhas salariais dos servidores resultavam numa greve prematura e sem perspectiva de finalização.

Nessa relação conflituosa entre Estado e servidores públicos, as mesas de negociação podem ser identificadas como instrumentos de negociação que estão à disposição dos sindicatos e das associações na defesa dos interesses da categoria, numa perspectiva em que servidores e gestores públicos possam solucionar de forma mais eficaz e com menos danos aos cidadãos os embates que porventura venham a surgir no processo de negociação coletiva da categoria.

Enfim, mesmo que o governo federal tenha apresentado uma solução paliativa para a inexistência de procedimento formal de negociação por intermédio das mesas de negociação, a questão fundamental para o aperfeiçoamento das relações entre servidores públicos e o Estado passa impreterivelmente pela regulamentação do exercício do direito de greve, bem como pela incorporação dos preceitos da Convenção nº 151 e da Recomendação nº 159 da OIT.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACKERMAN, Mário. “O direito à liberdade de associação e de negociação coletiva e sua essencialidade no contexto do trabalho decente”. In: *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, vol. 76, n. 4, out./dez. 2010, p. 84-90.

ALVES, Giovanni. “Do ‘novo sindicalismo’ à ‘concertação social’ – ascensão (e crise) do sindicalismo no Brasil”. In: *Revista de sociologia e política*, Curitiba, 15, p. 111-124, novembro de 2000.

ANTUNES, Ricardo. *Brasil urgente*. São Paulo: Paz e Terra, 1991.

_____. *A rebeldia do trabalho*. O confronto operário no ABC paulista: as greves de 1978/80. 2. ed. São Paulo: Cortez, 1992.

BELLUZZO, Luiz Gonzaga. “Um novo estado desenvolvimentista”. In: *Le Monde Diplomatique Brasil*, São Paulo, ano 3, n. 27, 2009.

CARDOSO, Adalberto. *A década neoliberal e a crise dos sindicatos no Brasil*. São Paulo: Boitempo, 2003.

_____. “Os sindicatos: representação de interesses e ação política de capital no Brasil”. In: AVELAR, Lucia; CINTRA, Antonio Octavio (Org.) *Sistema político brasileiro: uma introdução*. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2004, cap. 5, parte 4.

CONSTIN, Cláudia. “O público e o privado”. In: *O Estado de São Paulo*, 07.01.08.

DEDECCA, Cláudio Salvadori. “Anos 1990: a estabilidade com desigualdade”. In: SANTANA, Marco A., RAMALHO, J. Ricardo. *Além da fábrica – trabalhadores, sindicatos e a nova questão social*. São Paulo: Boitempo, 2003.

DINIZ, Eli. *Crise, Reforma do estado e governabilidade – Brasil, 1985-95*. Rio de Janeiro: Fundação Getulio Vargas, 1997.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

DOUTRINA

MATTOS, Marcelo Badaró. *O sindicalismo brasileiro após 1930*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

NOGUEIRA, Arnaldo Mazzei. *Perspectivas do trabalho e do sindicalismo no Brasil*. Disponível em: <<http://sindicalismo.pessoal.bridge.com.br/Arnaldotexto.rtf>>. Acesso em: 23.07.08.

NOVY, Andreas. “Política e economia outra vez articuladas”. In: *Le Monde Diplomatique Brasil*, São Paulo, ano 3, n. 27, 2009.

OLIVEIRA, Marco Antônio de. “Tendências recentes das negociações coletivas no Brasil”. In: SANTANA, Marco A., RAMALHO, J. Ricardo. *Além da fábrica – trabalhadores, sindicatos e a nova questão social*. São Paulo: Boitempo, 2003.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. “Gestão do setor público: estratégia e estrutura para um novo Estado”. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; SPINK, Peter (Org.) *Reforma do Estado e administração pública gerencial*. 7. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

PESSOA, Eneuton et al. “Emprego público no Brasil: comparação internacional e evolução recente”. In: *19º Comunicado da Presidência do IPEA*, 2009.

POCHMANN, Marcio. “Desafios atuais do sindicalismo brasileiro”. In: TOLEDO, Enrique de la Garza (Org.). *Sindicatos y nuevos movimientos sociales en América Latina*. Buenos Aires: Colección Grupos de Trabajo de CLACSO, 2005.

RODRIGUES, Leôncio Martins. “O sindicalismo corporativo no Brasil”. In: *Escritos de sociologia política*. São Paulo: Ática, 1990.

ROMANO, Jorge O. “De volta para o futuro”. In: *Le Monde Diplomatique Brasil*, São Paulo, ano 3, n. 27, 2009.

SANTANA, Marco A., RAMALHO, J. Ricardo. *Além da fábrica – trabalhadores, sindicatos e a nova questão social*. São Paulo: Boitempo, 2003.

SILVA, S. J. “Companheiros servidores: o avanço do sindicalismo do setor público na CUT”. In: *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, vol. 16, n. 46, 2001.

_____. “Companheiros servidores: poder político e interesses econômicos do sindicalismo do setor público na CUT”. Dissertação de mestrado. São Paulo, Departamento de Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da USP, 2000.

DOCTRINA

ANEXO – I

Tabela 3: Pessoas ocupadas no setor público – Brasil e Grandes Regiões

OCUPADOS NO SETOR PÚBLICO									Var. média anual (%)	
BRASIL E REGIÕES	1995		2002		2003		2007		1995-2002	2003-2007
	abs.	%	abs.	%	abs.	%	abs.	%		
Brasil	7.815.144		8.703.045		8.815.810		10.168.680		1,55	3,63
Centro-Oeste	690.346	8,83	785.265	9,02	817.122	9,27	922.896	9,08	1,86	3,09
Nordeste	2.176.917	27,86	2.347.787	26,98	2.351.179	26,67	2.691.932	26,47	1,09	3,44
Norte	525.676	6,73	703.866	8,09	721.961	8,19	883.638	8,69	4,26	5,18
Sudeste	3.268.406	41,82	3.601.286	41,38	3.586.977	40,69	4.179.463	41,10	1,4	3,9
Sul	1.153.799	14,76	1.264.841	14,53	1.338.571	15,18	1.490.751	14,66	1,32	2,73

Fonte: Elaboração própria a partir das PNADs dos anos selecionados.

ANEXO – II

Tabela 5: Crescimento médio anual por período do emprego formal privado e do emprego público(*). Brasil – 1995 a 2007

Períodos	Privado	Público	Total
1995-2002	3,90	0,04	2,73
2003-2007	6,89	4,39	6,22

Fonte: RAIS; vários anos.

(*). Inclui: órgãos públicos do Executivo federal, do estadual e do municipal; órgãos do Poder Legislativo das 3 esferas de governo; órgãos públicos do Poder Judiciário federal e estaduais; bem como autarquias e também fundações das 3 esferas de governo; órgãos autônomos das 3 esferas de governo e ainda empresas públicas, sociedades de economia mista e também cartórios.

ANEXO – III

Tabela 2: Sindicatos de trabalhadores, segundo os grandes grupos profissionais.
Brasil – 1987/2001

Grandes grupos profissionais	Sindicatos						
	1987	1988	1989	1990	1991	1992	2001
Total	5.536	5.669	6.390	6.729	7.168	7.612	11.354
Trabalhadores							
Na indústria	1.236	1.262	1.445	1.472	1.562	1.593	1.822
No comércio	507	520	756	903	932	1.010	1.579
Em transportes, marítimos, fluviais e aéreos	135	130	176	179	199	202	221
Em transportes terrestres	119	128	160	172	193	220	656
Em comunicações e publicidade	89	83	108	112	127	134	137
Em empresas de crédito	177	189	203	204	207	212	235
Em estabelecimentos de educação e cultura	137	140	187	216	254	272	506
Profissionais liberais	316	342	359	366	376	379	488
Trabalhadores na agricultura	2.732	2.747	2.852	2.850	2.905	2.976	3.912
Servidores públicos ⁽¹⁾			137	242	393	584	1.707
Outras categorias profissionais	88	129	7	13	20	30	87
Categorias não constantes da classificação ou sem declaração ⁽²⁾							4

Fonte: IBGE, Diretoria de Pesquisas, Departamento de População e indicadores Sociais, Pesquisa Sindical 1987/2001.

(1) Exclui as seguintes categorias: professores de rede pública (federal, estadual e municipal), auxiliares de administração e empregados em estabelecimentos de ensino da rede pública.

(2) Categorias profissionais não constantes da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, cujo sindicato não possuía registro no Ministério do Trabalho e Emprego – MTE ou sindicatos que não declararam total de trabalhadores em pelo menos uma categoria.

A SÚMULA Nº 277 E A DEFESA DA CONSTITUIÇÃO

Augusto César Leite de Carvalho*

Kátia Magalhães Arruda*

Mauricio Godinho Delgado*

1 – INTRODUÇÃO

No período de 10 a 14 de setembro de 2012, os ministros do Tribunal Superior do Trabalho participaram da Semana Jurídica, com o fim de analisar e atualizar a sua jurisprudência, em particular as súmulas, orientações jurisprudenciais e precedentes normativos.

Tais modificações não ocorreram de forma aleatória. São fruto de inúmeros debates, que envolvem análises dos precedentes dos vários verbetes, bem como possíveis alterações nas normas constitucionais e legais.

É tal o papel de uma Corte uniformizadora de jurisprudência: ao tempo em que padroniza as suas decisões, propõe-se a revisitá-las periodicamente para verificar se subsistem os seus fundamentos.

A maioria dos ministros, por ocasião de mencionada Semana Jurídica, ajustou a Súmula nº 277 para que ela expressasse a seguinte orientação:

“As cláusulas normativas dos acordos coletivos ou convenções coletivas integram os contratos individuais de trabalho e somente poderão ser modificadas ou suprimidas mediante negociação coletiva de trabalho.”

É importante verificar que tal compreensão não foi propriamente inovada na semana institucional do TST. É fato que a Subseção de Dissídios Individuais e as oito turmas observavam, como é praxe em uma Corte jurisdicional de uniformização, a jurisprudência outrora construída a propósito das relações individuais de trabalho, mas também o é que a Seção de Dissídios Coletivos já vinha a reclamar, faz algum tempo, a análise do tema na perspectiva da

* *Ministros do Tribunal Superior do Trabalho.*

ultra-atividade. A propósito, desde abril *de 2008* (mais de quatro anos antes da nova redação da Súmula nº 277, portanto), a SDC-TST já possuía interpretação firme e reiterada acerca da ultra-atividade das regras da sentença normativa, admitindo a vigência desse diploma jurídico especial até que novo diploma coletivo, judicial ou privado (sentença normativa, convenção coletiva de trabalho ou acordo coletivo de trabalho), produza sua revogação expressa ou tácita, respeitado, porém, o prazo de quatro anos de vigência.

Além do mais, com a nova redação da súmula, o TST não mais do que assentou o entendimento consagrado, desde a Emenda Constitucional nº 45, de dezembro de 2004, no art. 114, § 2º, da Constituição Federal.

2 – CONCEITO E MODELOS DE ULTRA-ATIVIDADE

A norma coletiva de trabalho é ultra-ativa, ou reveste-se de ultra-atividade, quando continua eficaz após o seu termo final de vigência. Se uma categoria profissional e a representação patronal definem quais os direitos que devem ser assegurados a certos trabalhadores a partir da data inicial de vigência de uma convenção ou acordo coletivo, o advento da data derradeira de vigência dessa norma não lhe retirará a eficácia.

Mas a ultra-atividade segue ao menos dois modelos, que se distinguem pelo seu caráter condicionado ou incondicionado: a ultra-atividade incondicionada dá-se em alguns países nos quais uma conquista obreira obtida mediante negociação coletiva não pode ser jamais suprimida, incorporando-se definitivamente ao patrimônio dos trabalhadores; noutros países, a ultra-atividade da cláusula resultante de negociação coletiva está condicionada à inexistência de norma coletiva posterior que a revogue, ou seja, a cláusula normativa pode ser suprimida ou quiçá ter o seu alcance reduzido mediante norma coletiva superveniente, imunizando-se o seu conteúdo somente quanto à incidência das alterações individuais do contrato de trabalho.

Estudando a matéria, Roberto Pessoa e Rodolfo Pamplona referem-se à Argentina, à Bélgica, ao México, ao Paraguai, à Venezuela e ao Uruguai como estados nacionais que adotam a ultra-atividade absoluta ou incondicionada¹. A experiência brasileira conduziu o nosso e outros ordenamentos, como adiante se verá, a um caminho diferente, no qual se faculta à vontade coletiva alguma

1 PESSOA, Roberto Freitas; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. “A nova velha questão da ultra-atividade das normas coletivas e a Súmula nº 277 do Tribunal Superior do Trabalho”. In: *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 76, n. 2, p. 43-55, abr./jun. 2010. Disponível em: <http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/14079/003_pessoaroberto Freitas_pamplonafilhorodolfo.pdf?sequence=1>.

disposição de direitos laborais, com vistas à preservação do emprego em condições de permanente razoabilidade². Não se trata, em princípio, de reduzir ou suprimir direitos, mas de permitir-lhes alguma plasticidade a fim de ajustá-los às mudanças naturais do ambiente de empresa e da estrutura empresarial, sempre com vistas ao equilíbrio contratual – o bastante para a jurisprudência exigir contrapartidas, em favor dos trabalhadores, quando é instada, por exemplo, a validar cláusulas que reduzem salário ou prorrogam jornadas³.

Parte da doutrina brasileira, há tempos, já defendia a necessidade de a jurisprudência trabalhista reconhecer a superioridade do critério de aderência contratual das normas coletivas limitada por revogação, em contraponto ao critério de aderência contratual limitada pelo prazo, que era seguido pela jurisprudência do TST desde 1988. Argumentava-se que o novo critério era o que melhor expressava os avanços da nova Constituição da República, ao conferir novo *status* à negociação coletiva trabalhista, sufragando ainda estímulos reais para que as partes coletivas – sindicato de trabalhadores e empresas ou sindicatos de empregadores – realmente se sentissem instigadas a buscar a

-
- 2 Sobre o tema, observa Alexandre Agra Belmonte que “a negociação coletiva é obrigatória, pelo que é preciso ainda dar uma solução ao período de *vacatio legis* até a vigência da consolidação das novas diretrizes por meio de outra norma. E outra não pode ser que não a de estender os efeitos da norma finda ao período de *vacatio* subsequente, fazendo incidir o direito concedido pela norma finda até a edição de outra. É o princípio da ultra-atividade das normas coletivas que deve ser observado em tais circunstâncias” (BELMONTE, Alexandre Agra. *Instituições civis no direito do trabalho*: curso de direito civil aplicado ao direito do trabalho. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 32).
- 3 Em dissídio coletivo: “(...) REMUNERAÇÃO DE FÉRIAS E GRATIFICAÇÃO NATALINA. COMMISSIONISTAS. *A Federação* recorrente *alega que o ajuste* – que estabeleceu que as férias, o 13º salário e os direitos rescisórios dos comissionistas devem ser calculados com base na média dos últimos quatro meses – foi produto de uma negociação que implicou renúncias e ganhos para ambas as partes. Conquanto sustente a aplicabilidade da teoria do conglobamento, a Federação recorrente não aponta quais os benefícios que teriam sido oferecidos aos comissionistas, em contrapartida à redução do prazo de doze meses, legalmente previsto, não havendo como se comprovar que a norma pactuada se mostre mais benéfica ao trabalhador. Mantém-se a decisão regional, que declarou nulo o § 1º da cláusula 8ª, e nega-se provimento ao recurso, no particular. (...)” (TST, SDC, RO 816000-47.2008.5.07.0000, Relª Minª Dora Maria da Costa, DEJT 29.04.2011). Em processo individual: “AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. DIFERENÇAS SALARIAIS. MAJORAÇÃO DA JORNADA DE TRABALHO MEDIANTE NORMA COLETIVA. ACRÉSCIMO SALARIAL EM PERCENTUAL INFERIOR À JORNADA CORRESPONDENTE. ALTERAÇÃO CONTRATUAL LESIVA. O Regional considerou ilícita a alteração contratual decorrente da negociação coletiva, pois não preservou os direitos mínimos dos trabalhadores, revelando-se lesiva. Com efeito, a garantia da irredutibilidade salarial, prevista no art. 7º, VI, da CF, enquadra-se entre os direitos mínimos assegurados constitucionalmente aos trabalhadores, e a possibilidade de flexibilização desse direito por meio de negociação coletiva não é absoluta, sendo imperiosa a existência de concessões recíprocas que resultem em alguma vantagem aos trabalhadores. *In casu*, não restou evidenciada vantagem equivalente à elevação da jornada, e o Tribunal *a quo* foi enfático em atestar a existência de prejuízos em virtude da majoração da jornada de trabalho sem o correspondente aumento salarial. Ileso, portanto, o art. 7º, XXVI, da CF. Agravo de instrumento conhecido e não provido” (TST, 8ª Turma, AIRR – 6467-74.2010.5.12.0037, Relª Minª Dora Maria da Costa, DEJT 18.05.2012, sem grifo no original).

negociação coletiva e celebrar novos instrumentos normativos. Considerado esse novo e superior critério, o instrumento coletivo negociado permaneceria eficaz, quanto aos contratos de trabalho existentes, até que novo instrumento coletivo negociado despontasse, revogando-o expressamente ou de modo tácito. Agregava-se, finalmente, o argumento no sentido de que apenas o critério da aderência contratual das normas coletivas limitada por revogação é que iria garantir a real efetividade ao princípio da equivalência entre os contratantes coletivos, inerente ao Direito Coletivo do Trabalho⁴.

3 – EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA SÚMULA Nº 277 E A NOVA REDAÇÃO NO CONTEXTO CONSTITUCIONAL. OS PRECEDENTES DO STF SOBRE A ULTRA-ATIVIDADE

A Súmula nº 277 não se referia, inicialmente, às convenções e acordos coletivos de trabalho, mas somente às sentenças normativas, pois seu texto predizia até 2009: “As condições de trabalho alcançadas por força de sentença normativa vigoram no prazo assinado, não integrando, de forma definitiva, os contratos”. Tal orientação estava em consonância com o art. 868, parágrafo único, da CLT⁵ e, no plano infraconstitucional, pareceu razoável ao TST, naquela quadra histórica, que se atribuisse igual efeito às convenções e acordos coletivos com base no art. 613, IV, da CLT⁶.

Adveio o art. 114, § 2º, da Constituição a explicitar, porém, em sua primeira dicção: “Recusando-se qualquer das partes à negociação ou à arbitragem, é facultado aos respectivos sindicatos ajuizar dissídio coletivo, podendo a Justiça do Trabalho estabelecer normas e condições, respeitadas as disposições convencionais e legais mínimas de proteção ao trabalho”.

O art. 1º, § 1º, da Lei nº 8.542/92 esclareceu, em seguida, que as cláusulas de convenção ou acordo coletivo de trabalho somente poderiam ser modificadas por norma igualmente coletiva, afirmando o Ministro Marco Aurélio, em liminar concedida na ADI 1.849⁷, quando instado a manifestar-se sobre medida provisória que derogava a ultra-atividade assim consolidada, que o disposto em citada

4 DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2002. p. 174-176.

5 Art. 868, parágrafo único, da CLT. O Tribunal fixará a data em que a decisão deve entrar em execução, bem como o prazo de sua vigência, o qual não poderá ser superior a 4 (quatro) anos.

6 Art. 613 da CLT. As Convenções e Acordos deverão conter obrigatoriamente: (...) II – Prazo de vigência. (...) IV – Condições ajustadas para reger as relações individuais de trabalho durante sua vigência.

7 A ADI 1.849 terminou resolvida sem solução de mérito, porque a entidade sindical que a propôs não aditou o pedido de que se declarasse a inconstitucionalidade de todas as medidas provisórias que se seguiram, em reedição daquela que referida na petição inicial. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266780>>.

lei “mostrou-se em plena harmonia com o Diploma Máximo. Ora, a revogação ocorrida tem, a essa altura, o sabor de afastar do cenário jurídico-constitucional a regulamentação de normas constitucionais pelo poder competente”.

A Lei nº 8.542 foi revogada pela Lei nº 10.192/01, que instituiu nova política salarial sem afirmar a provisoriedade das normas coletivas – ou seja, a ultra-atividade teria sido abolida, no plano infraconstitucional, por lei que dela não tratava. Em seguida, a Emenda Constitucional nº 45, de 2004, reafirmou a ultra-atividade condicionada, ao conferir nova redação ao art. 114, § 2º, da Constituição: “Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente”.

Sem embargo, a orientação contida na antiga redação da Súmula nº 277 do TST, em vigor desde 2009 até setembro de 2012, assim se traduzia:

“SENTENÇA NORMATIVA. CONVENÇÃO OU ACORDO COLETIVOS. VIGÊNCIA. REPERCUSSÃO NOS CONTRATOS DE TRABALHO (redação alterada na sessão do Tribunal Pleno em 16.11.09) – Resolução nº 161/09, DEJT 23, 24 e 25.11.09.

I – As condições de trabalho alcançadas por força de sentença normativa, convenção ou acordos coletivos vigoram no prazo assinado, não integrando, de forma definitiva, os contratos individuais de trabalho.

II – Ressalva-se da regra enunciada no item I o período compreendido entre 23.12.92 e 28.07.95, no qual vigorou a Lei nº 8.542, revogada pela Medida Provisória nº 1.709, convertida na Lei nº 10.192, de 14.02.01.”

Ao afirmar-se, como se afirmou no tópico precedente deste artigo, que o sistema jurídico brasileiro adota a ultra-atividade relativa ou condicionada, o que implicaria a eficácia de convenção ou acordo coletivo até que outra norma coletiva disponha em contrário, deve-se enfatizar que a Súmula nº 277 do TST, em sua redação anterior, era interpretada em outra direção: para expressiva jurisprudência, inclusive do TST, a cláusula normativa não vigorava além de seu expresso prazo de vigência, ainda quando não houvesse notícia de norma coletiva posterior.

Dir-se-ia que, no plano das ideias, o item I da Súmula nº 277 não impediria a ultra-atividade condicionada, mas somente a ultra-atividade absoluta, pois as condições de trabalho que “vigoram no prazo assinado, não integrando,

de forma definitiva, os contratos individuais de trabalho”, poderiam vigorar até que outra norma coletiva sobreviesse. Haveria, porém e nessa interpretação do verbete, um claro descompasso: o item II ressaltava a regra consagrada no item I com base em lei que estabeleceu, entre 23.12.92 e 28.07.95, a ultra-atividade condicionada das normas coletivas⁸ – logo, a exceção (item II) e a regra geral (item I), porque necessariamente antinômicas, não poderiam recomendar a mesma ultra-atividade condicionada.

Caberia, assim, consultar os precedentes que deram origem à Súmula nº 277 do TST, para verificar quais os fundamentos adotados pela jurisprudência aparentemente refratária à ultra-atividade, condicionada ou incondicionada, das normas coletivas de trabalho. Percebe-se, nesse passo, que quase todos os mencionados precedentes enfrentavam a matéria sob as luzes da Lei nº 8.542/92, sem debruçar-se sobre a influência do art. 114, § 2º, da Constituição, em sua antiga ou nova redação. Cinco desses precedentes tangenciavam mais claramente a matéria constitucional e por isso devem ser dissecados.

Ao julgar os embargos E-RR-799.017/2001.3, a SBDI-1, por seu voto condutor, rejeita a “a violação aos arts. 1º da Lei nº 8.542/92, 444, 468, 619 e 622 da CLT e 114, § 2º, da Constituição da República, uma vez que os referidos dispositivos não abordam a questão relativa ao prazo de vigência das normas coletivas e ao efeito das alterações nas condições de trabalho promovidas mediante negociação coletiva”. Vê-se que a alusão ao dispositivo constitucional não é aprofundada e o argumento de que a Lei nº 8.542/92 não trataria da eficácia das normas coletivas foi afastado pelo item II da Súmula nº 277.

Nos embargos E-ED-RR-716768/2000.3, com julgamento em 14.11.06, o Ministro Luciano Castilho, como relator, enfrentou a questão da ultra-atividade, confrontando, assim, a orientação que então prevalecia na SBDI-1 e na SDC:

“Se a sentença normativa não pode retirar o que foi ajustado na Norma Coletiva, por que a Súmula nº 277 pode ser parâmetro de vigência da norma convencionalada?”

Como tem decidido a SDC?

Na Sentença Normativa, respeita-se o que foi convencionalado, salvo a prova de impossibilidade da continuidade de seu cumprimento.

8 Art. 1º, § 1º, da Lei nº 8.542/92. As cláusulas dos acordos, convenções ou contratos coletivos de trabalho integram os contratos individuais de trabalho e somente poderão ser reduzidas ou suprimidas por posterior acordo, convenção ou contrato coletivo de trabalho.

A regra, pois, é a ultra-atividade, segundo se extrai do § 2º do art. 114 da Constituição.

Não é essa a posição que tem sido adotada nesta Seção.

Entretanto, é necessário que sempre as decisões dos Tribunais sejam ajustadas à letra e ao espírito da lei. É o que procuro fazer neste Voto. Lembro a lição dos juristas pátrios, dentre eles, Luiz de Pinho Pedreira, que, às fls. 123/148, entende que a Súmula nº 277/TST não pode ser aplicada às convenções ou acordos coletivos, pois ela se refere apenas à sentença normativa.

Some-se a isso o fato de que o benefício em apreço foi contemplado no Acordo Coletivo de 1992/1993, período em que adveio a Lei nº 8.542/92, alcançando a hipótese em curso. A Empresa poderia, por meio de posterior acordo, suprimir o benefício previsto no instrumento anterior, mas não o fez, segundo revelado pelo Regional.

Entendo, assim, que a Decisão da Turma violou, também, o art. 1º, § 1º, da Lei nº 8.542/92, vigente à época, que assegurava o benefício contemplado em Cláusula Coletiva até que outra norma disciplinasse de forma diversa.

Essa SBDI-1, entretanto, adota posição contrária.

Por disciplina judiciária, curvo-me ao entendimento predominante neste Tribunal Superior do Trabalho, razão pela qual transcrevo fundamentação adotada no ERR-647579/2000.0, julgado nessa mesma data, tendo como Relatora a Ministra Maria Cristina Peduzzi:

A ultra-atividade da norma coletiva, prevista no § 1º do art. 1º da Lei nº 8.542/92, dependia de expressa manifestação nesse sentido, pois o silêncio interpreta-se como interesse em limitar a validade da cláusula à vigência da norma coletiva.

Desse modo, o art. 1º da Lei nº 8.542/92 não tem, no caso dos autos, a vocação de afastar a incidência da Súmula nº 277 do TST e autorizar a integração de norma coletiva ao contrato individual de trabalho.”

Uma vez mais, nega-se ao art. 1º da Lei nº 8.542/92 aptidão para estabelecer *ipso jure* a ultra-atividade da norma coletiva de trabalho, entendimento que restou superado com o julgamento dos outros vários precedentes que renderam ensejo ao item II da Súmula nº 277 do TST. E não há fundamento específico para afastar, no nível constitucional, a ultra-atividade que o ministro-relator percebe estar prevista no art. 114, § 2º, da Constituição.

Outros três precedentes da antiga Súmula nº 277 (ERR 654.537/00, ERR 586.140/99, E-RR-712.451/00.1) faziam alusão à orientação prevalecente no Supremo Tribunal Federal, todos referindo o seguinte julgamento:

“TRABALHISTA. DISSÍDIO COLETIVO. CLÁUSULA QUE MANTINHA CONQUISTAS ANTERIORMENTE ALCANÇADAS EM ACORDOS E CONVENÇÕES ANTERIORES. ALEGADA OFENSA AO ART. 114, § 2º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO QUE DESATENDE AO ART. 321 DO RISTF. Desatende a regra do art. 321 do RISTF a petição de recurso extraordinário que se omite na indicação da alínea do dispositivo constitucional que o autoriza. Ainda que se considere ter havido lapso escusável, o apelo não haveria de processar-se, certo que não ocorrera a alegada contrariedade ao art. 114, § 2º, da Constituição Federal, que trata de regra de competência. Decisão recorrida que, além do mais, encontra-se em consonância com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que as condições estabelecidas por convenções coletivas de trabalho ou sentenças normativas prevalecem durante o prazo de sua vigência, não cabendo alegar-se cláusula preexistente. Agravo regimental improvido.” (STF, AI 150.475 AgR, Relator Min. Ilmar Galvão, Primeira Turma, julgado em 12.09.95, DJ 27.10.95, sem grifo no original)

E por que o STF teria afirmado ser o art. 114, § 2º, da Constituição apenas uma regra de competência? Por que decidiu o STF, *obiter dictum*, mas com a autoridade da Corte Suprema, ser irrelevante o aspecto de o mencionado dispositivo constitucional referir-se à necessidade de a Justiça do Trabalho respeitar as disposições convencionadas anteriormente? A resposta se apresenta, placidamente, no texto do acórdão lavrado pelo Ministro Ilmar Galvão: a matéria constitucional é ali decidida *per relationem*, ou seja, há somente a remissão a outro precedente do STF.

Esse outro precedente do STF é o RE 103.332, Relator Ministro Néri da Silveira, Segunda Turma, julgado em 30.03.93⁹. Sucede, entretanto, que o Ministro Néri da Silveira apreciou a questão da ultra-atividade a partir do art.

9 “RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MATÉRIA TRABALHISTA. DISSÍDIO COLETIVO. ALEGAÇÕES DE OFENSA AOS §§ 2º, 3º E 36 DO ART. 153 E AO ART. 142, § 1º, DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 1/69. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. (...) Releva, ainda, observar que as condições estabelecidas por convenções coletivas de trabalho ou sentenças normativas prevalecem durante o prazo de sua vigência, cumprindo renová-las, quando, então, poderão ocorrer acréscimos ou reduções (CLT, arts. 613, II, e 867, parágrafo único, letras *a* e *b*). A alegação de cláusula preexistente não pode, dessa maneira, ser considerada como equivalente a direito adquirido para momentos posteriores ao término da vigência respectiva. Recurso extraordinário não conhecido.” (STF, RE 103332, Relator Min. Néri da Silveira, Segunda Turma, julgado em 30.03.93, DJ 25.03.94 PP-05997)

142, § 1º, da Emenda Constitucional de 1969, cujo teor era de tocante singeleza: “A lei especificará as hipóteses em que as decisões, nos dissídios coletivos, poderão estabelecer normas e condições de trabalho”.

Era de causar alguma perplexidade: o art. 114, § 2º, da Constituição de 1988 foi interpretado pelo STF a partir da redação conferida ao art. 142, § 1º, da Emenda Constitucional de 1969. E essa exegese repercutiu nas decisões do TST e mesmo do STF, como se extrai de recente julgamento daquela Corte, intérprete qualificada do texto maior:

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. TRABALHISTA. 1. Inexistência de direito adquirido às cláusulas de acordos coletivos, convenções coletivas e sentenças normativas. 2. Redução da contribuição assistencial. Alegação de contrariedade ao art. 5º, incisos XXXV, LIV e LV, da Constituição da República. Impossibilidade de reexame da legislação infraconstitucional e das provas. Incidência da Súmula nº 279 do Supremo Tribunal Federal. Ofensa constitucional indireta. Precedentes. Agravo regimental ao qual se nega provimento.” (STF, ARE 654.719 AgR, Relatora Min^a Cármen Lúcia, Primeira Turma, julgado em 08.11.2011, acórdão eletrônico DJE-229, divulg. 01.12.2011, public. 02.12.2011)

A quais precedentes se reporta a ministra-relatora? Na íntegra do seu voto condutor, acompanhado pela unanimidade dos integrantes da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, nota-se que a Corte constitucional persevera na remissão somente ao AI 150.475 e ao RE 103.332, nos quais se definiu a exegese do art. 114, § 2º, da Constituição de 1988 com base na redação do art. 142, § 1º, da Emenda Constitucional de 1969, que era então uma mera regra de competência.

Portanto, a matéria concernente à ultra-atividade da norma coletiva oferecia-se a um ingente esforço exegético que permitisse o resgate do equilíbrio no âmbito da negociação coletiva, conforme adotado em outros tantos países e expressamente preconizado pelos mais caros princípios do direito do trabalho e, sobretudo, pela Constituição de 1988. A ideia era a de não mais permitir que a abstenção patronal, a recusa de participar da negociação coletiva, fosse um modo de o empregador obter a vantagem da redução ou supressão de cláusulas normativas.

4 – A PRESERVAÇÃO DAS NORMAS COLETIVAS E OS PRINCÍPIOS DE DIREITO DO TRABALHO

A ultra-atividade é um atributo da norma coletiva de trabalho que a reinsere na lógica segundo a qual a condição de trabalho mais favorável ao empregado deve prevalecer sempre que normas sucessivas se distingam pela proteção maior ou menor que assegurem à parte contratualmente débil da relação laboral.

Se, na ordem dos princípios, os direitos sociais tendem à expansão¹⁰ (a), as condições de trabalho mais benéficas se integram aos contratos (b) e uma norma jurídica posterior não pode suprimir direitos já incorporados ao patrimônio jurídico do trabalhador (c), daí se extrai a impossibilidade de se cogitar de vazios normativos, ou seja, de um tempo sem lei ou norma jurídica após a vigência de norma coletiva que regule a relação de trabalho.

A regra denominada condição mais benéfica, que deriva do princípio tutelar e se aplica sempre que normas sucessivas se diferenciam pelo grau de proteção que destinam ao trabalhador, revela-se uma premissa jurídica afinada com os arts. 444 e 468 da CLT e não se coaduna com a anomia jurídica. Haveria sempre uma norma coletiva, a partir daquela que teria inaugurado a regência do labor realizado pela coletividade de trabalhadores correspondente.

Questão correlata à aplicação da condição mais benéfica, quando normas trabalhistas se sucedem acerca de um mesmo tema, é, intrinsecamente, aquela que diz sobre adotar-se a norma coletiva mais benéfica entre aquelas que são, entre si, consecutivas. Por algum tempo, entendeu-se que as convenções e acordos coletivos contêm cláusula de vigência e por isso os direitos neles assegurados não poderiam continuar vigorando após o prazo convencionado.

A questão vexatória não estava na eficácia da norma coletiva vigente à época do conflito mesmo quando menos favorável ao trabalhador, pois tal eficácia é condizente com o princípio da autodeterminação coletiva, que empresta validade à redução de direitos operada segundo a vontade da própria categoria de trabalhadores. A questão realmente embaraçosa estava no período de anomia

10 Luigi Ferrajoli se refere a uma diferença estrutural entre os direitos de liberdade e os direitos sociais: dos direitos de liberdade, a que correspondem proibições, é possível predeterminar legalmente (e é habitual que sejam predeterminadas constitucionalmente) seus limites (por exemplo, a proibição de injúria ou difamação como limite da liberdade de expressão), mas não o seu conteúdo, já que dentro de tais limites são infinitos e indefinidos os atos que constituem seu exercício; dos direitos sociais, a que correspondem obrigações, é possível, ao contrário, predeterminar seu conteúdo (a saúde, a educação, a moradia, os mínimos vitais, enfim), mas não seus limites ou sua medida, que dependem em verdade do grau de desenvolvimento econômico e social de cada país (FERRAJOLI, Luigi. *Garantismo: una discusión sobre derecho y democracia*. Madrid: Trotta, 2006. p. 94).

jurídica que assim se estabelecia entre o final da vigência da norma coletiva anterior e a superveniência da norma coletiva seguinte.

É necessário atentar para o aspecto de o sistema positivado pela Consolidação das Leis do Trabalho pressupor uma sequência de normas coletivas, ao regular a negociação coletiva de sorte a que a regência por esse tipo de norma jurídica não sofra solução de continuidade. Para alcançar esse desiderato, o art. 616, § 3º, da CLT dispõe que a agremiação sindical instaure o dissídio coletivo “dentro dos sessenta dias anteriores ao respectivo termo final, para que o novo instrumento possa ter vigência no dia imediato a esse termo”.

Cumprido tal prazo, a sentença normativa que se obterá no dissídio coletivo “vigorará a partir do dia imediato ao termo final de vigência do acordo, convenção ou sentença normativa” (art. 867, parágrafo único, alínea *b*, da CLT). Extrai-se, portanto, que o sistema de direito do trabalho não consente com o hiato jurídico, com a existência de um tempo sem norma coletiva.

A ultra-atividade da norma coletiva, quando adotada a ultra-atividade condicionada, assegura a eficácia da convenção ou acordo coletivo cujo prazo de vigência estaria exaurido, de modo a não permitir que a categoria de empregados permaneça sem uma disciplina de suas condições específicas de trabalho. Sendo condicionada à superveniência de nova norma coletiva, o surgimento de nova normatização da matéria faz prevalecer a regra mais recente, ainda que tal signifique a redução de direito.

5 – A ULTRA-ATIVIDADE COMO PREMISSA LÓGICA DO EQUILÍBRIO CONTRATUAL E O DIREITO COMPARADO

As várias teorias da argumentação pressupõem situações ideais de comunicação que neutralizem, o mais possível, a hegemonia de uma sobre a outra parte, independentemente do conteúdo normativo a ser alcançado. Inexiste negociação livre entre partes desiguais.

Se o empregador pode esquivar-se da negociação para só por isso obter vantagem, revela-se uma clara inconsistência no sistema que deveria incentivá-lo a negociar, nunca o inverso. Se, ao inverso, é-lhe assegurado negociar a redução de direitos previstos em norma coletiva, desde que se apresente à categoria obreira com o ânimo de negociar e lhe proponha contrapartidas que preservem o equilíbrio dos contratos de trabalho, então a negociação coletiva é estimulada, servindo ao seu desiderato.

O direito comparado sempre se apresentou como fonte de inspiração para o interprete do direito do trabalho, quer em razão de ser valiosa a experiência de

outros povos, quer em virtude de o art. 8º da CLT incorporar a regra de outros países ao nosso ordenamento, quando é este omissivo ou ambíguo.

Cabe enfatizar, pois, que essa fórmula – a ultra-atividade condicionada – é adotada em vários países que incentivam a negociação coletiva como um modo de solucionar conflitos intertemporais no âmbito das relações de trabalho, como se extrai do depoimento de estudiosos do direito laboral de nacionalidade variadas, a exemplo do que anota Ulrich Zachert, professor catedrático de direito do trabalho da Universidade de Hamburgo, sobre a ultra-atividade na Alemanha:

“A convenção coletiva perde sua vigência, em geral, quando se a denuncia por uma das partes no prazo determinado. Pese a isso, segundo determina o § 4.5 TVG (Lei das Convenções Coletivas) em combinação com o § 3.3 TVG, persiste a obrigatoriedade das cláusulas normativas da convenção coletiva uma vez vencida, até que não entre em vigor outra convenção que a substitua. Pode-se falar, portanto, de ultra-atividade da convenção coletiva.”¹¹

Sobre a ultra-atividade nos Países Baixos, observa Asscher-Vonk, professora da Universidade de Nimega:

“Normalmente, as convenções se firmam para um período fixo, que não pode superar os cinco anos. (...) A legislação não contém nenhuma disposição sobre a ultra-atividade. Quando uma convenção coletiva se extingue, as partes signatárias já não estão vinculadas (por exemplo, os sindicatos recuperam o direito de fazer greve, que pode ser suspensa pela convenção coletiva). Sem embargo, as condições dos contratos de trabalho individuais que dependem da convenção coletiva seguem vigentes, é dizer, as condições continuam vinculantes, a menos que as partes acordem outras condições. Assim se sustenta na literatura jurídica e na jurisprudência.”¹²

A anotação de Bruno Veneziani revela que a ultra-atividade, na Itália, é produto da jurisprudência. Observa o professor da Universidade de Bari:

“Dado o caráter privado das convenções coletivas existentes, seus efeitos, tanto normativos como obrigacionais, não operam *de jure* uma vez que a convenção se tenha extinguido (o chamado princípio da ultra-

11 ZACHERT, Ulrich. “La negociación colectiva en Alemania”. In: *La negociación colectiva en Europa*. Coordenação de A. Ojeda Avilés. Tradução livre para o português. Madrid: Imprenta Fareso, 2004. p. 47 (sem grifo no original).

12 ASSCHER-VONK, I. “Los convenios colectivos en los Países Bajos”. In: *La negociación colectiva en Europa*. Coordenação de A. Ojeda Avilés. Tradução livre para o português. Madrid: Imprenta Fareso, 2004. p. 135 (sem grifo no original).

atividade). Mas algumas sentenças estabelecem que a convenção extinta segue produzindo efeitos até sua renovação (Cass. 22 de abril de 1995, nº 4.563). Em todo caso, algumas convenções contêm cláusulas que estabelecem a ultra-atividade (art. 36 da Convenção Coletiva Nacional das Indústrias Metalúrgicas).¹³

Em Portugal, a ultra-atividade condicionada é um imperativo de lei, como sustenta o professor Bernardo Xavier:

“Geralmente, os acordos são válidos para qualquer período pactuado expressamente pelas partes. (...) As convenções coletivas também têm efeitos ultra-ativos, já que – de acordo com o art. 11, ponto 2 da LRCT – se mantêm em vigor até que as substituem outros instrumentos de regulação coletiva.”¹⁴

A ultra-atividade na França é explicada por Jacques Rojot, professor da Universidade de Paris II, a saber:

“As convenções coletivas podem ser de duração determinada ou indeterminada. (...) Se as partes não o excluem expressamente, uma convenção coletiva de duração determinada, que não é denunciada quando há transcorrido esse período, deve ser tratada como uma convenção de duração indefinida. Continua gerando seus efeitos até que uma das partes apresenta seu aviso de denúncia. Ademais, desde a Lei de 1971, quando há denúncia em caso de convenção coletiva de duração indeterminada ou quando há o transcurso de todo o período de vigência de uma convenção coletiva de duração determinada, estas podem seguir eficazes até que se negocie outra ou durante um ano, a menos que as partes hajam previsto um período de mais de um ano.”¹⁵

A ultra-atividade na Espanha é retratada pelos autores Vida Soria, Monereo Pérez e Molina Navarrete:

“O art. 86.1 ET atribui às partes negociadoras a faculdade de determinar a duração da convenção celebrada (...). Não obstante, alcançado

13 VENEZIANI, Bruno. “La negociación colectiva en Italia”. In: *La negociación colectiva en Europa*. Coordenação de A. Ojeda Avilés. Tradução livre para o português. Madrid: Imprenta Fareso, 2004. p. 177 (sem grifo no original).

14 XAVIER, Bernardo. “La negociación colectiva en Portugal”. In: *La negociación colectiva en Europa*. Coordenação de A. Ojeda Avilés. Tradução livre para o português. Madrid: Imprenta Fareso, 2004. p. 198 (sem grifo no original).

15 ROJOT, Jacques. “La negociación colectiva en Francia”. In: *La negociación colectiva en Europa*. Coordenação de A. Ojeda Avilés. Tradução livre para o português. Madrid: Imprenta Fareso, 2004. p. 95 (sem grifo no original).

o termo final de vigência da convenção ou transcorrido o prazo estabelecido a esse efeito, a convenção não se extingue automaticamente. Para a terminação ou conclusão *é preciso que medie a denúncia* expressa das partes contratantes. (...) O efeito imediato da denúncia é a perda de vigência do conteúdo obrigacional, e a continuidade *ex lege* de seu conteúdo normativo ou regulador ('ultra-atividade' ou sobrevigência provisória da convenção), enquanto não se alcance acordo expresso."¹⁶

Situação muito peculiar a da Espanha. Em fevereiro de 2012, em meio a crise econômica e de empregabilidade sem precedentes, editou-se o Real Decreto-Lei nº 3/2012 que reviu várias regras da relação laboral. Quanto ao ponto de interesse, a exposição de motivos do citado decreto esclarece que se procurou incentivar a renegociação das condições de trabalho sem a necessidade de denunciar-se toda a convenção (fala-se em denúncia porque as convenções podem vigorar por tempo indeterminado). Ao mesmo tempo, entendeu-se que a ultra-atividade por tempo indefinido poderia gerar a petrificação das condições pactuadas, o que não convinha a uma política de *flexiseguridad* que pressupunha "a revisão das convenções coletivas à vista das substanciais novidades introduzidas por este real decreto-lei".

Embora o contexto espanhol fosse, como visto, o de flexibilização do Direito do Trabalho, não se cogitou de impor prazo de vigência às convenções coletivas ou de abolir a ultra-atividade das convenções na hipótese de serem elas denunciadas. Permitiu o RDL nº 3/2012 que razões econômicas, técnicas, organizacionais ou de produção autorizassem a modificação de condições de trabalho, mediante prévia consulta e ajuste com a representação obreira¹⁷, prevendo o art. 14 do RDL nº 3/2012 que o art. 86 do Estatuto dos Trabalhadores sofreria alteração com o fim de vigorar, dali por diante, o seguinte:

"a) após a denúncia da convenção coletiva ou se exaurido o seu prazo livremente pactuado de vigência, e durante as negociações para a renovação das cláusulas, manter-se-á a eficácia da convenção coletiva denunciada, salvo quanto às cláusulas concebidas em troca da renúncia do direito de greve;

16 VIDA SORIA, José; MONEREO PÉREZ, José Luis; MOLINA NAVARRETE, Cristóbal. *Manual de derecho del trabajo*. Tradução livre para o português. Granada: Editorial Comares, 2004. p. 267. Em igual sentido: GARCÍA BLASCO, Juan; DE VAL TENA, Ángel. "La negociación colectiva en España". In: *La negociación colectiva en Europa*. Coordenação de A. Ojeda Avilés. Tradução livre para o português. Madrid: Imprenta Fareso, 2004. p. 284 (sem grifo no original).

17 Art. 12 do RDL nº 3/2012, que conferiu nova redação ao art. 41 do Estatuto dos Trabalhadores.

b) as partes poderão celebrar acordos parciais em meio à negociação, com vigência por elas estabelecida;

c) transcorridos dois anos a partir da denúncia da convenção coletiva sem que se conclua a negociação coletiva ou se recorra a um laudo arbitral, a convenção coletiva perderá, salvo pacto em sentido contrário, a sua vigência e se aplicará, se houver, convenção coletiva de âmbito superior.”

À semelhança dos modelos francês e italiano, adotou-se na Espanha, desde fevereiro de 2012, a ultra-atividade da norma coletiva por certo tempo – na Espanha, por dois anos, contados a partir de quando ela seja denunciada, se denúncia houver. O importante é evitar a intercorrência de vazios normativos, nos quais se derruiriam as condições de trabalho sedimentadas historicamente no âmbito de cada atividade.

Mesmo nas economias em crise, não se tolera a existência de períodos de anomia jurídica. Em rigor, o direito comparado é a mais enfática indicação de que a norma coletiva deve continuar eficaz até que outra sobrevenha, mesmo nas hipóteses em que a norma em questão contenha uma cláusula de aprazamento. Não há de ser assim por coincidência, porquanto a ultra-atividade não é apenas um dado normativo anódino ou irrelevante, mas um pressuposto lógico, conforme sobrevisto, da pretensão de simetria na negociação coletiva de trabalho.

No Brasil, soma-se a essa construção legal e jurisprudencial de outros povos a regra limitativa do poder normativo da Justiça do Trabalho, sobremodo incisiva:

“Art. 114, § 2º, da Constituição. Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente.”

A Justiça do Trabalho não pode decidir em detrimento das cláusulas de convenções coletivas anteriores. Decerto que o dispositivo constitucional não refere às convenções cujo período de vigência ainda estaria em curso, pois não há possibilidade, na ordem dos fatos, de um dissídio coletivo ser instaurado para piorar condições de trabalho estabelecidas em convenção coletiva em vigor. E se há referência explícita à ultra-atividade das convenções coletivas cujo período de vigência já se exauriu, deduz-se que elas continuam eficazes

por imposição constitucional e à Justiça do Trabalho é vedado desconsiderar esse aspecto por ocasião da sentença normativa.

Realizado esse cotejo de orientações jurídicas do Direito Comparado, com suporte na experiência de países europeus com forte diálogo jurídico com o Direito brasileiro, especialmente Alemanha, França, Itália, Espanha e Portugal (além de Países Baixos), percebe-se que tanto o critério da ultra-atividade plena (aderência contratual irrestrita) como o critério de negativa de ultra-atividade às normas coletivas negociadas (aderência contratual limitada pelo prazo) não correspondem à melhor harmonização com os princípios e regras do Direito do Trabalho.

No primeiro caso (ultra-atividade plena ou aderência contratual irrestrita), esse desajuste resulta por eliminar a característica de fonte de norma jurídica que é inerente aos dispositivos dos diplomas coletivos negociados, tornando-os permanentes, imutáveis – o que, sem dúvida, desatende ao objetivo constitucional brasileiro de incentivar e prestigiar a negociação coletiva trabalhista. No segundo caso (sem ultra-atividade), no qual a aderência contratual é limitada pelo prazo fixado no instrumento, tal desajuste contribui para desprestigiar a própria negociação coletiva, criando anomias jurídicas que enfraquecem e desequilibram as partes coletivas trabalhistas, também em desatenção aos objetivos constitucionais nessa área.

Desse modo, o critério da ultra-atividade ora sufragado pela nova redação da Súmula nº 277 (também chamado de critério da aderência limitada por revogação) perfila o Direito brasileiro ao lado de experiências próximas da tradição jurídica democrática ocidental e de nosso próprio estuário de influências, melhor traduzindo o direcionamento constitucional brasileiro nesse campo normativo.

6 – A JURISPRUDÊNCIA QUE EMANA DA SDC DO TST ACERCA DA ULTRA-ATIVIDADE DA NORMA COLETIVA

Como alertava o Ministro Luciano Castilho, no citado E-ED-RR-716768/2000.3, a Seção de Dissídios Coletivos tem atribuído ultra-atividade, inclusive, às sentenças normativas. Esse novo entendimento tornou-se pacífico naquela Seção Especializada do TST desde o mês de abril de 2008, portanto mais de quatro anos antes do estabelecimento da nova redação à Súmula nº 277 da Corte Superior. Essa sequência jurisprudencial consistente foi sufragada pelo Tribunal Pleno em maio de 2011, quando o TST aprovou o novo Precedente Normativo 120 da SDC, que expressava o entendimento já solidificado em uma de suas seções especializadas.

Tal sequência histórica reiterada evidencia que a Corte Superior, em setembro de 2012, ao editar a nova redação da Súmula nº 277, apenas veio sedimentar e ampliar sua nova e precedente reflexão acerca da matéria, melhor incorporando a compreensão constitucional acerca do assunto.

De fato, em maio de 2011, o Pleno do TST aprovou o Precedente Normativo 120 da Seção de Dissídios Coletivos, a saber: “A sentença normativa vigora, desde seu termo inicial até que sentença normativa, convenção coletiva de trabalho ou acordo coletivo de trabalho superveniente produza sua revogação, expressa ou tácita, respeitado, porém, o prazo máximo legal de quatro anos de vigência”.

Em verdade, a Seção de Dissídios Coletivos do TST empresta ao art. 114, § 2º, da Constituição um alcance mais largo, uma interpretação teleológica consentânea com a intenção do poder constituinte, pois vem de proclamar a ultra-atividade das conquistas históricas da categoria, ainda quando a fonte do direito tenha episodicamente passado a ser não mais uma convenção ou acordo coletivo, e sim uma sentença normativa, como se pode extrair de aresto paradigmático:

“CLÁUSULA PREEXISTENTE. CONQUISTA DA CATEGORIA. A Constituição da República, no art. 114, § 2º, com a redação introduzida pela Emenda Constitucional nº 45/04, dispõe que, no julgamento do dissídio coletivo de natureza econômica, pode a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente. Na hipótese, a garantia de emprego ao empregado portador de doença profissional ou ocupacional é um direito reconhecido à categoria, conquistado desde 1985, conforme revela a prova produzida nos autos. Nesse contexto, em que pese a norma coletiva imediatamente anterior possuir natureza heterônoma (sentença normativa), é plausível, do ponto de vista social e jurídico, a manutenção da cláusula de garantia de emprego que vem sendo convencionada ao longo dos anos pelas partes, constando, inclusive, nas normas coletivas autônomas celebradas individualmente com integrantes da categoria econômica, sobretudo quando se constata que os sindicatos suscitados postulam a exclusão sem apresentar razões de cunho econômico, social ou mesmo operacional que inviabilizem a manutenção do direito. Precedentes. Recurso ordinário conhecido e não provido.” (TST, Seção Especializada em Dissídios Coletivos, RODC 2010000-68.2008.5.02.0000, Rel. Min. Walmir Oliveira da Costa, julgado em 12.04.2010, DEJT 30.04.2010)

DOCTRINA

Em igual sentido, podem ser referidos vários outros precedentes judiciais, indicados na sessão de abril de 2008 da SDC e pacificamente reiterados nos quatro anos seguintes: TST-RODC-143900-69.2004.5.04.0000, Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado, publicação em 09.05.08; TST-RODC-103100-33.2003.5.04.0000, Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado, publicação 13.06.08; TST-RODC-38300-71.2003.5.12.000, Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado, publicação em 27.06.08; TST-RODC-207600-19-2004.5.04.0000, Rel.^a Min.^a Dora Maria da Costa, publicação em 29.08.08; TST-RODC-6400-80.2007.5.03.0000, Rel. Min. Márcio Eurico Vitral Amaro, publicação 20.02.09; TST-RODC-140700-48.2004.5.15.0000, Rel.^a Min.^a Kátia Magalhães Arruda, publicação 27.03.09; TST-RODC-59300-52.2003.5.04.0000, Rel. Fernando Eizo Ono, publicação 26.06.09; TST-RODC-2013500-16.2006.5.02.0000, Rel. Min. Márcio Eurico Vitral Amaro, publicação 20.11.09; TST-RODC-175800-07.2003.5.04.0000, Rel.^a Min.^a Kátia Magalhães Arruda, publicação 20.11.09; TST-RODC-95100-91.2004.5.01.0000, Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado, publicação 26.02.2010; TST-RODC-2033200-41.2007.5.02.0000, Rel.^a Min.^a Dora Maria da Costa, publicação 28.06.2010.

Irresistível rematar que entendimento contrário somente avultaria a posição desconfortável do trabalhador brasileiro, no início do terceiro milênio: inviabilizando-se a obtenção de condições mais justas de trabalho por meio de dissídio coletivo e se negando a sobrevivência das conquistas obtidas em conflitos coletivos precedentes, estar-se-ia estimulando o empregador à resistência, pura e simples. O empregador que não se oferecesse à negociação lograria obter a supressão das conquistas históricas da categoria obreira.

Se é certo que a jurisprudência consagrou o comum acordo como requisito para o ajuizamento do dissídio coletivo, baseado no texto constitucional (art. 114, § 2º), também é certo que não deixou os trabalhadores ao desabrigo da norma coletiva, vez que o pacto anterior persistirá valendo no mundo jurídico-laboral. De modo contrário, não haveria a “paridade de armas”, absolutamente essencial ao equilíbrio das forças no processo de negociação coletiva.

A nova redação da Súmula nº 277 do TST afinou a jurisprudência brasileira com a orientação predominante entre os povos que prestigiam a vontade coletiva, com os valores sociais fundantes do Direito Laboral e, especialmente, com a atual Constituição da República, pois é indubitoso que a Carta Maior valoriza os processos de negociação coletiva, enaltecendo a necessária observância das convenções e acordos coletivos de trabalho (art. 7º, XXVI). Com absoluta coerência, prescreveu em seguida uma limitação ao poder normativo da Justiça do Trabalho, em seu art. 114, § 2º, ao estabelecer que a sentença

normativa deverá respeitar invariavelmente “as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente”¹⁸.

Se a sentença normativa não pode reduzir ou suprimir conquistas obreiras asseguradas mediante convenção ou acordo coletivo, infere-se que essas normas coletivas são as que já tiveram exaurido o seu período de vigência, ou seja, aquelas que vigoravam até a última data-base, pois se elas ainda estivessem vigorando decerto não seria instaurado o dissídio coletivo. E, se a sentença normativa não pode infringir o conteúdo das convenções e acordos coletivos de trabalho, induz-se que esse conteúdo subsiste, obviamente subsiste.

Logo, as melhores condições de trabalho asseguradas em convenção coletiva anterior não podem ser suprimidas mediante ação normativa do Estado (Poder Judiciário) ou pela ausência de negociação coletiva de trabalho. Somente uma nova convenção coletiva, nunca uma sentença normativa ou o vazio normativo, poderá reduzir direitos resultantes de negociação coletiva de trabalho.

7 – À GUIZA DE CONCLUSÃO

A ultra-atividade da norma coletiva, agora retratada na Súmula nº 277 do TST, concilia a jurisprudência com os princípios regentes do Direito do Trabalho, com o pressuposto legal da continuidade normativa e, em especial, com a regra textualmente consagrada no art. 114, § 2º, da Constituição.

Os precedentes do STF referidos pela jurisprudência que serviu à elaboração da Súmula nº 277 do TST, bem assim aqueles mencionados em julgamentos recentes do próprio STF, remetem, em última análise, ao texto da Emenda Constitucional nº 1 de 1969, que estabelecia apenas uma regra de competência. A base jurídica de tais precedentes não foi, portanto, a Constituição Federal em vigor.

18 Sem itálico no original. Na redação original desse dispositivo, nele se lia: “Recusando-se qualquer das partes à negociação ou à arbitragem, é facultado aos respectivos sindicatos ajuizar dissídio coletivo, podendo a Justiça do Trabalho estabelecer normas e condições, *respeitadas as disposições convencionais e legais mínimas de proteção ao trabalho*”. Na redação que lhe deu a Emenda Constitucional nº 45/04, o art. 114, § 2º, manteve a regra da ultra-atividade das normas coletivas, conforme se vê no texto acima. Acerca da ultra-atividade da norma coletiva como bloqueio ao poder normativo da Justiça do Trabalho, Ives Gandra Martins Filho (MARTINS FILHO, Ives Gandra. *Processo coletivo do trabalho*. São Paulo: LTr, 1996. p. 45) já endossava essa orientação, nominava os membros do Tribunal Superior do Trabalho e festejados laboristas que a perfilhavam, com base em artigos doutrinários que fizeram publicar, enfatizando, por derradeiro, a necessidade, externada em acórdão da SDC do TST (TST-RO-DC 90551/93.4, Rel. Min. Manoel Mendes de Freitas, DJU 27.10.94, p. 29.266), de “as denominadas conquistas da categoria, decorrentes de acordos coletivos, convenções coletivas ou decisões normativas anteriores, para que possam ser apreciadas, devem ser especificadas uma a uma, como as demais cláusulas da representação, sob pena de julgar-se inepto o pedido a respeito”.

DOCTRINA

A jurisprudência que emana da Seção de Dissídios Coletivos do Tribunal Superior do Trabalho já sinalizava um claro dissenso com a orientação predominante nos órgãos fracionários que, inspirados na antiga redação da Súmula nº 277, afastavam a eficácia da norma coletiva após seu prazo de vigência, ainda que outra norma coletiva não houvesse surgido a reger as relações coletivas de trabalho correspondentes.

A nova redação da Súmula nº 277 do TST não cria direitos e benefícios. Permite, ao invés, que as regras coletivas se desenvolvam sobre os pontos relevantes, ou seja, a propósito dos direitos não regidos pela norma coletiva de trabalho precedente, salvo se há a intenção de modificá-los ou suprimi-los.

Além disso, atende à lógica prevista no art. 7º da CF quando trata da preservação dos direitos que visem à melhoria das condições sociais dos trabalhadores. Leva, enfim, ao equilíbrio de forças, absolutamente essencial à negociação coletiva no contexto de um estado democrático (princípio da equivalência entre os contratantes coletivos).

A ultra-atividade condicional, ou seja, aquela que faz a norma coletiva prevalecer até que a cláusula de interesse seja eventualmente derogada por norma coletiva posterior, promove a harmonia entre os atores coletivos da relação laboral, impondo a negociação coletiva de trabalho como um modo necessário de rever conquistas obreiras, sem o artifício de tê-las suprimidas pela mera passagem do tempo.

NOTAS SOBRE O SISTEMA RECURSAL DO PROJETO DE CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E O PROCESSO DO TRABALHO

Estêvão Mallet*

1 – INTRODUÇÃO

Não é impertinente avaliar as características gerais do Projeto de Código de Processo Civil e considerar repercussão que a sua aprovação terá ou poderá ter no âmbito do processo do trabalho. Inovações da legislação processual civil quase sempre põem problemas novos para o processo do trabalho. Mudanças menos abrangentes do que a revisão integral de uma codificação, como as empreendidas pelas Leis ns. 11.232 e 11.280, para mencionar apenas duas, já suscitaram vários e extensos questionamentos, em doutrina e jurisprudência, sobre, por exemplo, a possibilidade de reconhecimento de ofício da prescrição ou a incidência, na execução trabalhista, do acréscimo de 10% ao crédito exequendo, em caso de não cumprimento do mandado de pagamento¹. Ademais, as novidades do processo civil têm particular interesse em um campo como o do processo do trabalho, em que têm sido pouco significativos os avanços. O que se evoluiu com as comissões de conciliação e com o procedimento sumaríssimo foi muito pouco ou quase nada. O processo do trabalho, nos seus traços principais, permanece, portanto, o mesmo desde a aprovação da Consolidação das Leis do Trabalho.

As limitações impostas ao presente texto fazem com que nele seja considerada apenas uma pequena parte do Projeto de Código de Processo Civil. Nem haveria como discorrer sobre todo o texto legal proposto em um mero artigo, necessariamente sintético. Serão examinados, portanto, tão somente alguns aspectos dos dois Títulos do Projeto relacionados com os processos nos tribunais e os recursos, ou seja, os Títulos I e II do Livro IV, tendo já em

* *Advogado; Professor de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.*

1 Cf., entre tantos textos: TOLEDO FILHO, Manoel Carlos. O novo § 5º do artigo 219 do CPC e o processo do trabalho, *Revista do TST*, Brasília, vol. 72, n. 2, maio/ago. 2006, p. 67 e segs.; VALÉRIO, João Norberto Vargas. Decretação da prescrição de ofício: óbices jurídicos, políticos, sociais, lógicos, culturais e éticos, *Revista do TST*, Brasília, vol. 72, n. 2, maio/ago. 2006, p. 112 e segs.

conta as alterações propostas pelo relator geral². Antes de examiná-los sob a perspectiva do processo do trabalho, no entanto, convém considerá-los do ponto de vista formal, apontando ainda algumas omissões e imprecisões técnicas mais significativas.

2 – A FORMA

Certamente, a forma, particularmente no que toca à redação, não é o mais importante elemento da lei. A expressão normativa é, no fundo, mero instrumento para a veiculação da regra. A lei, bem se sabe, é muito mais do que o seu texto. Como dito por Celso, “conhecer as leis não é ater-se a suas palavras, mas compreender sua força e efeitos”³. Mais ainda, não se deve mutilar uma ideia só “porque no guarda-roupa dos séculos passados não encontramos um traje talhado para ela”, advertiu Clóvis Beviláqua, ao defender o texto do Projeto de Código Civil das duras críticas formais que sofreu⁴. Sem embargo, não há razão para que não se aprimore a forma dos textos legais, sempre que isso possa ser feito sem perda da qualidade normativa. O que Rui Barbosa fez com as suas considerações sobre o Projeto de Código Civil, se pouco ou quase nada acrescentou à substância da lei⁵, transformou o antigo Código em padrão de boa redação jurídica, que não ficava nada a dever às melhores codificações existentes. Ao Código brasileiro se aplica o juízo feito por Planiol sobre a precisão e a clareza dos dispositivos do *Code Civil* francês: “n’ont jamais été surpassées, et bien rarement atteintes”⁶.

Pois bem, a redação do Projeto ostenta imperfeições evidentes. O art. 891, no texto alterado pelo relator geral, está assim redigido:

“Art. 891. Ressalvadas as preferências legais, os recursos serão julgados na seguinte ordem:

I – em primeiro lugar, aqueles nos quais for realizada sustentação oral, observada a precedência de seu pedido;

II – depois aqueles cujo julgamento tenha iniciado na sessão anterior;

2 Texto comparativo do Projeto, considerados o Código vigente, a proposta original e as alterações apresentadas no relatório geral, encontra-se disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=84496>>. Acesso em: 5 nov. 2012.

3 Digesto, I, III, 17.

4 *Em defeza do projecto de Codigo Civil Brasileiro*. XI. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1906.

5 Veja-se, a propósito, a observação de Pontes de Miranda, em: *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*. n. 46. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 84.

6 *Traité élémentaire de droit civil*. Tome premier. Paris: LGDJ, 1932. § 94, p. 38.

III – depois os pedidos de preferência apresentados até o início da sessão de julgamento;

IV – por último, os demais casos.”

Não se mostra feliz a forma utilizada. Além do conflito entre os tempos verbais do *caput* (“serão julgados”) e do inciso I (“for realizada”), não é necessária a alusão, no inciso I, a “em primeiro lugar”, nem a dupla repetição do “depois” nos incisos II e III, muito pouco elegante do ponto de vista estilístico. A referência no *caput* do dispositivo à ordem de julgamento dos recursos já indica, com suficiente clareza, a sequência a observar-se.

Também está a reclamar correção a menção, no art. 893, § 2^o, a “instância inferior”, para indicar o juízo competente para a instrução da causa, na hipótese de necessidade de outras provas. A expressão – além de a palavra instância, por si só, constituir “fonte de dúvidas e equívocos”, como já advertia a Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 1973⁸ – é tecnicamente desacertada. Não existe hierarquia entre os diferentes órgãos jurisdicionais, senão mera distribuição de competências. Por isso, Pontes de Miranda criticava, desde o Código de Processo Civil de 1939, o termo “carta de ordem”, ao lembrar que um juiz “em nada é inferior” a outro, sejam eles quais forem⁹. Daí tampouco justificar-se a determinação do art. 960, de “baixa dos autos ao juízo de origem”, após o trânsito em julgado¹⁰. Não há juízos superiores e inferiores, o que desaconselha o uso de locuções indicativas de deslocamento vertical para movimentos realizados entre diferentes juízos, por mais que sejam tais locuções correntes nos meios forenses, como subida ou baixa de autos. Melhor é aludir-se apenas à remessa dos autos, se é que no contexto do processo eletrônico ainda faz sentido a expressão.

De outro lado, o apuro terminológico do Código de Processo Civil de 1973 parece não estar presente em todos os dispositivos do Projeto. O diploma em vigor, como lembra a doutrina, esmerou-se “na precisão da linguagem”, especialmente no uso dos termos processo, procedimento e autos¹¹. Não os emprega de modo inapropriado ou confuso¹². No Projeto, porém, não se vê o

7 Corresponde ao art. 858, § 2^o, do Projeto original.

8 Item 6.

9 *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 1947. p. 166.

10 Corresponde ao art. 919 do Projeto original.

11 CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. n. 153. São Paulo: RT, 1986. p. 248.

12 É um cuidado que não se vê no Código de Processo Civil de Portugal. O art. 163^o, por exemplo, sob a rubrica “Composição de autos e termos”, no item 1, refere-se aos elementos que “os autos” devem conter. Logo no item 3 do mesmo artigo, porém, o legislador tropeça, para dizer que “O processo será atuado de modo a facilitar a inclusão das peças que nele são sucessivamente incorporadas e a impedir o

mesmo cuidado. O art. 945 prevê que o Ministério Público, nas reclamações que não houver formulado, tenha “vista do processo”. É claro que a vista será dos autos, não do processo, o qual, como relação jurídica de natureza abstrata, não pode ser objeto de vista.

Em outros pontos, o Projeto ora refere-se a instância ora a grau de jurisdição, para designar a mesma ideia, ou seja, o juízo perante o qual tramita o processo. No § 2º do art. 945, segue-se a linha mais correta. Na disciplina do julgamento repetitivo, estabelece-se que: “os processos em que se discute idêntica controvérsia de direito e que estiverem em primeiro grau de jurisdição ficam suspensos por período não superior a doze meses, salvo decisão fundamentada do relator”. É o que se vê também no art. 10, na importante regra de ampliação do contraditório, para evitar as chamadas decisões-surpresa¹³. Ao tratar dos honorários advocatícios, no entanto, o art. 87, § 6º, menciona “instância recursal”. Mas, consoante a justa advertência da Exposição de Motivos ao vigente Código de Processo Civil, “o rigor da ciência jurídica depende substancialmente da pureza da linguagem não devendo designar com um nome comum institutos diversos, nem institutos iguais com nomes diferentes”¹⁴.

Enfim, o texto do Projeto está a necessitar de aprimoramento formal, inclusive nos Títulos dedicados aos processos nos tribunais e aos recursos.

3 – OMISSÕES

Nenhuma lei consegue regular antecipadamente todas as situações que se podem verificar. A riqueza dos acontecimentos supera sempre a capacidade de previsão do mais arguto legislador. Nem extenso e indesejável rol casuísta consegue tudo prever. São inexoráveis, portanto, as lacunas. A suposição de completude do ordenamento não resiste ao exame dos fatos. É, como se disse certa feita, uma tese óbvia a “strutturale inadeguatezza del diritto positivo a regolare tutti i possibili comportamenti uamni”¹⁵.

De qualquer modo, algumas situações mais evidentes não devem ser deixadas deliberadamente sem regulamentação. Certas omissões podem e devem

seu extravio (...).” Nos artigos seguintes o erro se repete. O art. 165º, nº 2, confere às partes o direito de “rubricar quaisquer folhas do processo” e o art. 169º, nº 1, cogita de entrega aos mandatários judiciais e magistrados do Ministério Público de “processos pendentes”.

13 Sobre as decisões-surpresa, no direito alemão: GUINCHARD, Serge et al. *Droit processuel – droit commun et droit comparé du procès*. n. 473. Paris: Dalloz, 2003. p. 736. Para rápido exame do tema, no direito português: ABÍLIO NETO. *Código de Processo Civil anotado*. Lisboa: Ediforum, 1997. p. 54.

14 Item 26.

15 CORSALE, Massimo. Lacune dell’ordinamento. In: *Enciclopedia del diritto*. XXIII. Varese: Giuffrè, 1973. p. 267.

ser evitadas, especialmente quando dão margem a indesejáveis controvérsias ou a ambiguidades. O art. 892 do Projeto, por exemplo, disciplina a ordem de manifestação das partes, ao ensejo do julgamento perante o tribunal¹⁶. Estabelece, de maneira limitada, que “depois da exposição da causa pelo relator, o presidente dará a palavra, sucessivamente, ao recorrente e ao recorrido, pelo prazo improrrogável de quinze minutos para cada um, a fim de sustentarem as razões nas seguintes hipóteses (...)”. A solução proposta mostra-se indevidamente omissa. Haveria de ter sido redigida de maneira mais completa.

De um lado, a regra proposta não considera a hipótese de ambas as partes serem ao mesmo tempo recorrentes e recorridas. Quando é assim, quem deve falar em primeiro lugar? É natural que fale antes o autor¹⁷. Mas a solução não se encontra expressa na lei.

O problema torna-se ainda mais complexo quando um dos recursos é interposto sob a forma adesiva. Se recorre o réu e o autor oferece recurso adesivo, ainda assim deve o último falar antes? Não parece fazer sentido que seja assim, diante do nexo de dependência que existe entre o recurso adesivo e o principal. Em alguns Regimentos Internos, dispõem-se expressamente que a primazia do autor-recorrente para falar não se aplica ao caso de recurso adesivo¹⁸. O Projeto não considera a hipótese, todavia.

Para arrematar o tema da ordem de manifestação das partes, põe-se o problema da participação do Ministério Público na sessão de julgamento. Deve o seu representante falar sempre depois, ainda quando seja parte na causa e recorrente, inclusive o único a ter impugnado a decisão? É o que se deduz da regra do art. 145, § 4º, do Regimento Interno do Tribunal Superior do Trabalho¹⁹. Mas o Supremo Tribunal Federal considerou inaceitável a solução, em matéria processual penal, diante da garantia do devido processo legal. Se a apelação é do Ministério Público, decidiu a Corte, “a sustentação oral do representante do Ministério Público, sobretudo quando seja recorrente único, deve sempre

16 Corresponde ao art. 857 do Projeto original.

17 Sobre a ordem de apresentação de memoriais, mas com considerações válidas também para a ordem de manifestação oral na sessão de julgamento: TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz e. Indevido processo legal decorrente da apresentação simultânea de memoriais. In: *Devido processo legal e tutela jurisdicional*. São Paulo: RT, 1993. p. 94 e segs.

18 O Regimento Interno do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região trata da seguinte forma a questão: “Art. 134. Na sessão de julgamento, quando da sustentação oral, falará em primeiro lugar: I – o recorrente; II – o autor, se houver dois ou mais recursos, salvo a hipótese de recurso adesivo, caso em que falará após o recorrente principal”.

19 “Art. 145. Ressalvado o disposto no art. 131, § 13, a sustentação oral será feita de uma só vez, ainda que arguida matéria preliminar ou prejudicial, e observará as seguintes disposições: (...) § 4º Quando for parte o Ministério Público, seu representante poderá proferir sustentação oral após as demais partes, sendo-lhe concedido prazo igual ao destas.”

preceder à da defesa, sob pena de nulidade do julgamento”²⁰. *Mutatis mutandis*, o mesmo vale para o processo comum e para o processo do trabalho. Se o Ministério Público é parte, não fiscal da lei, deve manifestar-se na oportunidade cabível às partes, em respeito, inclusive, ao contraditório. Tudo recomenda, de qualquer modo, solução legal expressa, voltada a evitar controvérsias, solução não enunciada no Projeto.

De outro lado, não leva em conta o Projeto a possibilidade de antecipação da proposta de voto pelo relator, algo previsto no Regimento Interno do Tribunal Superior do Trabalho²¹, e que tem se revelado de grande utilidade prática. Afinal, a depender do teor da proposta de voto, pode-se tornar desnecessária a manifestação das partes, com ganho de tempo para todos e de eficiência no julgamento. A omissão existente no Projeto é indesejável porque em alguns Tribunais Regionais do Trabalho, diante da falta de parâmetros legais, adota-se incompletamente a solução inovadora do Regimento Interno do Tribunal Superior do Trabalho, criando-se sérias dificuldades para as partes. Admite-se a antecipação de voto pelo relator, mas sem a ressalva de restituição à parte do direito à palavra, em caso de oferecimento de voto divergente por algum outro julgador²². Fica a parte diante do dilema de ter de falar desde logo, com a prática de ato que bem pode mostrar-se desnecessário, ou de abrir mão, de maneira irrevogável, do direito à palavra. Apenas a sensibilidade de alguns magistrados é que leva a solução ainda mais heterodoxa, com a colheita de mais votos, a fim de avaliar a real necessidade de uso da palavra pela parte. No fundo, tudo indica a importância de disciplina legal da matéria, sanando-

20 STF – HC 87.926/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, julg. 20.02.08, DJe-074, divulg. 24.04.08, pub. 25.04.08. O Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul é expresso: “§ 8º Havendo recurso da acusação, ainda que exclusivo, o órgão do Ministério Público falará antes da defesa e nas ações penais de iniciativa privada, depois do querelante” (art. 177, § 8º).

21 “Art. 145. (...) § 1º Ao proferir seu voto, o Relator fará um resumo da matéria em discussão e antecipará sua conclusão, hipótese em que poderá ocorrer a desistência da sustentação, ante a antecipação do resultado. Havendo, porém, qualquer voto divergente daquele anunciado pelo Relator, o Presidente voltará a facultar a palavra ao advogado desistente. Não desistindo os advogados da sustentação, o Presidente concederá a palavra a cada um dos representantes das partes, por dez minutos, sucessivamente.” Regra idêntica consta do art. 138, § 1º, do Regimento Interno do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região.

22 É essa, em grande medida, a solução vigente no Regimento Interno do Tribunal do Trabalho da 2ª Região, cujo art. 100 estabelece: “Art. 100. Findo o relatório, o Presidente da sessão dará a palavra aos Advogados para debates, pelo prazo de 10 (dez) minutos a cada um, prorrogável por mais 5 (cinco) minutos quando a matéria for considerada relevante. § 1º A sustentação oral será feita pela ordem de recorrente e recorrido; havendo recurso de vários litigantes, falará primeiro o autor. Havendo litisconsortes representados por mais de um Advogado, o tempo será computado em dobro e distribuído proporcionalmente entre eles. (...) § 4º O Presidente da sessão poderá facultar que o Relator antecipe a conclusão do voto, restituindo-lhe a palavra após os debates”. No Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região, permita-se seja adiantada a conclusão do voto pelo relator e pelo revisor “a fim de que o advogado exerça a opção de aguardar o desenrolar da votação para fazer, ou não, a sustentação oral” (art. 53, § 3º).

se a omissão existente no Projeto, para estabelecimento de procedimento mais seguro e uniforme de julgamento.

4 – IMPRECISÕES TÉCNICAS

Há, nos Títulos relativos aos recursos e aos processos nos tribunais, algumas imprecisões técnicas no Projeto que merecem referência.

Uma delas encontra-se no art. 962, que estabelece: “O julgamento proferido pelo tribunal substituirá a decisão interlocutória ou a sentença impugnada no que tiver sido objeto de recurso”²³. A regra repete, com mínimas alterações formais, o texto do art. 512 do vigente Código de Processo Civil. O enunciado não é correto, todavia, por duas diferentes razões. Em primeiro lugar, não há substituição quando o recurso não é conhecido²⁴. Se a apelação não é examinada no mérito, por falta de alguma condição de admissibilidade, permanece a sentença impugnada. É ela que se vai executar ou cumprir, não o acórdão de não conhecimento do recurso. A substituição supõe necessariamente o conhecimento do recurso. É o que explica, aliás, a previsão da Súmula nº 192, I, do Tribunal Superior do Trabalho.

Em segundo lugar, e mais importante, a substituição não é inerente a todo recurso. Depende de sua função. Há recurso com função substitutiva e recurso com função rescindente²⁵. No caso de recurso com função rescindente, por conta de *error in procedendo*, não há substituição, ainda que seja ele conhecido e provido²⁶. A decisão tomada pelo juízo *ad quem* limita-se a anular o pronunciamento anterior, sem o substituir por outro. Em resumo, correto seria dizer: “O julgamento proferido pelo tribunal, quando conhecido o recurso, substituirá, no que tiver sido objeto de recurso, a decisão interlocutória ou a sentença impugnada, se não a anular”. O Projeto, ao repetir o texto do vigente Código, não repara deficiência técnica, que poderia ser eliminada sem grande dificuldade.

Outro defeito técnico do Projeto está presente no art. 977. Depois de admitir, no art. 976, em um inciso específico, a utilização de embargos de declaração para a correção de erro material, o texto do Projeto menciona, no art. 977, o que deve a petição do recurso indicar, referindo-se apenas a “ponto

23 Corresponde ao art. 921 do Projeto original.

24 FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. 7. São Paulo: RT, 2001. p. 78.

25 Para a distinção, no campo da apelação civil, mas com considerações de caráter geral: CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *Sobre os limites objetivos da apelação civil*. São Paulo: Tese, 1986. p. 73 e segs.

26 TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Código de Processo Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 373.

obscuro, contraditório ou omissivo”. Previstos os embargos também para corrigir erro material, a petição pode não discutir obscuridade, contradição ou omissão. O texto do art. 977, correspondente ao art. 938 do Projeto original, não leva em conta a amplitude dada aos embargos pelo artigo anterior, com o acréscimo feito no relatório geral.

Por fim, o Projeto formula, de maneira tecnicamente criticável, exigência que não faz sentido e que contrasta com o que se vê em passagens distintas do seu texto. O art. 964²⁷ inclui, tal como o art. 514 do atual Código de Processo Civil, a qualificação das partes como requisito da petição de apelação. Se fosse relevante a exigência, não haveria motivo para formulá-la apenas na apelação, sem repeti-la nos demais recursos. Mas o Projeto dela não cogita no agravo de instrumento²⁸, no recurso extraordinário ou no recurso especial²⁹, a mostrar que se trata efetivamente de providência quase sempre desnecessária, tanto que a jurisprudência já a tem deixado de lado, mesmo diante do direito posto³⁰. Somente no caso de recurso de terceiro prejudicado, que ingressa no processo ao impugnar a decisão, é que se poderia cogitar da necessidade de qualificação do recorrente. No caso indicado, a exigência há de ter caráter geral, para qualquer recurso interposto pelo terceiro prejudicado, não apenas para a apelação.

5 – A ÊNFASE NA INSTRUMENTALIDADE

Sempre se menciona a instrumentalidade das formas como um importante valor a ser perseguido, quando não um princípio a ser observado na aplicação da legislação processual³¹, especialmente após a evolução científica do processo. Afinal, “repelida a forma pela forma, forma oca e vazia, a sua persistência ocorre apenas na medida de sua utilidade ou como fator de segurança”³². Não falta quem aluda, no particular, a um verdadeiro “sobredireito processual”³³.

27 Corresponde ao art. 924 do Projeto original.

28 Cf. art. 970 do Projeto.

29 Cf. art. 983 do Projeto.

30 “A despeito do disposto no art. 514, I, do CPC, a qualificação das partes na interposição da apelação não é imprescindível, por já constarem em outras peças incluídas nos autos.” (TJ – SP, 7ª Câmara. Dir. Priv., AP nº 0033678-79.2005.8.26.0309, Rel. Des. Elcio Trujillo, jul. 18.05.2011)

31 Coqueijo Costa refere-se à instrumentalidade como um dos princípios cardeais aplicáveis em matéria de nulidade processual (*Direito processual do trabalho*. n. 370. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 364). Liebman igualmente arrola a instrumentalidade entre os princípios gerais do processo (*Corso de diritto processuale civile*. n. 53. Milano: Giuffrè, 1952. p. 112).

32 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. n. 2.3. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 6.

33 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual: tentativa de compatibilização*. n. 14. São Paulo: Tese, 2005. p. 57.

Mais importante ainda é a instrumentalidade no processo do trabalho, concebido para ser conduzido também por leigos (CLT, art. 791, *caput*), que no mais das vezes não conhecem com exatidão as formalidades exigidas para a prática de certos atos.

A realidade forense, no entanto, está muito longe de dar guarida à instrumentalidade, menos nos termos em que preconizada pela doutrina. Não faltam exemplos de casos em que deslizos mínimos, irrelevantes, são invocados para impedir o exame do mérito das pretensões em discussão. Houve um caso em que a procuração, utilizada para a impetração de mandado de segurança, embora perfeitamente regular e trazida na petição inicial, veio após o substabelecimento. Extinto o mandado de segurança, sob o impróprio fundamento de falta de poderes de representação, por manifesto erro de percepção das peças dos autos, os embargos de declaração apresentados para correção do equívoco não mereceram provimento. Aduziu-se: “O normal é que o instrumento de procuração esteja juntado antes do substabelecimento. Esse veio aos autos à fl. 17, a procuração à fl. 395, o que torna impossível a localização da mesma. Ademais, não é através de Embargos de Declaração que se discute essa questão, pretendendo o autor apenas modificar a decisão”³⁴. Em outra oportunidade, mero erro na identificação do ano do processo impediu o conhecimento de impugnação a cálculos, em pronunciamento mantido por Tribunal Regional³⁵. Mais recentemente, a despeito de constarem em guia de recolhimento de custas todos os dados necessários e suficientes à identificação do processo, inclusive o nome de ambas as partes, o número do processo e o código de recolhimento, a mera falta dos dígitos atinentes à Vara serviu de pretexto para o não conhecimento de recurso, sob o argumento de deserção³⁶. São soluções que desatendem, a mais não poder, a ideia de instrumentalidade. Elas não encontram, é verdade, nenhum respaldo na jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, muito mais sensível ao princípio da instrumentalidade, em matéria de erro na numeração lançada na guia de custas ou de depósito recursal³⁷. O Projeto, após as

34 TRT da 2ª Região, SDI 5, MS nº 13357200700002001, julg. 03.09.08, DJ 25.09.08.

35 A ementa do acórdão registra: “Petição protocolizada com número errado. Preclusão. Compete à parte zelar pela prática dos atos processuais, restando inconcebível a pretensão de repasse de sua responsabilidade à Secretaria da Vara, devendo ser mantida a preclusão quanto à discussão relativa a meros cálculos” (TRT da 2ª Região, 2ª T., AP nº 02641200105602001, Ac. nº 20080284412, julg. 03.04.08, DOE 22.04.08).

36 TRT da 2ª Região, 13ª T., Proc. nº 0000321-81.2011.5.02.0062, Ac. nº 20120951104, julg. 14.08.2012, DJe 24.08.2012. Na mesma linha: “O erro na indicação do número do processo no comprovante de recolhimento do depósito recursal impossibilita o conhecimento do recurso por deserção” (TRT da 10ª Região, 1ª T., Proc. nº 00217-2007-011-10-00-3, julg. 27.06.07, DJ 13.07.07).

37 Cf., por exemplo: “Não constitui irregularidade passível de inviabilizar o conhecimento do recurso o fato de a guia de custas não conter o número do processo ou mesmo o nome das partes, nem mesmo

modificações introduzidas no relatório geral, procura eliminar de vez o problema e o faz de modo bastante firme, com diferentes regras, que trazem inovações significativas. Em várias passagens ressalva, no âmbito recursal, a irrelevância de defeitos menores, de natureza formal exclusivamente, a fim de permitir o julgamento do mérito de recursos.

O art. 961, por exemplo, ao disciplinar o pagamento do preparo, estabelece, no § 2º, que “o equívoco no preenchimento da guia de custas não resultará na aplicação da pena de deserção, cabendo ao relator, na hipótese de dúvida quanto ao recolhimento, intimar o recorrente para sanar o vício no prazo de cinco dias ou solicitar informações ao órgão arrecadador”³⁸. Compreende-se. Se as custas foram pagas, podendo-se apurar a circunstâncias, inclusive por meio de informação prestada pelo órgão arrecadador, qual o motivo para deixar de conhecer do recurso? A finalidade do ato não foi atingida?

Outro dispositivo com o mesmo propósito é o art. 971, que trata das peças necessárias à formação do instrumento de agravo. O § 3º afasta o não conhecimento do recurso, por falta de peça obrigatória, ao estabelecer: “A falta de peça obrigatória não implicará a inadmissibilidade do recurso se o recorrente, intimado, vier a supri-la no prazo de cinco dias”³⁹. A aplicação da regra proposta no processo do trabalho encontra obstáculo na previsão do § 5º do art. 897 da CLT, que comina a sanção de não conhecimento para a hipótese de formação deficiente do agravo. A entrada em vigor do dispositivo deixará o processo do trabalho defasado e preso a um formalismo pouco justificável.

Por fim, o art. 983, § 2º, traz norma aplicável ao recurso extraordinário e ao recurso especial, mas que bem poderia estampar postulado geral, pertinente a todo e qualquer recurso: “Quando o recurso tempestivo contiver defeito formal

qualquer outro dado que a identifique como sendo relativa ao respectivo processo” (TST – SDI, Proc. E-RR-8015/2003-003-09-00, Rel. Ministro Lelio Bentes Corrêa, DJU 17.04.09); “(...) afigura-se despiçando o registro, na guia de custas, do número do processo e da Vara do Trabalho por onde ele tramitava, quando preenchidos os requisitos legais e consignadas outras informações capazes de identificar o processo para o qual se destinou o recolhimento das custas” (TST – SDI-I, Proc. RR – 7862300-75.2003.5.02.0900, Relª Minª Maria de Assis Calsing, julg. 19.05.08, DJU 23.05.08) e “No caso dos autos, não obstante a ausência do número do processo a que se refere, verifica-se, do comprovante de recolhimento eletrônico de custas à Receita Federal, que consta a razão social e o CNPJ da primeira reclamada, o código 8019, a data do pagamento, a indicação do valor recolhido e a respectiva autenticação bancária. Diante disso, a irregularidade apontada pelo Tribunal Regional quanto ao incorreto preenchimento do comprovante de recolhimento é insuscetível de embasar o não conhecimento do recurso ordinário, por conta da evidência de o recolhimento, mesmo efetuado naquelas condições, ter atingido a finalidade do ato processual relativo ao preparo do apelo” (TST – SDI-I, Proc. E-ED-RR nº 84800-98.2006.5.02.0056, Rel. Min. Renato de Lacerda Paiva, julg. 26.09.2011, DJe 07.10.2011).

38 Não há disposição correspondente no Projeto original.

39 Não há disposição correspondente no Projeto original.

que não se repute grave, o Superior Tribunal de Justiça ou Supremo Tribunal Federal poderão desconsiderar o vício, ou mandar saná-lo, julgando o mérito⁷⁴⁰. Acolhe-se a ideia de “riparabilità del vizio di forma”, lembrada por Liebman⁴¹. Não há óbice à importação do dispositivo para o processo do trabalho, de modo a aplicá-lo ao recurso de revista, de embargos e, naturalmente, ao recurso extraordinário interposto em causas trabalhistas. A dificuldade maior consiste em delimitar o conceito de “defeito formal que não se repute grave”. Figure-se o caso de recurso interposto com depósito recolhido em montante ligeiramente inferior ao devido. Hoje não há dúvida em torno da deserção⁴². É a solução correta em face do direito posto, como já se proponha antes da consolidação da jurisprudência⁴³. Com a aprovação do Projeto, no entanto, o resultado há de ser outro. A falta de alguns centavos insere-se, sem esforço, no conceito de defeito formal que não é grave.

6 – INOVAÇÕES IMPORTANTES DO PROJETO E O EXEMPLO DO PROCESSO DO TRABALHO

Entre as mais importantes inovações do Projeto no campo estão a não suspensividade *ex lege* dos recursos e a redução do âmbito de cabimento do agravo de instrumento. A primeira novidade consta do art. 949: “Os recursos, salvo disposição legal em sentido diverso, não impedem a eficácia da decisão”⁴⁴. A segunda resulta da conjugação do art. 969⁴⁵ com o parágrafo único do art. 963. Ambas têm suscitado forte resistência de alguns. Houve quem escrevesse que as inovações propostas, ao lado de outras, colocam “em grande risco o direito de um justo processo legal e, como consequência, a própria integridade de todos os nossos direitos tão arduamente conquistados nas últimas décadas”⁴⁶. A experiência do processo do trabalho mostra, contudo, que o receio não se justifica.

A não suspensividade dos recursos já é a regra no processo do trabalho, consoante o art. 899, *caput*, da CLT. Não há nenhuma indicação de comprometimento do devido processo legal por conta disso, especialmente diante dos limites impostos para a execução de natureza provisória. A doutrina estrangeira,

40 Corresponde ao art. 944, § 2º, do Projeto original.

41 *Corso de diritto processuale civile*, cit., n. 53, p. 113.

42 OJ-SDI I nº 140 do TST.

43 Cf. MALLET, Estêvão. *Do recurso de revista no processo do trabalho*. n. 6.8. São Paulo: LTr, 1995. p. 71.

44 Corresponde ao art. 908 do Projeto original.

45 Corresponde ao art. 929 do Projeto original.

46 MARTINS, Ives Gandra da Silva; MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *O poder dos juízes*. Disponível em: <<http://www.professorcostamachado.com/?p=1205>>. Acesso em: 3 nov. 2012.

aliás, enfatiza a necessidade e a conveniência de evitar “toda desvalorização desnecessária do juízo de primeiro grau”⁴⁷, o que ocorre quando o provimento recorrido para nada serve e de nada vale. Mais ainda, critica-se a falta de força executiva das sentenças apeladas ou apeláveis, o que apenas “estimula as impugnações, ainda as mais temerárias”⁴⁸. A proposta de inovação, constante do Projeto, apenas reconhece a maior eficiência da solução há tempos em vigor no processo do trabalho.

No tocante ao recurso de agravo de instrumento, a nova regulamentação, mais uma das tantas tentativas de aprimorar o sistema recursal do processo civil, é uma confissão da superioridade do regramento posto no processo do trabalho, muito mais simples e eficiente. Após sucessivas reformas, com as Leis ns. 9.139, 10.352 e 11.187, não se conseguiu estabelecer regime adequado de impugnação das decisões interlocutórias. Foi-se da recorribilidade ampla de toda interlocutória por meio de agravo de instrumento, conforme a redação original do art. 522 do Código de Processo Civil, para uma recorribilidade cada vez mais restrita. O Projeto pretende voltar, em linhas gerais, ao sistema de recorribilidade do Código de Processo Civil de 1939, com cabimento do agravo apenas em casos taxativamente previstos⁴⁹. Critica-se a mudança, com a afirmação de que “os juízes poderão decidir tudo em matéria probatória sem que caiba qualquer recurso”⁵⁰. É exatamente o que ocorre, sem graves inconvenientes, no processo do trabalho, em que prevalece a irrecorribilidade imediata das interlocutórias, ressalvada a possibilidade de seu reexame, quando

47 CAPPELLETTI. Por una nueva justicia del trabajo. In: *Proceso, ideologías, sociedad*. Buenos Aires: EJE, 1974. p. 255.

48 CAPPELLETTI. *Por una nueva justicia del trabajo*, cit., p. 249.

49 Dispunha o art. 842, do Código de Processo Civil anterior: “Art. 842. Além dos casos em que a lei expressamente o permite, dar-se-á agravo de instrumento das decisões: I – que não admitirem a intervenção de terceiro na causa; II – que julgarem a exceção de incompetência; III – que denegarem ou concederem medidas requeridas como preparatórias da ação; IV – que não concederem vista para embargos de terceiro, ou que os julgarem; V – que denegarem ou revogarem o benefício de gratuidade; VI – que ordenarem a prisão; VII – que nomearem, ou destituírem inventariante, tutor, curador, testamenteiro ou liquidante; VIII – que arbitrarem, ou deixarem de arbitrar a remuneração dos liquidantes ou a vintena dos testamenteiros; IX – que denegarem a apelação, inclusive a de terceiro prejudicado, a julgarem deserta, ou a relevarem da deserção; X – que decidirem a respeito de erro de conta; XI – que concederem, ou não, a adjudicação ou a remissão de bens; XII – que anularem a arrematação, adjudicação ou remissão cujos efeitos legais já se tenham produzido; XIII – que admitirem, ou não, o concurso de credores ou ordenarem a inclusão ou exclusão de créditos; XIV – que julgarem, ou não, prestadas as contas; XV – que julgarem os processos de que tratam os Títulos XV a XXII do Livro V, ou os respectivos incidentes, ressalvadas as exceções expressas; XVI – que negarem alimentos provisionais; XVII – que, sem caução idônea, ou independentemente de sentença anterior, autorizarem a entrega de dinheiro ou quaisquer outros bens, ou a alienação, hipoteca, permuta, sub-rogação ou arrendamento de bens”.

50 MARTINS, Ives Gandra da Silva; MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *O poder dos juizes*, cit. Acesso em: 4 nov. 2012.

da interposição de recurso contra a decisão final, definitiva ou terminativa, nos termos do art. 893, § 1º, da CLT. É também o sistema adotado em outros países, sem notícia de problemas sérios ou incontornáveis. Nos Estados Unidos da América, para mencionar apenas um, a regra é claramente a da recorribilidade apenas da decisão final, de modo que “a party ordinarily may not obtain appellate review of a trial court’s ruling on joinder of claims or parties, change of venue, permissible discovery, or admissibility of evidence at trial until after final judgment has been rendered in that court”⁵¹. A impugnação imediata da interlocutória somente ocorre excepcionalmente⁵².

Na verdade, oralidade e concentração exigem irrecorribilidade em separado das interlocutórias, como mostrou Chiovenda⁵³. O processo do trabalho brasileiro, ainda que não tenha acolhido integralmente a oralidade, favorece a concentração, com a unidade da audiência (CLT, art. 849) e exclusão da irrecorribilidade em separado das interlocutórias. Para os casos extremos, os remédios excepcionais, em particular o mandado de segurança, permitem evitar danos irreparáveis ou de difícil reparação⁵⁴.

Por fim, mais um ponto em que serve o processo do trabalho de inspiração para a reforma pretendida corresponde à previsão do art. 979 do Projeto⁵⁵. Acolhe o dispositivo a figura do prequestionamento ficto, conhecida do processo do trabalho e prevista, desde 2003, na Súmula nº 297 do Tribunal Superior do Trabalho⁵⁶.

Quer dizer, inovações importantes do Projeto no campo dos recursos não trazem muita novidade para o processo do trabalho. São antes extensões, para o processo civil, de experiências bem sucedidas da legislação ou da jurisprudência trabalhistas, adotadas desde longa data.

51 JAMES Jr., Fleming; HAZARD Jr., Geoffrey C.; LEUBSDORF, John. *Civil procedure*. Brown and Company. Boston: Little, 1992. § 12.4, p. 648.

52 JAMES Jr., Fleming; HAZARD Jr., Geoffrey C.; LEUBSDORF, John. *Civil procedure*, cit., § 12.10, p. 674.

53 La riforma del procedimento civile. In: *Saggi di diritto processuale civile*. Volume terzo. Milano: Giuffrè, 1993. p. 315, bem como *Principii di diritto processuale civile*. Napoli: Jovene, 1965. p. 686.

54 Cf. Súmulas ns. 414, 417, III, do TST e OJs SDI II ns. 59, 62, 63, 98, 137, 153, também do TST.

55 “Art. 979. Consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante pleiteou, para fins de prequestionamento, ainda que os embargos de declaração não sejam admitidos, caso o tribunal superior considere existentes omissão, contradição ou obscuridade.” Corresponde ao art. 940 do Projeto original.

56 A propósito, cf., entre outros pronunciamentos: TST – 1ª T., AIRR nº 75240-72.2005.5.04.0231, Rel. Min. Lelio Bentes Corrêa, julg. 05.05.2010, DEJT 14.05.2010; TST – 4ª T., RR nº 107800-29.2006.5.03.0015, Rel. Min. Fernando Eizo Ono, julg. 01.12.2010, DEJT 17.12.2010 e TST – 8ª T., ED-ED-AIRR e RR nº 350800-65.2002.5.15.0900, Relª Minª Dora Maria da Costa, julg. 06.08.08, DJU 08.08.08.

7 – VALORIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA

Nota marcante do Projeto, que se harmoniza com a tendência dominante no direito brasileiro, é a valorização da força da jurisprudência. O art. 882⁵⁷, no *caput*, confere aos tribunais o dever de velar, em princípio, “pela uniformização e pela estabilidade da jurisprudência”. Os incisos II e III estatuem respectivamente: “os órgãos fracionários seguirão a orientação do plenário, do órgão especial ou dos órgãos fracionários superiores aos quais estiverem vinculados, nessa ordem” e “a jurisprudência pacificada de qualquer tribunal deve orientar as decisões de todos os órgãos a ele vinculados”. O inciso IV acrescenta: “a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores deve nortear as decisões de todos os tribunais e juízos singulares do país, de modo a concretizar plenamente os princípios da legalidade e da isonomia”.

Aos poucos a jurisprudência deixa de ter valor meramente persuasivo, para adquirir caráter cada vez mais vinculativo. Não se chegou, porém, ao extremo da vinculação completa, tal como no caso do art. 103-A da Constituição. Não existe, no Projeto, obrigação de seguir a jurisprudência, que seria, aliás, de duvidosa constitucionalidade, se imposta por lei ordinária. O Projeto refere-se ao mero dever de observar a jurisprudência, a fim de preservar a estabilidade jurídica, ou, como no inciso IV se diz – de maneira inapropriada para um texto legal, que não precisa justificar a solução posta, a partir de princípios jurídicos – para “concretizar plenamente os princípios da legalidade e da isonomia”. A inobservância da jurisprudência pacificada ou da orientação de órgãos dos tribunais não autoriza reclamação. Embora ampliado o campo de atuação da medida pelo art. 942 do Projeto, ela compreende apenas, no que interessa aqui, violação de súmula vinculante ou de tese firmada em incidente de resolução de demandas repetitivas⁵⁸. Não cabe reclamação, portanto, diante de inobservância de jurisprudência pacificada do tribunal a que vinculado o juízo, nem mesmo quando traduzida em súmula.

8 – MODULAÇÃO DA EFICÁCIA TEMPORAL DA MUDANÇA DA JURISPRUDÊNCIA

À medida que se amplia a importância da jurisprudência como fonte de direito, tornam-se mais agudos os problemas provocados por sua mudança ou por suas oscilações. Se para dado problema prevaleceu na jurisprudência, durante muitos anos, a solução “A”, sumulando-se a tese, o que se deve fazer

57 Corresponde ao art. 847 do Projeto original.

58 Incisos III e IV do art. 942.

quando se passa a adotar, para o mesmo problema, a solução “Z”, oposta e contrária? Deve a nova solução (“Z”) aplicar-se inclusive às situações consolidadas ao tempo em que era dominante a solução anterior (“A”)? Para dar um exemplo em matéria trabalhista, se o contrato de trabalho é extinto ao tempo em que a jurisprudência sumulada entende não ser o trabalhador beneficiário de estabilidade no emprego, caso mais adiante se passe a adotar tese oposta, para reconhecer a estabilidade na mesma situação, é aceitável ordenar a sua reintegração?

Não se pode dizer que “enunciado (antiga denominação da súmula da jurisprudência dominante no Tribunal Superior do Trabalho) não é lei, e, dessa forma, não se aplica a ele a limitação temporal própria daquela”⁵⁹. A jurisprudência, ainda que sem a força obrigatória da lei, indica sempre como deve uma controvérsia ser resolvida. Os agentes sociais levam em conta, ao definir conduta e comportamento, o que diz a jurisprudência. Como adverte Harry Wellington, “a court’s decision purports to justify the result in the controversy before it and to guide the behavior of others – whether private individuals, corporate officers, or public officials – who someday may wish to avoid similar controversy”⁶⁰. Segundo se escreveu em termos bem expressivos, “em Portugal e no Brasil o papel da jurisprudência é considerável. Muitas soluções tidas por assentes, nos últimos tempos de vigência do Código Civil português de 1867, eram de facto muito mais de filiar na jurisprudência que no Código, a que formalmente se reportavam. E isso ainda é mais claro em muitas das soluções hoje obtidas no Brasil”⁶¹.

É preciso cautela, portanto, quando a jurisprudência muda. Se os tribunais firmam entendimento em torno da inexigibilidade de certo tributo, caso passem a entender de forma diversa – o que certamente lhes é dado fazer –, a aplicação retroativa da nova diretriz envolve manifesta quebra da segurança jurídica, tão grave quanto a decorrente de aplicação retroativa da lei⁶². A Suprema Corte dos Estados Unidos, ao enfrentar o problema da mudança da jurisprudência,

59 TST – SBDI II, ROAR nº 387.687, Rel. Min. Francisco Fausto, julg. 14.11.00, DJU 07.12.00, p. 602.

60 *Interpreting the Constitution*. New Haven & London, 1990, Yale University Press, p. 3.

61 ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito – introdução e teoria geral*. n. 166. Coimbra: Almedina, 1991. p. 289.

62 Em doutrina advertiu-se: “novas diretrizes não podem prejudicar o contribuinte, que agiu de acordo com critérios anteriores, predominantes ao tempo da ocorrência do fato impositivo, ainda que disso possa ter resultado falta ou insuficiência no recolhimento do tributo” (BOTTALLO, Eduardo Domingos. *Processo administrativo tributário*. São Paulo: Tese, 2005. p. 131). Para maior desenvolvimento do assunto: MALLETT, Estêvão. A jurisprudência sempre deve ser aplicada retroativamente? *Revista LTr*, São Paulo, v. 70, 2006, p. 317-325, publicado também na *Revista de Processo*, São Paulo, v. 133, 2006, p. 67-84.

assinalou em *Ohio Ins. Co. v. Debolt*, de 1853: “The sound and true rule is, that if the contract when made was valid by the laws of the State, as then expound by all departments of its government, and administered in its courts of justice, its validity and obligation cannot be impaired by any subsequent act of the legislature of the State, or decision of its courts, altering the construction of the law”⁶³.

O Projeto de Código de Processo Civil, ao ampliar a força da jurisprudência, considera o problema de sua mudança ao longo do tempo. Procura enfrentá-lo com a regra do art. 882, inciso V: “na hipótese de alteração da jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica”⁶⁴. A possibilidade de modulação da eficácia temporal da mudança da jurisprudência, proposta no Projeto, permite harmonizar valores contrapostos: de um lado, a evolução da solução adotada pelos tribunais na interpretação da lei e demais atos normativos; e, de outro, a preservação da segurança jurídica. É algo que hoje se faz, não apenas no âmbito do controle de constitucionalidade – em que há regra expressa para a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade⁶⁵ –, mas mesmo em outros domínios. No Tribunal Superior do Trabalho, em matéria de condições de admissibilidade do recurso de revista, teve-se a sensibilidade necessária para afastar a incidência da diretriz imposta pela Súmula nº 337 às impugnações interpostas antes de sua aprovação⁶⁶. Entre os precedentes que levaram à solução adotada há um em que expressamente se invoca a impossibilidade de “impor à parte obrigação inexistente na época da interposição do recurso”⁶⁷.

A edição de regra geral permissiva de modulação da eficácia temporal da mudança da jurisprudência, nos moldes do art. 882, inciso V, do Projeto, é, portanto, positiva e permite melhor disciplinar as inevitáveis transformações a que está sujeita – e deve estar mesmo – a interpretação da lei. Sua aplicação ao processo do trabalho não suscita nenhuma dificuldade. A omissão da legislação trabalhista é manifesta e a compatibilidade do preceito evidente.

63 Apud LERREMORE, Wilbur. *Stare decisis and contractual rights*. Harvard Law Review. vol. 22. p. 186.

64 Corresponde ao art. 847, inciso V, do Projeto original.

65 Art. 27 da Lei nº 9.868.

66 OJ Transitória nº 3 da SDI I: “A Súmula nº 337 do TST é inaplicável a recurso de revista interposto anteriormente à sua vigência”.

67 TST – SBDI I, E-RR nº 118.326/94, Rel. Min. Francisco Fausto, Ac. nº 4.189, julg. 08.09.97, DJU 26.09.97, p. 47.716.

9 – CONCLUSÃO

Ressalvadas certas imperfeições formais e técnicas, e algumas omissões, entre as mudanças incluídas no Projeto de Código de Processo Civil em matéria recursal, as mais importantes acolhem soluções adotadas, com bons resultados no processo do processo do trabalho, enquanto outras trazem inovações importantes, especialmente em matéria de instrumentalidade das formas e de modulação dos efeitos da mudança da jurisprudência.

A FIXAÇÃO DA COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS DECORRENTES DE ACIDENTE DE TRABALHO APÓS A EC 45: DICOTOMIAS DO PASSADO E SEUS REFLEXOS NO PRESENTE

Fábio Luis Furrier*

1 – AS DICOTOMIAS DO PASSADO

Quem acompanha o trabalho do Supremo Tribunal Federal tem notado o surgimento de uma nova vertente do processo de “judicialização” da discussão política. Trata-se de uma estratégia adotada pelos próprios partidos políticos que possuem representação no Congresso Nacional¹ – e, portanto, legitimidade ativa para propositura de ações diretas de inconstitucionalidade – no sentido de fazer valer o princípio da inafastabilidade da jurisdição² com o objetivo de delegar ao Supremo a tarefa de equacionar certas pretensões cujas perspectivas são, a rigor, inerentes à atividade do Poder de onde emanam, e que deveriam encontrar ali seu palco mais adequado.

* *Ex-chefe de gabinete de Ministro do STJ; ex-assessor de Ministro do STJ; assessor de Ministro do STF.*

- 1 Conforme Luís Roberto Barroso, “A terceira e última causa da judicialização, a ser examinada aqui, é o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, um dos mais abrangentes do mundo. Referido como híbrido ou eclético, ele combina aspectos de dois sistemas diversos: o americano e o europeu. Assim, desde o início da República, adota-se entre nós a fórmula americana de controle incidental ou difuso, pelo qual qualquer juiz ou tribunal pode deixar de aplicar uma lei, em um caso concreto que lhe tenha sido submetido, caso a considere inconstitucional. Por outro lado, trouxemos do modelo europeu o controle por ação direta, que permite que determinadas matérias sejam levadas em tese e imediatamente ao Supremo Tribunal Federal. A tudo isso se soma o direito de propositura amplo, previsto pelo art. 103, pelo qual inúmeros órgãos, bem como entidades públicas e privadas – as sociedades de classe de âmbito nacional e as confederações sindicais – podem ajuizar ações diretas. Nesse cenário, quase qualquer questão política ou moralmente relevante pode ser alçada ao STF” (BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2012, p. 4). Como a CF/88 fornece aos partidos políticos com representação no Congresso Nacional a possibilidade de ajuizamento de ADI e ADC (art. 103, VIII), muitos temas que possuem alta repercussão social têm sido trazidos ao STF por partidos políticos, que, em juízo concentrado, podem apresentar objeções a determinados projetos sem que, com isso, se vinculem diretamente a posições que poderiam ser consideradas impopulares, no contexto do debate político das Casas Legislativas.
- 2 “É importante assinalar que em todas as decisões referidas acima, o Supremo Tribunal Federal foi provocado a se manifestar e o fez nos limites dos pedidos formulados. O Tribunal não tinha a alternativa de conhecer ou não das ações, de se pronunciar ou não sobre o seu mérito, uma vez preenchidos os requisitos de cabimento”. (BARROSO, Op. Cit., p. 5)

Trata-se, como dito, de tendência recente; até há pouco ocorria o contrário, pois o Poder Legislativo brasileiro não se furtava à discussão dos problemas nacionais; nesse tempo, às vezes era necessário dirigir críticas não à imobilidade do debate político, mas justamente aos seus excessos, pois “para aquela fecundidade [de ideias], quase não havia tempo de gestação”³.

Cabe a cada um comparar épocas e decidir se é caso de ter ou não saudades. Para os limites deste artigo, o que interessa é constatar que durante o trâmite legislativo do Projeto de Emenda Constitucional que viria a se transformar na Emenda Constitucional nº 45, o tema “Justiça do Trabalho” – base do objeto deste estudo – foi objeto de todo tipo possível de proposta: começando pela extinção completa e irrestrita e absorção de sua estrutura à Justiça Federal⁴⁻⁵ e terminando pela solução vencedora, que ampliou suas competências; nenhuma possível resposta às necessidades judiciais do trabalhador brasileiro pareceu deixar de merecer alguma consideração dos nossos representantes.

Parece haver, efetivamente – e não só no Poder Legislativo –, um certo *desconcerto histórico* nas opiniões que se formam a respeito do papel a ser preenchido pela Justiça do Trabalho no contexto maior da atribuição de competências a que se submete a justiça brasileira. Paralelamente a este curioso trâmite da EC nº 45 no Congresso, havia uma questão aparentemente interminável para

-
- 3 Do conto “Ele e suas ideias”, de Lima Barreto. Nesse conto, um homem se torna conhecido por propor aos órgãos públicos, insistentemente, todo tipo de melhoramentos urbanos, em “um pingar de ideias diário, constante e teimoso”, embora muitas fossem “as mais disparatadas possíveis”. Ao longo da vida, por jamais tê-las visto concretizadas, ele acaba “triste, abandonado, desolado, em uma pequena cidade do interior”, quando recebe a visita do narrador, que, ao ir embora, ouve mais uma invenção despropositada: “o aproveitamento do bambu para encanamento d’água, nas cidades. Há economia e será uma fonte de renda para o Brasil”. In: SCHWARCZ, Lilia Moritz (Org.). *Contos completos de Lima Barreto*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 290-2.
- 4 Quem dá notícia da existência de tal proposta, durante o trâmite da PEC, é André Ramos Tavares (TAVARES, André Ramos. *Reforma do judiciário no Brasil pós-88 – (des)estruturando a justiça*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 127): “Entre as várias discussões sobre a Reforma do Judiciário, chegou-se a cogitar da extinção da Justiça do Trabalho, que seria absorvida pela Justiça Federal”. No mesmo sentido: FAVA, Marcos Neves. “Competência da Justiça do Trabalho para julgamento das ações de reparação de danos morais e materiais decorrentes das relações de trabalho – cinco anos da Emenda Constitucional 45 de 2004”. In: *Revista do TRT da 2ª Região*, São Paulo, n. 2/2009, p. 119: “Quase catorze anos transcorreram para que a Reforma do Judiciário resultasse aprovada pelas Casas Legislativas, por meio da Emenda Constitucional nº 45. Ao longo deste período, a Justiça do Trabalho deslocou-se de uma proposta inicial de extinção para a posição de único ramo do Poder Judiciário que foi aquinhado com ampliação significativa de competência”.
- 5 Na época, “A Justiça do Trabalho sofria do que se poderia chamar de ‘complexo de extinção’. Quase todos os magistrados pressentiam a chegada do ‘Juízo Final’ (...). Os discursos reformadores sugeriam o aniquilamento da Justiça Especializada. A extinção seria tendência. A Nova Zelândia instituiu Justiça do Trabalho em 1895 e a extinguiu em 1995. Também a Espanha vivenciou a extinção da Justiça Trabalhista. Toda a conjuntura respaldando o que poderia parecer paranoia, mas que era, de fato, uma possibilidade plausível” (TUPINAMBÁ, Carolina. *Competência da Justiça do Trabalho à luz da reforma constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 87-8).

a qual o Poder Judiciário parecia ser incapaz de fornecer resposta unificada: a quem atribuir o exame de certas pretensões quando os institutos jurídicos a elas relacionados são temas historicamente ligados ao Direito Civil, mas (ao menos) os fatos se originam de uma relação de trabalho?

O Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, adotava o entendimento “de que a competência em razão da matéria é definida em função do pedido e da causa de pedir e, considerando que a pretensão relativa à indenização por dano moral tinha seu fundamento em norma de Direito Civil”, outra não podia ser a conclusão senão a de que competente a Justiça Comum, “não importando se o conflito se dava entre empregado e empregador”⁶⁻⁷.

Porém, desde 1991 já se formara no Supremo Tribunal Federal jurisprudência afirmando que “o fato de ser a matéria de natureza civil é de somenos importância, pois, na verdade, o que interessa para se definir a competência da Justiça do Trabalho é que a relação jurídica embasadora do dano e do respectivo pedido seja de trabalho e, no caso, que o dano moral, material ou outro praticado tenha pertinência com essa relação trabalhista”⁸, conforme definido no Conflito de Jurisdição 6.959, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 22.05.91, em caso que analisou pretensão ajuizada por funcionários do Banco do Brasil em face de quebra de promessa (inserida no contrato de trabalho) relativa à venda, em certas condições, de imóveis ocupados pelos autores. Essa teria sido a primeira vez em que o STF afirmou não importar “a natureza da matéria discutida nos autos, mas, a sua origem, ou seja, o fundamento do pedido, que, se decorrer da relação de trabalho, atrai a competência trabalhista”⁹. Tal entendimento consolidou-se na definição da justiça trabalhista como a competente para o exame de pretensões relativas à compensação de danos morais decorrentes da relação de emprego (nos termos da redação originária do art. 114 da CF/88) e desaguou, em 2003, na edição da Súmula nº 736, *verbis*: “competem à Justiça do Trabalho julgar as ações que tenham como causa de pedir o descumprimento de normas trabalhistas relativas à segurança, higiene e saúde dos trabalhadores”.

6 COSTA, Walmir Oliveira da. “Dano moral nas relações de trabalho: questões controvertidas após a Emenda Constitucional nº 45”. In: *Revista do TST*, Brasília, vol. 73, n. 2, abr./jun. 2007, p. 110.

7 Em 1990, o STJ havia editado a Súmula nº 15: “Compete à Justiça Estadual processar e julgar os litígios decorrentes de acidente de trabalho”.

8 MELO, Raimundo Simão de. “Competência da Justiça do Trabalho para apreciar e julgar os pedidos de indenização por danos material e moral decorrentes das relações de trabalho”. In: COUTINHO, Grijalbo Fernandes; FAVA, Marcos Neves (Orgs.). *O que estão fazendo da nova competência da Justiça do Trabalho? Análise crítica da jurisprudência do STF, do TST e do STJ após a EC 45/2004*. São Paulo: LTr, 2011. p. 416.

9 MELO, Raimundo Simão de. *Op. Cit.*, p. 417.

Ainda assim, especificamente no tocante à ação de compensação¹⁰ por danos morais derivados de *acidente de trabalho*, a competência continuava a ser atribuída à Justiça Comum; formou-se a curiosa situação de se admitir a competência da justiça trabalhista *para o gênero* mas não *para a espécie*, como constatou, à época, o Ministro João Orestes Dalazen¹¹.

Desde aquele período – qual seja, antes da EC nº 45 – havia autores apontando tal incongruência e defendendo a necessidade imediata de revisão da jurisprudência, ao entendimento de que, *mesmo sem Reforma alguma*, a própria redação originária da CF/88 estaria a garantir à Justiça do Trabalho competência que não vinha sendo corretamente exercida. Haveria, portanto, uma espécie de “competência trabalhista fantasma” na CF/88, de acordo com os seguintes fundamentos:

“A CRFB de outubro de 1988 não trouxe parágrafo restritivo de competência, como era praxe nas Constituições anteriores.

Na Carta de outubro de 1988 foi notada forte modificação quanto a competência da Justiça do Trabalho, no que se refere às ações de dano moral e material decorrente de acidente do trabalho, cuja pretensão encontra respaldo no inciso XXVIII do art. 7º da CRFB. Assim é porque (...) o artigo definidor da competência da Justiça do Trabalho não trouxe mais o parágrafo que, tradicionalmente, acompanhava o seu *caput*, dispondo sobre a exclusão da competência da Justiça do Trabalho as ações de acidente do trabalho. No texto de 1988 não há mais o parágrafo que aparecia em todas as Constituições anteriores, cujo objetivo era, explicitamente, excluir da competência da Justiça do Trabalho tais dissídios e também os litígios entre trabalhador e a autarquia federal, devedora dos benefícios previdenciários.

Vejamos.

10 Não se ignora que muitos acórdãos e doutrinadores demonstram preferências entre as expressões “compensação”, “reparação” e “indenização” (este último usado pela CF: art. 5º, X) ao se referirem à condenação imposta em face da violação de um direito moral; especialmente porque a expressão ‘compensação’ deixaria mais claro que, na base do sistema, vigora o conceito de que é impossível, realmente, equiparar um bem imaterial violado a um valor material pecuniário. Para os efeitos deste trabalho, porém, basta estabelecer como premissa que a condenação ao pagamento pecuniário em face de uma violação moral tem sentido reparatório do dano, independentemente do termo que se prefira usar, de forma que as expressões serão aplicadas indistintamente, ao longo do texto, como referentes a esse mesmo conceito fundamental.

11 DALAZEN, João Oreste. “A reforma do Judiciário e os novos marcos da competência material da Justiça do Trabalho”. In: COUTINHO, Fernandes; FAVA, Marcos Neves (Coords.). *Nova competência da Justiça do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2005. p. 173.

DOCTRINA

Na Constituição de 1946, depois de definida a competência no *caput* do art. 123, via-se o § 1º excluindo, expressamente, a competência para ‘os dissídios relativos a acidentes do trabalho’, que eram transferidos para a ‘Justiça ordinária’.

Na Constituição de 1967 a mesma regra aparece no *caput* do art. 134, definindo a competência geral da Justiça do Trabalho e, desta feita no § 2º, a mesma e expressa exclusão de competência para referidos litígios. Logo, as ações de empregados contra seus empregadores, cuja pretensão fosse obter indenização moral e/ou material, por culpa ou dolo, do empregador e em decorrência de acidente do trabalho, eram propostas na Justiça Comum, por expressa exclusão legal. Tal mecanismo se repetiu na Emenda nº 1, de 1969, com pequena modificação.

A contar da Carta de outubro de 1988, não havendo mais a expressa exclusão, com o desaparecimento do parágrafo e, de acordo com a regra geral do *caput*, era de se esperar o pacífico entendimento de que aquelas ações, entre empregados e empregadores, cuja pretensão fosse indenizações por danos morais e/ou materiais, decorrentes de acidentes de trabalho, fossem da competência desta Justiça Especializada.

Embora esse exercício de releitura dos textos das Constituições anteriores leve-nos a concluir ter havido mudança na competência da Justiça do Trabalho quanto àquelas ações, pelo menos a partir da edição do art. 114, é sabido que a jurisprudência foi sempre vacilante nesta matéria.¹²

Jurisprudência, diga-se, não só do Superior Tribunal de Justiça, mas também do próprio Tribunal Superior do Trabalho¹³, fazendo eco a trabalhos doutrinários especializados¹⁴.

12 CAVALHERI, Gilmar. “A competência da Justiça do Trabalho para as ações de dano moral decorrentes de acidentes do trabalho e a aplicação no tempo da Emenda Constitucional nº 45/2004”. In: *Revista TRT da 12ª Região*, n. 22, 2º semestre/2005, p. 100-1.

13 Nesse sentido: MELO, Raimundo Simão de. Op. Cit., p. 418.

14 A controvérsia não cessou sequer com a vigência da EC nº 45; em face das profundas alterações realizadas no art. 114 da CF/88, “posições extremadas, de lado a lado, foram defendidas em trabalhos veiculados nas revistas especializadas, desde aqueles que afirmavam nada haver sido alterado, tendo como sinônimas as expressões ‘relação de emprego’ e ‘relação de trabalho’, até a possibilidade de exame de toda e qualquer controvérsia em que o trabalho humano estivesse presente como pano de fundo” (BRANDÃO, Cláudio. “As novas vertentes da competência da Justiça do Trabalho para julgar ações de indenização por danos morais e materiais decorrentes de acidente de trabalho”. In: COUTINHO, Grijalbo Fernandes; FAVA, Marcos Neves (Orgs.). *O que estão fazendo da nova competência da Justiça do Trabalho?* Análise crítica da jurisprudência do STF, do TST e do STJ após a EC 45/2004. São Paulo: LTr, 2011. p. 430)

DOUTRINA

Os peculiares eventos que se sucederam no Supremo Tribunal Federal após a entrada em vigor da EC nº 45 só corroboraram as considerações *supra*, a respeito do *estranhamento* que a valorização da Justiça Trabalhista causou a partir da CF/88. Imediatamente após a entrada em vigor da Emenda, o STF julgou o RE 438.639/MG, mantendo a jurisprudência então consolidada no sentido de que competia à Justiça Comum o julgamento das demandas relativas a compensações por danos morais derivados de acidente de trabalho. Nessa oportunidade, a maioria vencedora dos Ministros do STF negou à EC nº 45 até mesmo um *efeito inovador* para a definição da competência relativa a tais hipóteses, muito embora os Ministros Ayres Britto – Relator vencido – e Marco Aurélio tenham afirmado exatamente o contrário; ou seja, que “o novo texto veio apenas explicitar o que já se continha na redação anterior do art. 114” (Min. Ayres Britto) e que “incide o art. 114 da Carta da República, no que revela a competência da Justiça do Trabalho”, “mesmo antes da Emenda” (Min. Marco Aurélio).

Em resumo, a EC nº 45 não teria provocado, nessa primeira análise, qualquer alteração nos padrões estabelecidos:

“A manifestação do Ministro Cezar Peluso, ao divergir do Ministro-Relator Ayres Britto, ilustra claramente o fundamento dessa decisão do STF:

‘Se nós atribuímos à Justiça do Trabalho a ação de indenização baseada no Direito comum, mas oriunda do mesmo fato histórico, temos uma possibilidade grave de contradição (...). Um mesmo fato com pretensões e qualificações jurídicas diferentes pode ser julgado de maneiras distintas, e quando for necessário apreciar determinada questão mais de uma vez, o julgamento deve ocorrer pela mesma Justiça para evitar contradição de julgados.’

A conclusão do voto do Ministro Cezar Peluso, acompanhado por mais sete Ministros, fundamentada inclusive em precedentes do STF, foi no sentido de que:

‘Assiste ao Poder Judiciário do Estado-membro e não à Justiça do Trabalho, a competência para processar e julgar as causas acidentárias, ainda que tenham sido instauradas contra o empregador, com fundamento no Direito Comum, tal como sucede na espécie ora em exame.’

Vale observar que o voto do Ministro Celso de Mello acrescentou o seguinte:

‘Cumpre pôr em destaque, finalmente, ante seu inquestionável relevo, a observação do eminente Ministro Cezar Peluso, consignada em decisão que proferiu no AI 527.105/SP – e ora reiterada no presente julgamento – de que a definição de competência da Justiça estadual, para processar e julgar as causas acidentárias, repousa em um princípio – o da unidade de convicção – que constitui, segundo enfatizou, a razão última de todas as causas de fixação e prorrogação de competência, de reunião de processos para desenvolvimento e julgamento conjuntos ou pelo mesmo juízo’.¹⁵

Porém, em uma mudança radical de posicionamento – bastante rara em tão curto espaço de tempo – o STF reformulou seu entendimento ao julgar o CC 7.204/MG, em 29.06.05, por decisão unânime. Do voto do Ministro-Relator, Ayres Britto, percebe-se que a fundamentação vencedora representa, a rigor, a exata inversão de tudo aquilo que sustentara o entendimento revisado; onde antes havia necessidade de “coerência sistêmica” entre julgados acidentários e de indenização passou a haver necessidade de “coerência sistêmica” entre todos os temas jurídicos relacionados a um evento-base, que é a relação de trabalho¹⁶⁻¹⁷.

Essa alteração radical não foi suficiente, porém, para resolver de forma definitiva todas as controvérsias secundárias. Mais adiante, em 2009, e com base nas mesmas premissas relativas à “unidade de convicção”, decidiria ainda o Supremo que as ações movidas por sucessores de trabalhador falecido em acidente de trabalho também devem ser julgadas pela Justiça Trabalhista, “mesmo não figurando o acidentado como autor da ação, sobretudo porque a causa de pedir continua sendo o acidente do trabalho ocorrido”¹⁸, em resposta à edição, pelo STJ, da Súmula nº 366, segundo a qual seria atribuição da “Justiça estadual processar e julgar ação indenizatória proposta por viúva e filhos de

15 BARROS, Cassio Mesquita. “Atualização das considerações sobre a competência da Justiça do Trabalho após a Emenda Constitucional nº 45”. In: *Revista da Academia Nacional de Direito do Trabalho*. São Paulo, LTr, ano XV, n. 15, 2007, p. 133.

16 O voto do Min. Cezar Peluso afirma que o precedente anterior fora firmado com base na “unidade de convicção” e que “o princípio, a meu ver, é irretocável e ainda é o que deve presidir a solução da questão da competência neste caso”, muito embora se tenha chegado à conclusão oposta.

17 Posteriormente, o STF editou a Súmula Vinculante nº 22, segundo a qual “a Justiça do Trabalho é competente para julgar as ações de indenização por danos morais e patrimoniais decorrentes de acidente de trabalho propostas por empregado contra empregador, inclusive aquelas que ainda não possuíam sentença de mérito em primeiro grau quando da promulgação da Emenda Constitucional nº 45/04”.

18 OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. “Competência para julgamento das ações indenizatórias decorrentes de acidente do trabalho – jurisprudência dos tribunais superiores”. In: COUTINHO, Grijalbo Fernandes; FAVA, Marcos Neves (Orgs.). *O que estão fazendo da nova competência da Justiça do Trabalho? Análise crítica da jurisprudência do STF, do TST e do STJ após a EC 45/2004*. São Paulo: LTr, 2011. p. 401.

empregado falecido em acidente de trabalho”. Para alguns, porém, o próprio STF não deixou de sucumbir parcialmente ao peso do passado; ao decidir que a hipótese de ação ajuizada por acidentado servidor público estatutário deveria continuar sob competência da Justiça Comum, de acordo com liminar concedida na ADI 3.395/DF, o STF não teria demonstrado “justificativa plausível de ordem científica ou processual” para tal posicionamento, restando a impressão de que a resistência a essa alteração se deveu, apenas, a um respeito injustificado à “jurisprudência sedimentada na Corte”¹⁹.

2 – EXPECTATIVAS DO PRESENTE

De qualquer modo, diante dos progressos inegáveis da jurisprudência no sentido da efetividade dos mandamentos constitucionais, o que representa essa “unidade de convicção” centrada na Justiça do Trabalho?

Significa que “o Juiz do Trabalho, (...) além de julgar o adicional de insalubridade, julga também a doença que o agente nocivo causou; quando julgar o adicional de periculosidade, terá em mente os acidentes ocorridos nos trabalhos em condições perigosas; ao julgar as horas extras paradoxalmente chamadas de habituais, tem conhecimento da fadiga crônica, do estresse e seus efeitos prejudiciais decorrentes das jornadas de trabalho exaustivas; enfim, não julga tão somente parcelas rescisórias ou verbas trabalhistas, visto que aprecia, em muitas ocasiões a ‘sucata humana’ que o trabalho produziu. Isso confere um sentido de unidade em questões aparentemente desconexas e maior coerência sistemática na proteção jurídica à saúde e integridade psicobiofísica dos trabalhadores”²⁰. Tratar-se-ia da “mais importante decisão em matéria acidentária e uma das mais relevantes de todos os tempos para a Justiça do Trabalho porque, a partir dela, todo o dantesco cenário do descumprimento das normas de segurança e medicina no trabalho e da problemática em torno do adoecimento do trabalho, inclusive as lesões causadas aos trabalhadores, pôde ser descortinado na jurisprudência trabalhista e passou a fazer parte do cotidiano das Varas e Tribunais, sobretudo em face do instigante tema da responsabilidade civil fundamentadora do dever de reparação dos danos ocasionados pelo infortúnio laboral”²¹.

Significa, ainda, que “a coerência sistêmica, inexistente no espraiamento de matérias vinculadas ao trabalho entre diversos órgãos da jurisdição, aperfeiçoou-se (...). E, por fim, uma maior – e melhor – proteção ao valor-trabalho, de

19 OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. Op. Cit., p. 405.

20 OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. Op. Cit., p. 397.

21 BRANDÃO, Cláudio. Op. Cit., p. 439.

assento fundamental no Texto – art. 1º, inciso IV – auferiu-se com a extensão dos limites de incidência da atuação da Justiça do Trabalho”²².

Implica também em uma crescente especialização; “em algumas regiões, à luz do que se tinha na Justiça Estadual, foram criadas varas trabalhistas especializadas para o julgamento dessas lides, as quais, em tese, apresentam-se com corpo deveras diverso das lides envolvendo matérias trabalhistas comuns (...)”²³.

E o que representa essa mesma “unidade de convicção” para o trabalhador?

Representa um reconhecimento de que “o trabalhador, pela sua situação de dependência econômica e de subordinação, está mais exposto às ofensas morais do que qualquer outra pessoa, porque ele arrisca diariamente seus bens pessoais mais valiosos, como a vida, a integridade física e psicológica, a honra, a dignidade, a intimidade e outros bens não menos importantes. Assim, no Direito do Trabalho o estudo do dano moral representa grande importância e desenvolvimento, pela necessidade de respeito aos valores humanos do trabalhador, como prescreve a Constituição Federal”²⁴.

O mais importante, porém, talvez tenha sido exprimido em uma frase extremamente curta – e desvinculada de toda a fundamentação anterior – do voto do Ministro Ayres Britto no supracitado Conflito de Competência 7.204/MG. Não se trata apenas de “mudar o endereçamento” das petições iniciais referentes a uma demanda específica; trata-se de reconhecer que essas ações – as que veiculam pretensões à reparação por danos causados por acidentes de trabalho – foram, finalmente, devolvidas ao seu contexto original mais amplo, no qual repercute a constatação de que “a longa enunciação dos direitos trabalhistas veiculados pelo art. 7º da Constituição parte de um pressuposto lógico: a *hipossuficiência* do trabalhador perante seu empregador”. Em suma, trata-se também de um reconhecimento de que “na relação trabalhista, por ser espaço onde por presunção principiológica (refletida no conjunto normativo e no fazer dos operadores jurídicos) há um hipossuficiente a ser tuteado para fins de justiça social (tutela que se dará via reequilíbrio das relações fáticas no plano jurídico), mais que em outras relações existe o acentuado risco de violação à dignidade humana em diversos momentos (mesmo pré e pós-contratação)”²⁵.

22 FAVA, Marcos Neves. “Competência da Justiça do Trabalho para julgamento das ações de reparação de danos morais e materiais decorrentes das relações de trabalho – cinco anos da Emenda Constitucional 45 de 2004”. In: *Revista do TRT da 2ª Região*, São Paulo, n. 2/2009, p. 119-126.

23 RUBIN, Fernando. “Dano moral e material – processo judicial de reparação em acidente de trabalho (indenizatória acidentária)”. In: *Revista Magister de Direito do Trabalho*, n. 48, maio/jun. 2012, p. 36.

24 MELO, Raimundo Simão de. Op. Cit., p. 413.

25 FINCATO, Denise Pires. “Acidente do trabalho e teletrabalho: novos desafios à dignidade do trabalhador”. In: *Direitos fundamentais & justiça*. Porto Alegre, HS, ano 2, n. 4, jul./set. 2008, p. 166.

Diante disso, perdeu espaço a preocupação antes tão funesta a respeito de um eventual descrédito da justiça – decorrente da possibilidade de que as ações acidentárias em desfavor do INSS (mantidas na competência da Justiça Estadual) e as ações reparatórias por acidentes do trabalho (transferidas à Justiça especializada) atinjam provimentos contraditórios; ainda que de forma tardia, um motivo de descrédito aparentemente mais importante superou o predecessor. A preocupação anterior tinha fundo processual; muito embora as regras de atribuição de competência às diversas justiças estejam previstas na Constituição Federal, a natureza do problema referente à indesejada coexistência de provimentos jurisdicionais conflitantes permanece a mesma, independentemente da origem formal de alguma das regras aplicáveis²⁶. A preocupação atual, ao contrário, tem repercussão intrinsecamente constitucional, em seu sentido mais puro; pelo art. 7º da CF/88, é possível invocar uma pletora de princípios e interpretações que são inerentes à perspectiva da relação de trabalho e que não encontram paralelo necessário nas relações civilistas típicas.

Antes da edição da EC nº 45, Amauri Mascaro Nascimento criticava a adoção do “sistema fragmentado” [i.e., aquele em que a Justiça do Trabalho tem competência limitada para as questões entre empregado e empregador], dentre outros motivos, porque “o Juiz do Trabalho forma a sua consciência à luz da realidade dos dissídios trabalhistas, através dos quais passa a ver as partes segundo as necessidades próprias do problema social”, enquanto “o Juiz da Justiça Comum decide, em grande parte, questões de natureza patrimonial e civil, nas quais a atitude do julgador é calcada em pressupostos muito mais intensos de justiça comutativa e não de justiça distributiva”²⁷. A reparação civil, portanto, deve ganhar novas perspectivas quando é devolvida ao contexto da jurídica trabalhista que fornece, em certos casos, seus contornos primordiais.

3 – REFLEXOS E PROJEÇÕES

A respeito desses novos contornos, analise-se, de início, o art. 7º da CF/88. Quais daqueles incisos possuem pertinência com o acidente de trabalho? Dentro

26 Nesse sentido – qual seja, o da ausência de superação de eventuais problemas processuais, que na verdade permanecem latentes em face da manutenção da competência da Justiça Estadual para o exame das lides acidentárias ajuizadas em desfavor do INSS: “(...) relevante o registro de que se o segurado possui paralelamente outra demanda envolvendo o mesmo problema de saúde, mas contra diverso réu (o órgão previdenciário ou mesmo a seguradora privada), pode trazer a prova lá colhida (geralmente a perícia) para fins de convencimento do juiz neste processo secundário. Por certo não é o caso de ser acolhida essa prova como emprestada (em sentido estrito), já que não houve identidade de partes, mas seguramente o aludido meio de prova pode ser recebido como prova documental unilateral, a se sujeitar ao crivo do contraditório no processo de reparação de danos” (RUBIN, Fernando. Op. Cit., p. 50).

27 Apud CAVALHERI, Gilmar. Op. Cit., p. 105.

de uma margem de segurança, mesmo aqueles que não se encontram habituados às lides trabalhistas reconheceriam, ao menos, a pertinência do tema com os incisos XXII (“redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança”) e XXVIII (“seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa”), sem contar a possibilidade de incidência dos princípios específicos de Direito do Trabalho, conforme definido pelos Tribunais.

Porém, é absolutamente necessário que se diga que as novas possibilidades de interpretação não substituem *integralmente* as bases originais civilistas. Em nada foi alterado o fato de que os institutos e conceitos tradicionais relacionados ao tema genérico – reparação civil – continuam sendo igualmente aplicáveis; tal conclusão decorre, aliás, da própria superação do argumento (sustentado, conforme visto, durante anos pelo STJ) segundo o qual a natureza civil da pretensão seria incompatível com seu exame pela Justiça do Trabalho. Não há como atingir conclusão diversa; a alteração de competência não se deu porque, de repente, teria o STF descoberto que os danos morais são matéria tipicamente trabalhista em sua essência, e sim porque, no processo de interpretação da Constituição, um novo elemento de conexão – a relação de trabalho, que é dado fático-jurídico preexistente ao acidente – passou a prevalecer sobre o antigo padrão (a natureza da pretensão reparatória). A norma constitucional deu primazia ao liame definido pela causa em substituição ao anterior, referente a um dos possíveis efeitos; o elemento de conexão definidor da competência foi, tão somente, “puxado para trás” na linha do tempo, e no espectro das consequências decorrentes dessa escolha não se encontra a transmutação da natureza das pretensões reparatórias que, eventualmente, surgem no curso da relação de trabalho.

Essa constatação parece ser unânime na doutrina, conforme se verifica a seguir:

“Não é demais repetir o que já restou afirmado quando do exame da evolução constitucional da competência da Justiça do Trabalho, quanto à definição da competência na Constituição de 1988. A regra vigente até dezembro de 2004, conforme manifestação da doutrina, era que a Justiça do Trabalho tinha sua competência fixada em três hipóteses: a primeira, e mais importante de todas, relacionada às partes do dissídio, ou seja, *trabalhadores e empregadores*; a segunda hipótese, em *razão da matéria*, abrangia *dissídios decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei*; e a terceira hipótese se refere aos dissídios decorrentes do *cumprimento de suas próprias decisões*, inclusive quanto à execução de contribuições sociais oriundas das suas próprias decisões.

No novo artigo só permanece a competência em razão da matéria, não havendo qualquer alusão à qualidade das partes. A competência material se refere à relação de trabalho, ou seja, a competência repousará na causa de pedir, não importando a qualidade das partes que residam em juízo e nem o direito invocado, se de Direito do Trabalho ou Direito Civil, mas apenas se a causa é oriunda da relação de trabalho, aqui já incluída a relação de emprego que, daquela, é espécie.”²⁸

No mesmo sentido, especificamente quanto ao cotejo entre lei civil e CLT:

“Nessas novas hipóteses [decorrentes da ampliação da competência constitucional da Justiça do Trabalho para analisar os casos que envolvam relação de trabalho, e não mais apenas para as relações de emprego] há de se indagar qual a legislação aplicável. A resposta parece bastante clara: será a civil comum e não a CLT, porque a mudança foi, neste ponto, formal (competencial) e não de fundo (das leis de regência dos contratos). Observe-se, ademais, que a jurisprudência sempre acentuou que pouco importa, para a fixação da competência da Justiça do Trabalho, que a solução da lide (direito material aplicável) dependa das regras do Direito Civil, e não da CLT (cf. STF, Conflito de Jurisdição 6959-6/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 22.02.91; RE 349160-1/BA, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 14.03.03). Ou seja, a atribuição de competência à Justiça do Trabalho não importa em aplicação automática da CLT. O *direito material* a ser utilizado pela decisão depende apenas e diretamente da causa, das características da lide, e não das características da Justiça à qual foi atribuído o dever de julgamento.”²⁹

A respeito da ausência de diferenciação ontológica de certas categorias conceituais, no espectro mais amplo do dano moral:

“(…) além das obrigações próprias do contrato de trabalho, tanto o empregado como o empregador devem, reciprocamente, respeitar a imagem e honra de cada um. Como já pacificado na jurisprudência, embora a pessoa jurídica não tenha intimidade (honra, dignidade e decoro – aspecto interior, porquanto agem segundo a vontade das pessoas que a comandam), tem o que a doutrina chama de honra objetiva, ou seja, uma imagem e reputação a zelar perante terceiros (aspecto exterior). Por isso, a empresa pode ter valores personalíssimos violados pelo empregado, como, por exemplo, um gerente de uma empresa que vincula na *internet* imagem

28 CAVALHERI, Gilmar. Op. Cit., p. 103.

29 TAVARES, André Ramos. Op. Cit., p. 129. Grifos no original.

depreciativa sobre a qualidade dos produtos da empresa em que trabalha. Por outro lado, o empregado tem que ter respeitadas sua intimidade, privacidade e imagem. Como pessoa física, o empregado pode sofrer danos em sua honra subjetiva (honra, dignidade e decoro – aspecto interior) e também em sua honra objetiva (imagem e reputação – aspecto exterior).³⁰

Todas essas manifestações – e outras no mesmo sentido³¹ – mostram que a Justiça do Trabalho está diante de um novo e complexo desafio: o de buscar um equilíbrio que preserve sua identidade e, ao mesmo tempo, honre a valiosíssima herança recebida, por meio de um amálgama antes improvável em que a lei civil, transplantada de contexto, passa a ser alimentada por princípios heterogêneos e, ao mesmo tempo, é responsável pela oxigenação destes. A necessidade de adaptação traz grandes perspectivas; como afirma Cassio Mesquita Barros, “ainda que os juízes do trabalho não tenham *ab initio* intimidade com questões relacionadas à ampliação da competência da Justiça do Trabalho, antes da alçada de juízes de outras especialidades, essa ampliação exigirá deles a abertura para novos horizontes, de caráter mais universal, ao mesmo tempo em que gravará essas novas atribuições com uma sensibilidade de quem está acostumado a lidar com questões tipicamente sociais³². Contudo, também há riscos. Nesse sentido, “a incorporação indiscriminada de elementos típicos do direito civil, vocacionado para dirimir lides entre partes em situação de igualdade na relação jurídica”, pode descaracterizar, segundo alguns autores, “a identidade do Judiciário Trabalhista³³”.

É possível reconhecer ao menos três exemplos concretos das perplexidades geradas pelos experimentos iniciais dessa tão importante alquimia. O primeiro se refere ao fato de que a Lei Civil de 2002 aparenta ser mais progressista no que tange à defesa do trabalhador do que a própria Constituição Federal. O art. 7º, XXVIII, da CF/88 expressamente exige dolo ou culpa do empregador, ao passo que o art. 927, parágrafo único, do Código Civil atribui responsabilidade objetiva àquele que, simplesmente, desenvolva atividade cuja natureza implique em risco para direitos de outrem – situação fática que pode ser reconhecida em um amplo espectro de atividades empresariais contemporâneas. Como resultado desse impasse, todo tipo de opinião se verifica; partindo da ideia de hierarquia

30 SCHIAVI, Mauro. *Ações de reparação por danos morais decorrentes da relação de trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 115. Grifos no original.

31 A título exemplificativo: CALURI, Lucas Naif. “A nova competência da Justiça do Trabalho”. In: ALMEIDA, Jorge Luiz de (Org.). *A reforma do judiciário – uma abordagem sobre a Emenda Constitucional nº 45/2004*. Millennium. p. 77.

32 Op. Cit., p. 140.

33 CORRÊA, Lelio Bentes. “A reforma constitucional e a Justiça do Trabalho: perspectivas e desafios na concretização do ideal legislativo”. In: *Revista do TST*, Brasília, vol. 71, n. 2, maio/ago. 2005, p. 81.

dos textos normativos, há quem dê total prevalência à Constituição, enquanto outros veem no art. 7º apenas um elenco mínimo de garantias ao trabalhador, inexistindo impedimentos à extensão da proteção deste por lei ordinária. No meio termo, propõe-se a colocação do texto constitucional como regra geral; a dificuldade de se demonstrar a culpa do empregador passa a ser contornada pelo socorro a normas específicas de proteção e de saúde do trabalho, cujo descumprimento, em alguma medida, raramente não seria verificável quando de um acidente; com isso, não se diz que “o empregador irá fazer prova contra si mesmo”, mas que este “terá que comprovar em juízo que observou todas as normas de segurança do trabalho e que também o meio ambiente do trabalho estava equilibrado quando do sinistro. Caso o empregador faça essa prova, o ônus da prova de demonstrar a culpa transfere-se ao empregado”³⁴.

A questão da culpa, portanto, sofre um deslocamento importante em seu eixo – que, talvez, possa ser identificada com um *rebaixamento* – porque “a culpa do empregador ou mesmo o risco da atividade, nessa hipótese, quase sempre resulta da não observância das normas regulamentares de segurança, higiene e saúde no ambiente laboral previstas na legislação trabalhista”³⁵, decorrendo de uma constatação concreta a respeito “das condições de trabalho inadequadas” e “da falta de segurança e higiene”³⁶; passa a culpa, assim, a estar fortemente vinculada à demonstração antecedente de violação a algum texto normativo, muitas vezes de hierarquia subsidiária (regulamentos e portarias do Ministério do Trabalho³⁷), mais do que relacionada às categorias genéricas clássicas do art. 186 do CC – ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência³⁸, que possuem notável substrato doutrinário e alto grau de abstração.

34 SCHIAVI, Mauro. Op. Cit. p. 38.

35 OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. Op. Cit., p. 394.

36 MELO, Raimundo Simão de. Op. Cit., p. 420.

37 Nesse sentido: “A matéria vem normatizada em diversos níveis, como por exemplo: a) – na Constituição Federal (art. 7º, XXII); b) – em Convenções Internacionais (120, 150, 155 e 161 da OIT); c) – na Consolidação das Leis do Trabalho (arts. 154 a 201); d) – leis esparsas; e) – regulamentos e portarias” (SOUZA, Marco Antônio Scheuer de. *O dano moral nas relações entre empregados e empregadores*. Erechim: Edelbra, 1998. p. 284.

38 “(...) nos demais casos em que necessária a comprovação de culpa da empresa, razoável ser estabelecido, pelo juízo trabalhista, que compete ao empregador fazer a devida prova de que não agiu com dolo ou culpa. É a aplicação da teoria da responsabilidade subjetiva, com inversão do ônus da prova – em razão de melhores condições técnicas e econômicas do empregador diante da fragilidade do empregado lesionado. Ainda, nesse sentido, é de se reconhecer a plena vigência das inúmeras disposições normativas, que impõem a adoção de medidas preventivas pelas empresas, conforme Normas Regulamentares (NRs) atreladas à Portaria nº 3.214, de 1978 – razão pela qual fica mais fácil, para a própria instrução, que o empregador traga aos autos a devida comprovação de que vem agindo, nos estritos contornos da lei, cumprindo as medidas de segurança e medicina do trabalho.” (RUBIN, Fernando. Op. Cit., p. 58)

A responsabilidade a ser suportada pela Justiça do Trabalho nessa questão é enorme, inclusive por razões históricas. Com efeito, é sabido que “foi com a lei francesa de acidentes do trabalho, de 1898, que se instaurou pela primeira vez um sistema de responsabilidade sem culpa. Por outro lado, essa proteção, que dia a dia só fez aumentar, não se deu por razões de saúde pública, como se poderia pensar, mas por questões de ordem social, de solidariedade social, isto é, para impedir que trabalhadores acidentados, por culpa anônima ou de ninguém, mas até mesmo por sua própria culpa, perdessem, junto com sua força de trabalho, sua capacidade de sustento, e, para sobreviver, tivessem que mendigar o pão nas ruas”³⁹. Preocupações que não perderam a atualidade e que são parte das expectativas depositadas sobre a justiça trabalhista brasileira.

Outro ponto controverso diz respeito à prescrição, pois “uma corrente doutrinária e jurisprudencial sustenta ser aplicável a prescrição prevista no art. 7º, XXIX, da Constituição Federal, após ser delimitada a competência material trabalhista. A outra corrente defende a tese de que a prescrição é a civil, porque se trata de ação de caráter pessoal e se rege pelas disposições do Direito Civil”⁴⁰. Há quem defenda, inclusive, a escolha do prazo previsto na lei civil – mais extenso quando comparado com o prazo prescricional determinado pelo art. 7º, XXIX, da CF/88 – com base no princípio *in dubio pro operario*⁴¹. De forma acessória, controverte-se ainda a respeito da possibilidade de decretação da prescrição pelo juiz, nos termos do art. 219, § 5º, do CPC; a jurisprudência do TST estaria se firmando no sentido de que a regra “entraria em choque com vários princípios constitucionais, como a valorização do trabalho e do emprego, da norma mais favorável e da submissão da propriedade à sua função socioambiental, além do próprio princípio da proteção”⁴².

Rememore-se, ainda, a forte divergência surgida entre STJ e TST a respeito da competência para julgar ações de indenização por danos materiais e morais decorrentes de acidentes de trabalho do qual resulta evento morte – ações ajuizadas, portanto, pelos sucessores da vítima trabalhadora. Conforme visto, o STJ chegou a editar a Súmula nº 366, segundo a qual seria competente a Justiça Estadual para “processar e julgar ação indenizatória proposta por viúva e filhos de empregado falecido em acidente de trabalho”, mas a decisão proferida pelo STF no Conflito de Competência 7.545, em 13.08.09, obrigou ao cancelamento daquele enunciado.

39 MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 184-5.

40 COSTA, Walmir Oliveira da. Op. Cit., p. 113-4.

41 BELLONI, Marcio. “O dano moral no direito do trabalho”. In: *Revista de Direito do Trabalho*, vol. 133, jan. 2009, p. 270.

42 RUBIN, Fernando. Op. Cit., p. 47.

Cada um desses três temas é complexo o bastante para ser desenvolvido de forma individualizada, em trabalho próprio; para os fins deste artigo, porém, basta mencioná-los como exemplos do tipo de dificuldade que o deslocamento de competência passou a apresentar à Justiça do Trabalho. Uma vez apresentado o contexto, interessa-nos mais de perto um quarto ponto inserido nesse amálgama, que é a fixação da compensação pelos danos morais derivados de acidente de trabalho.

Em poucas palavras: no momento de fixação da compensação pelos danos morais, seria possível vislumbrar focos de tensão entre a doutrina civilista herdada e os antecedentes principiológicos trabalhistas? Se positiva a resposta, de que forma tal tensão repercutiria no valor fixado em razão da procedência do pedido?

Tomemos como exemplo da “doutrina herdada” trecho de excelente obra do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, do STJ⁴³. Os critérios ali estabelecidos para a fixação da compensação são os seguintes: “a) a gravidade do fato em si e suas consequências para a vítima (dimensão do dano); b) a intensidade do dolo ou o grau de culpa do agente (culpabilidade do agente); c) a eventual participação culposa do ofendido (culpa concorrente da vítima); d) a condição econômica do ofensor; e) as condições pessoais da vítima (posição política, social e econômica)”. Todos os (poucos) critérios são relacionados (i) ao fato danoso em si ou (ii) a condições pessoais do ofensor e da vítima; ou seja, ao fato e aos agentes, exclusivamente⁴⁴.

Evidente que o direito civil também apresenta seus questionamentos a respeito da escolha desses critérios⁴⁵. Há, particularmente, dois pontos que merecem destaque: os *punitive damages* e a “condição econômica da vítima”.

43 *Princípio da reparação integral*: indenização no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 283.

44 Em sentido praticamente idêntico, MORAES, Maria Celina Bodin de, Op. Cit., p. 295-6: “Com poucas variações, podem ser considerados aceites os seguintes dados para a avaliação do dano moral: i) o grau de culpa e a intensidade do dolo do ofensor (a dimensão da culpa); ii) a situação econômica do ofensor; iii) a natureza, a gravidade e a repercussão da ofensa (a amplitude do dano); iv) as condições pessoais da vítima (posição social, política, econômica); e iv) a intensidade de seu sofrimento”.

45 Disso faz prova a própria jurisprudência consolidada do STJ; basta transcrever trecho do voto vencido proferido pelo Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira no REsp 269.407/RJ, j. 28.11.00, que se tornou um ‘clássico’ sobre o tema da fixação dos danos morais e que é repetido à exaustão pelos acórdãos posteriores: “Certo é, no entanto, que a indenização, como se tem assinalado em diversas oportunidades, deve ser fixada em termos razoáveis, não se justificando que a reparação venha a constituir-se em enriquecimento indevido, com manifestos abusos e exageros, devendo o arbitramento operar com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa e ao porte econômico das partes, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso. Ademais, deve procurar desestimular o ofensor a repetir o ato” (o que configura fórmula genérica de *punitive damages*, em essência).

Quanto a esse segundo fator, trata-se de argumento comumente relacionado à vedação ao enriquecimento ilícito, muito embora as relações entre os dois institutos sejam muito menos próximas do que se costuma supor, tanto menos porque a noção de enriquecimento pressupõe uma exata quantificação de patrimônio e o bem moral é, por definição, imprestável a valorações financeiras precisas. Na verdade, o argumento traz, de forma implícita, certo preconceito estamental, servindo para veicular a ideia de que as condições materiais da vítima são parâmetros de sua condição moral, a ponto de distorcer a própria essência da reparação. Nesse sentido: “Finalmente, exclui-se dessa análise a capacidade econômica da vítima, porquanto tal aspecto está vinculado tão somente à atividade desenvolvida pelo agente ofensor. Apesar de opiniões contrárias, tem-se que a quantificação do dano moral pela diferença de porte econômico da vítima seria conduzir a questão a ponto de torná-la insustentável. Partindo-se de uma situação hipotética em que vítimas com marcantes distinções econômicas sofressem um dano moral de idêntica natureza, como no caso do atraso de um mesmo voo, a considerar o padrão econômico das vítimas como critério específico para a fixação do dano moral, chegar-se-ia à conclusão de que o direito da personalidade do ‘rico’ teria mais valor do que a do ‘não rico’, fato que atenta contra o princípio da igualdade, inscrito no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988 (cf. ARRUDA, 1999, p. 57-58)”⁴⁶.

Conforme ressaltado em nota constante de trabalho anterior⁴⁷, “é certo que atualmente vem ocorrendo uma mutação ainda incompleta quanto ao centro de gravidade da responsabilidade civil, que vem deixando de estar voltado primordialmente à ofensa (e, conseqüentemente, ao ofensor) para se transferir ao ofendido; nesse sentido, Maria Celina Bodin de Moraes (*Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 29) salienta que “Com o advento da Constituição de 1988, fixou-se a prioridade à proteção da dignidade da pessoa humana e, em matéria de responsabilidade civil, tornou-se plenamente justificada a mudança de foco, que, em lugar da conduta (culposa ou dolosa) do agente, passou a enfatizar a proteção à vítima de dano injusto”. Mas tal mudança, s.m.j., deveria vir em benefício da vítima, e não em seu prejuízo, como parece ocorrer com a aplicação desse argumento. Com efeito, só em uma perspectiva que conceda mais valor ao ofensor do que ao ofendido seria possível afirmar que uma compensação

46 SANTANA, Héctor Valverde. “A fixação do valor da indenização por dano moral”. In: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 44, n. 145, jul./set. 2007.

47 FURRIER, Fábio Luis. “A atuação do STJ no exame do justo valor compensatório dos danos morais: como adicionar objetividade a partir de duas propostas de método”. In: *Revista de Processo*. São Paulo, RT, ano 37, n. 206, abr. 2012, Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier, p. 308.

originada de dano moral poderia ser causa de enriquecimento ilícito, quando destinada a pessoa que vive com limitadas condições materiais”.

Os tão invocados *punitive damages*, por sua vez, costumam aparecer de forma disfarçada em alguns acórdãos, porquanto ainda se encontrem distantes de unanimidade em doutrina. Na prática, trata-se de conceito situado em posição diametralmente oposta ao polo em que opera a “condição econômica da vítima”, mas que com este se alinha no que tange à injustiça do critério em si mesmo considerado; se antes a indenização valeria de acordo com quem a sofreu e não de acordo com o dano, agora a indenização passaria a valer não de acordo com o dano, mas de acordo com quem o provocou. São, portanto, *distorções recíprocas* que, a rigor, não encontram respaldo constitucional no art. 5º, X, da CF/88; tal dispositivo vincula a reparação do dano moral ou material à violação destes e não a uma conjugação entre dano e fatores secundários que, sob o pálio de uma intenção moralizante, são invocados com base em uma pauta de valores impertinentes aos fins da justa reparação ao ofendido.

Tome-se agora o desenvolvimento do tema por autores ligados às lides trabalhistas. Em primeiro lugar, Mauro Schiavi⁴⁸:

“Sob o enfoque trabalhista, parte da jurisprudência e alguns autores sustentam que se deve aplicar analogicamente o art. 478 da CLT, sendo a indenização por danos morais um salário por ano de serviço.

Nesse sentido, destaca-se a seguinte ementa:

A indenização por dano moral, à falta de norma específica que disponha sobre os critérios para sua fixação, deve ser calculada adotando-se, por analogia, a regra da indenização por tempo de serviço. O seu valor deve ser igual à maior remuneração mensal do trabalhador multiplicada pelo número de anos ou fração igual ou superior a seis meses de serviço prestado (TRT da 8ª Região, 4ª T.A/C, RO 3795, Rel. Georgenor de Sousa Franco Filho).

Em que pese o posicionamento *supra*, entendo que a aplicação analógica do art. 478 da CLT embora possa ser justo em determinadas hipóteses, não é o melhor critério como regra geral, pois em muitos casos pode provocar indenização excessiva e em outros indenização módica para os prejuízos morais.

João Oreste Dalazen apresenta um critério bem elaborado para liquidação do dano moral, assim redigido:

48 Op. Cit., p. 277-9.

DOCTRINA

1º) compreender que o dano moral em si é incomensurável: como ensina o argentino Jorge Iturraspe, ‘a dor, as disfunções nos estados de ânimo, os ataques à personalidade e à vida de relação, as frustrações nos projetos de vida, assim como os danos estéticos, à harmonia do corpo, à intimidade, não podem ser traduzidos em dinheiro’. Deve compreender, portanto, a impossibilidade de fórmulas matemáticas com vistas a preestabelecer um número. Não deve constituir preocupação, pois, apurar uma soma pecuniária que corresponda ao valor intrínseco preciso dos bens morais ofendidos. Afinal, por exemplo, é estimável em dinheiro a honra ultrajada?

2º) considerar a gravidade objetiva do dano, como propõe Roberto Brebbia, o que significa avaliar a extensão e a profundidade da lesão, tomando-se em conta os meios empregados na ofensa, as sequelas deixadas, a intencionalidade do agente, etc.

3º) levar em conta a intensidade do sofrimento da vítima, que é um elemento marcadamente individual e variável, como bem assinala Adriano de Cupis; lesões igualmente graves do ângulo objetivo podem provocar sofrimento diverso às pessoas, segundo a maior ou menor sensibilidade física ou moral de cada um. Importa, assim, sempre ter presente a personalidade da vítima, aspecto sobremaneira relevante quando se atenta para a circunstância de que o dano moral nasce da lesão sofrida ao complexo psíquico-espiritual da vítima;

4º) considerar a personalidade (antecedentes, grau de culpa, índole, etc.) e o maior ou menor poder econômico do ofensor;

5º) não desprezar a conjuntura econômica do país. Inconcebível que o Poder Judiciário fixe o valor do dano moral ignorando essa realidade;

6º) pautar-se pela razoabilidade e equitatividade evitando, de um lado, valor exagerado e exorbitante ao ponto de levar uma situação de enriquecimento sem causa, ou à especulação, ou conduzir à ruína financeira o ofensor; de outro, evitando-se um valor tão baixo que seja irrisório e desprezível, a ponto de não cumprir sua função inibitória.

(...)

Acreditamos que o *quantum* da reparação deve estar balizado pelos seguintes critérios:

DOUTRINA

- a) reconhecer que o dano moral não pode ser valorado economicamente;
- b) valorar o dano no caso concreto, segundo as características de tempo e lugar onde ocorreu;
- c) analisar o perfil da vítima e do ofensor;
- d) analisar se a conduta do ofensor foi dolosa ou culposa, bem como a intensidade da culpa;
- e) considerar não só os danos atuais, mas também os prejuízos futuros, como a perda de uma chance;
- f) guiar-se o juiz pela razoabilidade, equidade e justiça;
- g) considerar a efetiva proteção à dignidade da pessoa humana;
- h) considerar o tempo de serviço do trabalhador, sua remuneração;
- i) atender à função social do contrato de trabalho, da propriedade e função social da empresa;
- j) inibir que o ilícito se repita;
- k) chegar ao acertamento mais próximo da reparação, mesmo sabendo que é impossível conhecer a dimensão do dano. Por isso, deve apreciar não só os danos atuais como os futuros (perda de uma chance);
- l) considerar a situação econômica do país e o custo de vida da região em que reside o lesado.”

Sem dúvida, grande parte dos critérios apontados nessa explanação pode ser resumida às fórmulas mais sintéticas propostas pelo modelo civilista; há mais, porém. Considerar “a conjuntura econômica do país” como um critério imprescindível à fixação dos danos morais não é, realmente, algo peculiar ao pensamento civilista. A “perda da chance”, por sua vez, é hipótese que ainda procura seus melhores contornos na jurisprudência e na doutrina, e costuma ser, por enquanto, apresentada aos tribunais não a partir de uma projeção para o futuro, mas a partir de um caso concreto em que se possa verificar, em tese, uma oportunidade já desperdiçada e que se ligaria ao evento-base por uma relação de causa e efeito (cuja comprovação é, exatamente, o ponto mais controverso do tema). A hipótese de cálculo que toma por base um salário por ano de serviço, em aplicação analógica do art. 478 da CLT, é, salvo melhor juízo, insustentável em termos constitucionais, pois desvincula completamente a lesão provocada da reparação devida; aqui se demonstra como são problemáticas as tentativas

de se proceder a uma superposição absoluta entre atribuição de competência e direito material a ser aplicado. A competência da Justiça do Trabalho não pode levar à conclusão de que falta norma específica a dispor sobre critérios de fixação da compensação, pois, mesmo em perspectiva excessivamente legalista, verifica-se que a própria CLT permite o uso do “direito comum” como fonte subsidiária do direito do trabalho (art. 8º, parágrafo único).

No aspecto positivo, por outro lado, encontram-se em tais critérios menções claras ao contexto trabalhista – função social do contrato de trabalho, tempo de serviço do trabalhador – que, ao menos em abstrato, devem ser responsáveis por um enriquecimento da discussão, por meio da especialização de seus limites. Na mesma linha, em certa medida particularizando os critérios antigos em face da preexistência da relação de trabalho⁴⁹:

“O juiz deve, portanto, levar em conta os seguintes elementos para fixar a indenização:

- a) situação financeira dos litigantes;
- b) discernimento do ofensor sobre a gravidade do fato;
- c) gravidade do ato;
- d) grau de cultura e posição social do ofensor;
- e) estabelecer punição pedagógica, visando evitar a reincidência do ato;
- f) intensidade do dolo ou da culpa;

49 Cite-se, ainda, mais uma proposta de critérios vinculados à lide trabalhista, a título exemplificativo: “Cabe aos magistrados a difícil tarefa de fixar o valor da indenização do dano moral, por meio do arbitramento e de uma base, agora com maior ênfase após a vigência do Código Civil (...) de 2002, trilhando pelo caminho do bom senso, prudente arbítrio, equidade e razoabilidade, e, para isso, deverá examinar e valorar as circunstâncias relevantes de cada caso, como a natureza dos fatos e a prova produzida nos autos, e para dimensionar o dano e repará-lo, deve-se primeiramente compreender que o dano moral é imensurável, não existe fórmula eficiente de ressarcimento e nem de reparação integral e que a finalidade da indenização não é a reposição das partes ao *status quo ante*, como ocorre com os danos materiais, mas, sim, em proporcionar à vítima a satisfação de outros bens da vida, como forma de assegurar-lhe uma compensação pelo mal sofrido. Em seguida, devem considerar a gravidade objetiva do dano, a pretensão e repercussão do dano na vida pessoal, familiar, profissional, social da vítima; a intensidade do sofrimento da vítima; a personalidade do ofensor; o maior ou menor poder econômico do ofensor; a situação econômica do país; e, por último, dar o valor, que não seja exagerado, que não leve ao enriquecimento sem causa da vítima, a conduzir o causador do dano à ruína financeira, e de outro lado não dar uma indenização de valor irrisório, a ponto de não propiciar à vítima a devida compensação, a satisfação não de ter o fim do sofrimento, mas de ter uma compensação satisfatória” (BELLONI, Marcio. Op. Cit., p. 270).

- g) a repercussão da ofensa na sociedade e no ambiente de trabalho;
- h) posição social do ofendido, verificando a moral do homem médio. Empregados mais conhecidos na empresa devem ter indenização maior, se a divulgação é do conhecimento geral.”⁵⁰

4 – CONCLUSÕES

O que é possível, em resumo, vislumbrar a respeito desse grande amálgama em processo de gestação pela jurisprudência trabalhista?

Há, em primeiro lugar – e como se procurou demonstrar ao longo do texto – uma necessidade de equilíbrio; critérios puramente civilistas não justificam todo o longo e custoso percurso de mudança da competência (e não fazem justiça às expectativas criadas a partir dessa alteração), enquanto que critérios puramente trabalhistas não podem fornecer resposta adequada às pretensões deduzidas. Há, também, que se precaver dos excessos; nesse ponto, servem como referência as dificuldades de adequação que alguns critérios – embora de relativa aceitação – têm gerado na esfera civil. À jurisprudência trabalhista é dada, então, a oportunidade de não reincidir em caminhos equívocos, agora apenas disfarçados por um vocabulário autorreferente. *Punitive damages* é expressão que pode ser substituída por várias formulações semelhantes no contexto trabalhista; o mesmo se diga quanto à “situação econômica da vítima”. Mas a essência nada mudaria; nesse caso, como diria certa ala dos filósofos escolásticos, o nome da rosa não é a rosa.

Seguir por tais caminhos resultará, possivelmente, no agravamento de um problema já tormentoso. Conforme visto, a constatação de culpa do empregador nos acidentes de trabalho – tema fundamental para tais ações – tem sido obtida através da interpolação de normas específicas de segurança e higiene; nesse caso, condenações em danos morais calculadas pelo acréscimo de intenções punitivas (com lastro em um alegado fomento moralizante ao desestímulo da conduta lesiva) podem ser facilmente identificadas com um meio indireto de coerção sobre o empregador, numa tentativa de obrigá-lo ao cumprimento dessas normas específicas que, porém, não deixam de possuir sanções próprias de salvaguarda ao seu eventual descumprimento, assim como meios particulares de tutela. Não é necessário distorcer a teoria dos danos morais para obrigar uma empresa a fornecer equipamentos de segurança: ao contrário, presume-se que tais normas possuam preceitos próprios de coerção e façam parte de um amplo sistema no qual existam legitimados a propor ações judiciais de tutela

50 MARTINS, Sergio Pinto. *Dano moral decorrente do contrato de trabalho*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 116.

desses direitos (como o Ministério Público do Trabalho), de forma que a eficácia dessas normas independe da ocorrência de um dano – antes ao contrário: elas são, justamente, tão eficazes quanto forem capazes de evitá-lo⁵¹. Não deixa de haver incongruência, portanto, em certas relações de causa e efeito que aparecem implícitas no argumento punitivo; se a culpabilidade não decorre da ausência de um dever geral de cuidado, mas do descumprimento de uma norma jurídica específica de segurança do trabalho, os *punitive damages* não podem reprimir o primeiro dano, na medida em que são consequência dele; portanto, por trás da (justa) intenção protetiva, o que se tem, na verdade, é a evocação da memória perpétua de um mártir desnecessário.

O melhor molde à definição dos critérios de fixação da compensação aparenta ser, portanto, o mais difícil de ser manuseado: o da especialização sem distorção de conteúdo. Há, inegavelmente, uma necessidade de análise do fato danoso e das circunstâncias relativas aos agentes envolvidos em cada caso concreto a partir dos critérios básicos civilistas; porém, estes devem ser iluminados pelas especificidades da relação de trabalho preexistente – tão bem conhecidas da justiça que, finalmente, teve sua competência firmada para o exame da matéria. Seria hipótese de se invocar, por todos, o art. 1º, IV, da CF/88; se não por outro motivo, apenas pelo fundamento do valor social do trabalho já seria possível dar às consequências do dano ocorrido em acidente de trabalho uma contextualização mais adequada.

Haveria a mesma necessidade no que tange à criação de novos “itens” valorativos de duvidosa pertinência com o dano e com os agentes envolvidos? A resposta precisa ser buscada sem que se perca de vista o foco principal em qualquer discussão sobre o vasto tema da reparação integral; jamais deve ser olvidada a perspectiva trazida à questão por um outro princípio constitucional de enorme magnitude, que é a exigência de valorização da dignidade da pessoa humana. A melhor proteção depende da força do sistema; nesse sentido, somar a fixação da compensação por danos morais objetivos extraídos de contextos secundários (como a intenção de obrigar o empregador a cumprir normas de

51 “Após longo embate acerca da natureza dos institutos do embargo e da interdição, o Ministério do Trabalho fixou o entendimento, sedimentado no art. 21 da Portaria MTE nº 40/2011, de que não se tratam de medidas sancionatórias, mas, sim, acautelatórias, adotadas em caso de grave e iminente risco ao trabalhador. Tanto assim é que o referido artigo não impede sejam lavradas autuações por infrações constatadas, incorrendo, portanto, qualquer forma de *bis in idem*, bem como não há qualquer necessidade de ao embargo ou à interdição corresponder, necessariamente, uma infração à legislação trabalhista. O critério é, assim, o grave e iminente risco, o fundamento, a imprescindível prevenção/precaução de acidentes ou doenças do trabalho, e o mote, a saúde e segurança do trabalhador.” (GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta; GEMIGNANI, Daniel. “Meio ambiente de trabalho. Prevenção e prevenção. Princípios norteadores de um novo padrão normativo”. In: *Revista do Superior Tribunal do Trabalho*, vol. 78, n. 1, jan./mar. 2012, p. 272-3)

segurança que possuem outros tipos de tutela possível) pode levar o sistema reparatório como um todo ao descrédito, ocasionando resultado inverso. Para caracterizar esse perigo, basta notar que a pressão pelo acolhimento dos *punitive damages* é, na prática, equivalente a uma pressão contrária – pela repressão àquilo que se convencionou chamar de “indústria do dano moral”. Uma condenação altíssima é comemorada pelos que ali veem a instrumentalização de uma prevenção genérica na mesma medida em que é criticada pelos que veem um incentivo à mercantilização das relações sociais. Tudo isso, indistintamente, opera em prejuízo ao melhor desenvolvimento e aceitação da tutela reparatória em seus devidos limites. A rigor, essas duas posições são desnecessárias; elas só existem porque, cada qual em sua origem, buscam retirar do sistema reparatório utilidades que este não pode fornecer.

As dificuldades que se apresentam à justiça trabalhista para o julgamento das lides relacionadas aos danos morais decorrentes de acidentes de trabalho só existem, hoje, porque certas dicotomias do passado – para a qual concorriam intenções, ideias e (pre)conceitos advindos de muitas origens – foram superadas; há que se atentar, porém, para a existência de novas dicotomias, cuja escolha pelo fomento ou pelo abandono, nesse momento, incumbe de forma exclusiva à jurisprudência trabalhista que está a surgir.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROS, Cassio Mesquita. “Atualização das considerações sobre a competência da Justiça do Trabalho após a Emenda Constitucional nº 45”. In: *Revista da Academia Nacional de Direito do Trabalho*. São Paulo, LTr, ano XV, n. 15, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2012

BELLONI, Marcio. “O dano moral no direito do trabalho”. In: *Revista de Direito do Trabalho*, vol. 133, jan. 2009.

BRANDÃO, Cláudio. “As novas vertentes da competência da Justiça do Trabalho para julgar ações de indenização por danos morais e materiais decorrentes de acidente de trabalho”. In: COUTINHO, Grijalbo Fernandes; FAVA, Marcos Neves (Orgs.). *O que estão fazendo da nova competência da Justiça do Trabalho? Análise crítica da jurisprudência do STF, do TST e do STJ após a EC 45/2004*. São Paulo: LTr, 2011.

CALURI, Lucas Naif. “A nova competência da Justiça do Trabalho”. In: ALMEIDA, Jorge Luiz de (Org.). *A reforma do judiciário – uma abordagem sobre a Emenda Constitucional nº 45/2004*. Millennium.

CAVALHERI, Gilmar. “A competência da Justiça do Trabalho para as ações de dano moral decorrentes de acidentes de trabalho e a aplicação no tempo da Emenda Constitucional nº 45/2004”. In: *Revista TRT da 12ª Região*, n. 22, 2º semestre/2005.

DOCTRINA

COSTA, Walmir Oliveira da. “Dano moral nas relações de trabalho: questões controvertidas após a Emenda Constitucional nº 45”. In: *Revista do TST*, Brasília, vol. 73, n. 2, abr./jun. 2007.

CORRÊA, Lelio Bentes. “A reforma constitucional e a Justiça do Trabalho: perspectivas e desafios na concretização do ideal legislativo”. In: *Revista do TST*, Brasília, vol. 71, n. 2, maio/ago. 2005.

DALAZEN, João Oreste. “A reforma do Judiciário e os novos marcos da competência material da Justiça do Trabalho”. In: COUTINHO, Fernandes; FAVA, Marcos Neves (Coords.). *Nova competência da Justiça do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2005.

FAVA, Marcos Neves. “Competência da Justiça do Trabalho para julgamento das ações de reparação de danos morais e materiais decorrentes das relações de trabalho – cinco anos da Emenda Constitucional 45 de 2004”. In: *Revista do TRT da 2ª Região*, São Paulo, n. 2/2009.

FINCATO, Denise Pires. “Acidente do trabalho e teletrabalho: novos desafios à dignidade do trabalhador”. In: *Direitos fundamentais & justiça*. Porto Alegre, HS, ano 2, n. 4, jul./set. 2008.

FURRIER, Fábio Luis. “A atuação do STJ no exame do justo valor compensatório dos danos morais: como adicionar objetividade a partir de duas propostas de método”. In: *Revista de Processo*. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo, RT, ano 37, n. 206, abr. 2012.

GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta; GEMIGNANI, Daniel. “Meio ambiente de trabalho. Prevenção e prevenção. Princípios norteadores de um novo padrão normativo”. In: *Revista do Superior Tribunal do Trabalho*, vol. 78, n. 1, jan./mar. 2012

MARTINS, Sergio Pinto. *Dano moral decorrente do contrato de trabalho*. São Paulo: Atlas, 2007.

MELO, Raimundo Simão de. “Competência da Justiça do Trabalho para apreciar e julgar os pedidos de indenização por danos material e moral decorrentes das relações de trabalho”. In: COUTINHO, Grijalbo Fernandes; FAVA, Marcos Neves (Orgs.). *O que estão fazendo da nova competência da Justiça do Trabalho? Análise crítica da jurisprudência do STF, do TST e do STJ após a EC 45/2004*. São Paulo: LTr, 2011.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. “Competência para julgamento das ações indenizatórias decorrentes de acidente do trabalho – jurisprudência dos tribunais superiores”. In: COUTINHO, Grijalbo Fernandes; FAVA, Marcos Neves (Orgs.). *O que estão fazendo da nova competência da Justiça do Trabalho? Análise crítica da jurisprudência do STF, do TST e do STJ após a EC 45/2004*. São Paulo: LTr, 2011.

RUBIN, Fernando. “Dano moral e material – processo judicial de reparação em acidente de trabalho (indenizatória acidentária)”. In: *Revista Magister de Direito do Trabalho*, n. 48, maio/jun. 2012.

SANTANA, Héctor Valverde. “A fixação do valor da indenização por dano moral”. In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 44, n. 145, jul./set. 2007.

SCHIAVI, Mauro. *Ações de reparação por danos morais decorrentes da relação de trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2011.

SCHWARCZ, Lilia Moritz (Org.). *Contos completos de Lima Barreto*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

DOUTRINA

SOUZA, Marco Antônio Scheuer de. *O dano moral nas relações entre empregados e empregadores*. Erechim: Edelbra, 1998.

TAVARES, André Ramos. *Reforma do judiciário no Brasil pós-88 – (des)estruturando a justiça*. São Paulo: Saraiva, 2005.

TUPINAMBÁ, Carolina. *Competência da Justiça do Trabalho à luz da reforma constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

EFEITO PROSPECTIVO NA ALTERAÇÃO DE SÚMULAS PELOS TRIBUNAIS SUPERIORES: UMA ABORDAGEM À LUZ DO EMBATE ENTRE OS ANSEIOS FUNDAMENTAIS DE JUSTIÇA E SEGURANÇA JURÍDICA

Flávia Moreira Guimarães Pessoa*

1 – INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo analisar o embate dos anseios fundamentais de justiça e segurança na alteração da jurisprudência dos tribunais superiores. Para a elaboração do estudo, tomou-se como base a análise dos trabalhos filosóficos que cuidam do tema da justiça e da segurança jurídica, procurando-se situar nessa dialeticidade a discussão relativa à alteração substancial de súmulas pelos tribunais superiores.

As súmulas existem para conferir maior segurança jurídica, mas não são imutáveis. Com efeito, por critérios de evolução da ideia de justiça, sofrem alterações. Tais alterações, se aplicadas aos casos anteriores podem ter o efeito contrário de segurança jurídica pretendido. Dessa forma, sob a ótica da dialeticidade já exposta, o artigo defende a possibilidade de se conferir efeito prospectivo a alteração substancial de seu conteúdo.

2 – EVOLUÇÃO DA IDEIA DE JUSTIÇA

Importa inicialmente estabelecer o conceito de justiça em cada tempo histórico. Tal noção é importante, já que é sob o título de “justiça” que em toda parte se justifica o direito, quer no processo de sua criação, quer no de sua aplicação. Aliás, sob o signo da “justiça” unem-se diversos segmentos de correntes ideológicas distintas que se apresentam, pelo menos publicamente,

* Juíza do Trabalho, titular da 4ª Vara do Trabalho de Aracaju; professora adjunta da UFS; coordenadora e professora do Mestrado em Direito da Universidade Federal de Sergipe; especialista em Direito Processual pela UFSC; mestre em Direito, Estado e Cidadania pela UGF; doutora em Direito Público pela UFBA.

com esse ideal. Trata-se, em suma, de um anseio fundamental do homem que transcende o individual e atinge a sociedade.

Convém assinalar, porém, que a justiça tem significado e conteúdo amplo. Na realidade, o que está muitas vezes em jogo são interesses em tese juridicamente protegidos, porém contraditórios, que exigem uma definição objetiva do critério do justo naquele caso concreto.

Por outro lado, no conceito de justiça há que se separar suas diversas modalidades, que foram sendo teoricamente construídas no decorrer da história. Dessa forma, pode-se falar em Justiça Distributiva, que se relaciona à repartição dos benefícios entre os membros da sociedade; Justiça Comutativa, que governa as relações entre particulares; Justiça Geral, que disciplina o dever das partes para com o todo e constitui a outra face da Justiça Distributiva; e Justiça Social, que se relaciona à correção das distorções sociais.

2.1 A ideia de Justiça na filosofia grega

A ideia de justiça encontra-se bem retratada na mitologia e na filosofia gregas. Com efeito, inicialmente, a análise da história grega demonstra que até o século V a.C. o Direito era intrinsecamente ligado à Religião e era considerado justo por sua própria natureza, contido em leis imutáveis e não escritas.

Dentre os estudos pré-socráticos sobre o tema da justiça, digno de nota é o desenvolvido por Pitágoras, bem assinalado por Bittar (2001, p. 56), que afirma que, para Pitágoras, a justiça, em uma primeira acepção, “significa respeito aos deuses e ao culto”, já em outra acepção, “a justiça é judiciária, o que significa um *post factum*, um corretivo com relação ao surgimento de uma situação de injustiça”. Ainda na ideia de Pitágoras, tem-se a justiça normativa, a qual, “melhor que a judiciária, é um *ante factum*, ou seja, um algo preventivo colocado a serviço dos *politai* como garantia da ordem e do bem comum”. Tem-se, também, a justiça como sinônimo de autoridade e de obediência, estando implícita na noção de ordem a ideia de hierarquia. Ainda, a justiça aparece como piedade no sentido mais ético do termo. Finalmente, “a justiça é humana, no que se refere ao tratamento do homem *inter homines*, e a justiça é animal, no que se refere ao tratamento dos homens para com os animais”.

Outro ponto a se assinalar é que os Pitagóricos definiam a justiça como uma reciprocidade, norteadas pela fórmula de que deveria ser feito a B aquilo que este fez a A, seguindo, portanto, a regra de Talião, sintetizada pela máxima “olho por olho, dente por dente”.

DOCTRINA

A partir do século V a.C., ganha corpo a escola sofista, que lança sementes de ceticismo¹ sobre a existência de uma justiça natural absoluta e *a priori*. Ainda no mesmo século V a.C., contrapondo-se aos sofistas, Sócrates lançou as bases iniciais do sistema filosófico idealista, que mais tarde seria aprimorado por Platão, e pugnou pelo respeito às leis escritas e não escritas, tendo exemplificado com sua própria vida esse princípio. No contexto de sua morte, Sócrates consagrou valores que foram posteriormente absorvidos por Platão e Aristóteles, precisamente no que pertine ao respeito e manutenção das normas e convenções. A relevância do exemplo pessoal vem ressaltada por Eduardo Bittar (2001, p. 53), que indica a ideia de Sócrates de que “o foro interior e individual deveria submeter-se ao exterior e geral em benefício da coletividade”. Assim, a submissão de Sócrates à sentença condenatória representou “não só a confirmação de seus ensinamentos, mas, também, a revitalização dos valores sociorreligiosos acordantes com os que foram a base da construção da própria cidade-estado grega”.

Ainda sobre a ideia de Justiça na Antiguidade Clássica, é relevante mencionar a ideia Platônica. Platão foi herdeiro direto do pensamento Pitagórico sobre a justiça, sendo, outrossim, seguidor do método² e dos ensinamentos Socráticos³. O autor desenvolveu sua teoria sobre a justiça inicialmente distanciando a justiça divina da humana. A primeira seria absoluta, mas inalcançável pelos homens. A segunda, ineficaz e relativa. Contudo, a primeira não desmerece a segunda, ao contrário, aquela é o fundamento para a obediência desta. Assim, a ordem estabelecida na constituição deve ser obedecida como transcendência da justiça absoluta, sendo então as leis justificadas metafisicamente, devendo-lhes o cidadão obediência absoluta, mesmo que fossem iníquas.

Importante, ainda, destacar o pensamento de Aristóteles. No livro V da *Ética a Nicômaco*, Aristóteles examina exaustivamente os conceitos de justiça. O autor parte do senso comum que se exprime através da linguagem. Assim, para entender a justiça, há de se percorrer todos os seus significados, sendo necessário destilar e verificar cada um deles, mostrando as nuances de sentido.

-
- 1 O ceticismo é característica basilar da sofística. Com efeito, para os sofistas, “o conhecimento reduz-se à opinião e o bem, à utilidade. Consequentemente, reconhece-se a relatividade da verdade e dos valores morais, que mudariam segundo o lugar e o tempo” (ABBAGNANO, 2000, p. 918).
 - 2 O “método socrático”, também conhecido como maiêutico, consiste na transmissão das ideias a partir de diálogos constituídos por uma série de questões breves e respostas precisas. Vale conferir, sobre o tema a ampla descrição de Giordani (1972, p. 357).
 - 3 Platão pôs Sócrates como personagem central da maioria de seus diálogos, tendo sido importante para a preservação das ideias de Sócrates, já que esse último não deixou obras escritas.

De início, uma das distinções conceituais mais relevantes na perspectiva de Aristóteles é a justiça universal e a particular. A primeira, também chamada de total ou integral, é o gênero do qual a segunda é a espécie. A justiça universal relaciona-se à legalidade. Enquanto a justiça universal fixa seu conteúdo na legalidade, a justiça particular tem seu parâmetro na igualdade. Assim, a justiça particular é menos abrangente do que a primeira, pois “tudo que é desigual é ilegal, mas nem tudo que é ilegal é desigual” (1130 b, 13/15).

Mencionada a distinção entre o gênero – justiça universal – e a espécie – justiça particular –, Aristóteles continua a sistematização indicando as subespécies da justiça particular: a justiça distributiva e a corretiva. Ambas diferenciam-se na medida em que a primeira “se manifesta nas distribuições das honras, de dinheiro ou das outras coisas que são divididas entre aqueles que têm parte na constituição” (1130 b, 30), enquanto a segunda “desempenha papel corretivo nas transações entre indivíduos” (1130 b, 35).

Conforme se extrai do texto supramencionado, a justiça distributiva tem lugar numa relação público-privado em que há relação de subordinação entre governantes e governados. A justiça distributiva, para Aristóteles, deve ser ao mesmo tempo “intermediária, igual e relativa”. Intermediária porque deve encontrar-se entre certas coisas. Igual porque envolve duas coisas. E, finalmente, relativa, ou seja, para certos destinatários.

A justiça distributiva é aquela que se estabelece nas relações de subordinação público-privado em que a divisão de ônus e benesses deve ser feita de acordo com a proporcionalidade ensejada pelo critério de mérito escolhido pela constituição de dada comunidade. Prosseguindo no texto, Aristóteles passa à definição da justiça corretiva. Diferentemente da justiça distributiva, que se estabelece em relações de subordinação, a justiça corretiva é estabelecida entre indivíduos que se encontram em condições de coordenação, ou seja, tem lugar entre iguais.

2.2 – A ideia de Justiça na Idade Média: o pensamento de Santo Agostinho e São Tomás de Aquino

Uma análise da evolução da ideia de justiça não poderia deixar de cuidar, na Idade Média, do pensamento de Santo Agostinho e São Tomás de Aquino, maiores expoentes filosóficos do período.

Como maior representante da filosofia patrística, Santo Agostinho foi autor de diversos escritos relevantes sob o ponto de vista filosófico. Em relação à ideia de justiça, cumpre assinalar que a concepção sobre a justiça de Santo

DOCTRINA

Agostinho está ligada ao pecado original. Com efeito, por meio do conceito de pecado das origens, Santo Agostinho explicita uma condição humana real, sujeita aos vícios e às vicissitudes temporais. O retorno à condição primeira de felicidade vivida pelo homem, segundo ele, só é possível por intermédio da justiça. Em seu estado inicial, o homem partilhava diretamente da justiça absoluta, isto é, divina e imutável. Após o pecado original, a justiça humana passou a ser relativa, temporal e mutável.

Para Santo Agostinho, todos os homens são iguais porque todos são filhos de Deus – eis a justiça divina. Mas eles serão tratados desigualmente, de acordo com seu mérito, que consiste na observância da lei divina, da lei natural e, depois, da lei dos homens.

O supremo ato de justiça do homem será a submissão à lei de Deus. A igualdade absoluta e, portanto, a justiça perfeita, só existe na Cidade de Deus. A Cidade dos Homens tem que se submeter à Cidade de Deus. Para o autor, deve ser observada a hierarquia da ordem natural criada por Deus: o corpo deve submeter-se à alma, a alma a Deus e as paixões à razão.

Tomás de Aquino, por seu turno, é outro grande nome da filosofia cristã na idade média, sendo o maior expoente da escolástica. Entre suas obras mais relevantes, destacam-se a *Suma Teológica* e a *Suma contra os Gêntios*. Em relação à justiça, destaque-se que Tomás de Aquino também considera que o homem deve se aperfeiçoar para se aproximar cada vez mais de Deus, seu fim último. O autor distingue a alteridade e a igualdade como os dois elementos da justiça: o homem deve realizar sua procura por Deus, com os outros, que, igualmente, almejam a perfeição.

Assinale-se que o autor define a virtude como uma disposição ou inclinação para agir conforme a razão, o que leva à conclusão de que a justiça é a perfeição do ato humano. A virtude, por seu turno, divide-se em intelectual e moral.

Tomás de Aquino, com inspiração aristotélica, divide a justiça em três formas distintas: a) a justiça geral, que regula os atos dos indivíduos para com a sociedade, a fim de lograr o bem comum; b) a justiça distributiva, que regula os direitos dos membros da sociedade em face da autoridade; e c) a justiça comutativa, que se ocupa de regular as relações dos particulares entre si (MONREAL, 1988, p. 60).

2.3 – A Justiça na Idade Moderna: Hobbes, Rousseau e Kant

A análise do conceito de Justiça na Idade Moderna partirá dos textos de “O Leviatã”, de Thomas Hobbes, o “Discurso sobre a Origem e os Fundamentos

da Desigualdade entre os Homens”, de Jean Jacques Rousseau, “Metafísica dos Costumes” e “Fundamentação da Metafísica dos Costumes”, ambos de Immanuel Kant. Os textos foram extraídos da antologia especialmente preparada por Sebastiano Maffettone e Salvatore Veca (2005).

Para Hobbes, a noção de Justiça é desprovida de sentido, caso não seja considerada à luz da soberania. Prevalece, assim, o Estado, em relação ao Direito Natural. Segundo o autor, na sua obra “O Leviatã”, os nomes justo e injusto quando atribuídos aos homens significam uma coisa, e quando atribuídos às ações significam outra. Indica Hobbes que, quando atribuídos aos homens, significam a conformidade ou não com os costumes e, quando atribuídos às ações, significam a conformidade ou não com a razão de ações individuais (MAFFETTONE; VECA, 2005, p. 116). Prossegue Hobbes aduzindo que o nome que cabe aos homens na primeira acepção seria honesto e desonesto, enquanto o nome que cabe pela justiça de suas ações é de inocente e o cabível pela injustiça de suas ações é o de culpado.

Em outras palavras, aponta Hobbes que a injustiça dos costumes é a predisposição ou o dom para fazer o mal aos outros, ou seja, é injustiça antes de gerar ação e não pressupõe nenhum indivíduo específico como objeto do mal. Em contrapartida, a injustiça da ação pressupõe um indivíduo específico como objeto do mal. Aponta ainda Hobbes que a justiça das ações é dividida pelos escritores entre comutativa e distributiva, mas afirma que essa distinção não é correta e justifica essa afirmação aduzindo que, na verdade, a justiça comutativa é a justiça dos contratantes e a justiça distributiva é a justiça do árbitro.

Já segundo Rousseau, as questões de justiça não podem ser tratadas com vistas apenas à busca da estabilidade das instituições, mas pressupõem a prioridade de um critério normativo independente, que permitem analisar a justiça de uma ordem social dada em cotejo com a justiça ideal.

O autor analisa o progresso da desigualdade na humanidade, individuando três etapas. A primeira caracterizar-se-ia pela fundação da lei e do direito de propriedade; a segunda, na instituição da magistratura, e a última na transformação do poder legítimo em poder arbitrário. Segundo Rousseau, a condição de rico e pobre teria sido autorizada pela primeira época, a de poderoso e fraco pela segunda e a de senhor e escravo pela terceira.

Sustenta Rousseau, assim, que a desigualdade, sendo quase nula no estado natural, tira a própria força e o próprio incremento do desenvolvimento das nossas faculdades e do progresso do espírito humano, tornando-se, por fim, estável e legítima para a instituição da propriedade e das leis.

Dessa forma, conclui o autor que a desigualdade moral, autorizada apenas pelo direito positivo, é contrária ao direito natural sempre que não se mostrar em proporção com a desigualdade física. Aponta o autor que a distinção determina com suficiência o que se deve pensar a respeito da espécie de desigualdade que reina entre todos os povos civilizados, que seria contra a lei natural, precisamente o fato de que “um menino comande um velho, que um imbecil guie um sábio e que um pequeno grupo de homens tenha coisas supérfluas em abundância, enquanto a multidão faminta não dispõe do necessário” (MAFFETTONE; VECA, 2005, p. 210).

Kant, por seu turno, formula, na obra “A Metafísica dos Costumes”, uma introdução à doutrina do direito⁴. Nesse sentido, o autor pergunta o que é direito, definindo-o como o conjunto de condições, por meio das quais o arbítrio de um pode harmonizar-se com o arbítrio de outro, segundo uma lei universal de liberdade.

A concepção de justo, na teoria de Kant, vincula-se à liberdade. Tem-se por justa a ação, quando a mesma não ofende a liberdade do outro, segundo as leis universais. Considera injusta a ação que viola a liberdade de uma pessoa. Kant assinala que a moral exige, de cada um, que adote suas ações em conformidade com o Direito. Significa que a pessoa é a legisladora de sua liberdade segundo a existência de uma lei universal do direito. Kant aponta, assim, o princípio e a lei universais do direito. O princípio universal é que qualquer ação é conforme o direito quando, por meio dela ou segundo sua máxima, a liberdade do arbítrio de cada um puder coexistir com a liberdade de todos os outros, segundo uma lei universal. A lei universal do direito, por seu turno, seria a seguinte: “age externamente, de modo que o livre uso do teu arbítrio possa coexistir com a liberdade de cada um segundo uma lei universal”.

Em relação à equidade, reconhece Kant (1993, p. 51) que o direito estrito é uma injustiça. Contudo, afirma que essa injustiça não pode ser corrigida por meio do direito, por mais que se refira a uma questão de direito, “porque a reclamação que se funda na equidade somente tem força no tribunal da consciência, ao passo que a questão de direito é discutida no tribunal civil”.

2.4 – A ideia de Justiça na contemporaneidade: o pensamento de John Rawls

Dentre as inúmeras vertentes filosóficas que analisam a noção de justiça na Idade Contemporânea, o presente trabalho volta-se ao estudo da obra de

4 A obra “Doutrina do Direito” referenciada na bibliografia é justamente a primeira parte de “A Metafísica dos Costumes”, publicada no Brasil de forma separada em 1993.

Rawls. Afirma John Rawls que a justiça é a primeira virtude das instituições sociais, assim como a verdade é a primeira virtude dos sistemas de pensamento. Demonstra que essas proposições parecem exprimir nossas convicções intuitivas sobre o primado da justiça. A partir dessas definições, Rawls indica que pretende verificar se as mesmas são válidas e, em caso positivo, de que modo pode-se tentar uma reconstrução racional a partir delas. Para esse objetivo, afirma, é necessária a construção de uma teoria sobre a justiça, que passa a desenvolver em sua obra “Uma Teoria da Justiça”.

Assim, o autor não cuida de justiça pessoal, mas de justiça política, social e institucional. O objeto da teoria de justiça de Rawls compreende a estrutura básica da sociedade, isto é, o conjunto das instituições encarregadas da distribuição de direitos e deveres fundamentais e da divisão dos benefícios oriundos do esforço coletivo. O autor propõe-se a responder a pergunta: o que é uma sociedade justa? Para tanto, adota o postulado de que, assim como toda teoria deve ter como objetivo a busca da verdade, toda sociedade deve ter como fim a realização da justiça. A justiça é a virtude cardeal de toda e qualquer instituição política, social ou econômica.

Rawls distingue o conceito de justiça, no sentido de um equilíbrio apropriado entre exigências em contraste e as concepções sobre a justiça, como conjunto de princípios correlatos que identificam as condições relevantes para determinar esse equilíbrio.

Na busca de uma sociedade justa, Rawls concebe um procedimento ideal formado por duas etapas. Na primeira etapa, ocorre a “posição original”, estratégia neocontratualista que, associada ao “véu de ignorância” em que se encontram os indivíduos, leva à escolha de dois princípios fundamentais: o da liberdade e o da distribuição, esse último subdividido nos princípios da diferença (toda e qualquer desigualdade somente se justifica se beneficiar os menos afortunados) e da igualdade de oportunidades. Na segunda etapa, os indivíduos, embora desconheçam ainda a sua posição econômica ou social, estão cientes dos princípios de justiça e do modelo econômico-cultural da sociedade que pretendem organizar através de normas constitucionais.

A posição original é uma ficção teórica que permite operar com a ideia de justiça como equidade, na medida em que os indivíduos hipotéticos que deliberarão sobre os princípios de justiça encontram-se em pé de igualdade, igualdade que seria inimaginável se considerássemos os indivíduos enquanto inseridos em posições reais. Além disso, o véu de ignorância funciona como um expediente epistemológico, que garante a imparcialidade do procedimento (RAWLS, 1981, p. 119).

Quanto ao conteúdo da concepção de justiça acordada na posição original, Rawls (1981, p. 67) esclarece que se trata de dois princípios fundamentais: a) igual liberdade para todos (máxima liberdade); e b) as desigualdades econômicas e sociais somente serão toleradas (princípio da distribuição) se beneficiarem os menos favorecidos (princípio da diferença) ou estiverem vinculadas a cargos e posições de acesso universal (princípio das oportunidades equitativas). Os dois princípios mencionados parecem ser uma base equitativa sobre a qual os mais bem-dotados ou mais afortunados em sua posição social, sem que se possa dizer de ninguém que o merecia, podem esperar cooperação voluntária dos outros, no caso de algum esquema praticável ser condição necessária para o bem-estar de todos.

Frente à igualdade e à liberdade, produzem-se as desigualdades sociais e econômicas entre os homens. O autor percebe que uma concepção de justiça não pode anular nem os dons naturais, nem as contingências ou desigualdades sociais que vão incidir nas estruturas política, econômica e, em geral, em todas as dimensões da vida. Para Rawls, a justiça, como imparcialidade, apoia-se na teoria contratualista e na teoria da eleição racional. O autor elabora uma teoria ideal de Justiça, ele denomina de Justiça como Imparcialidade.

2.5 – A amplitude da Ideia de Justiça: as sistematizações de Alf Ross e Perelman

Em obra específica sobre Direito e Justiça, Alf Ross apresenta uma análise da ideia de justiça, na qual aponta que o postulado de justiça, no decorrer dos tempos, equivale a uma exigência de igualdade. Porém, essa igualdade não é tomada em termos absolutos. Ao contrário, a fórmula da igualdade possui dois elementos: a exigência formal de igualdade e o critério material para a determinação da classe a que se aplica a norma de igualdade.

A exigência formal de igualdade, por sua vez, não exclui uma diferenciação entre pessoas que se acham em circunstâncias distintas. Assim, aponta o autor que as diversas formulações de justiça, para grupos ou contextos diversos, incluem, além da ideia de igualdade, um padrão de avaliação, que é exemplificado por Alf Ross (2003, p. 315) da seguinte forma: 1) a cada um segundo seu mérito; 2) a cada um segundo sua contribuição; 3) a cada um segundo suas necessidades; 4) a cada um segundo sua capacidade; e 5) a cada um segundo sua posição e condição.

Ressalta Alf Ross que pela primeira fórmula apontada, o critério é dado pelos méritos morais ou o valor moral de uma pessoa, e a ideia de justiça exige

uma relação proporcionada entre mérito e destino – neste mundo ou em outro. Pela segunda fórmula, sustentada pelo socialismo marxista, o fator de avaliação é a contribuição que cada pessoa faz à economia social. Pelas terceira e quarta fórmulas, aplicadas conjuntamente pela teoria comunista, cada qual deverá contribuir de acordo com sua capacidade e receber de acordo com suas necessidades. Finalmente, pela quinta fórmula, tem-se um princípio aristocrático de justiça que tem sido utilizado para justificar distinções de classe social.

Também indicando a amplitude da ideia de justiça, Perelman (2000, p. 9), por seu turno, aponta que é ilusório querer enumerar todos os sentidos possíveis da noção de justiça, sustentando, porém, que as concepções mais correntes de justiça seriam: a) a cada qual a mesma coisa; b) a cada qual segundo os seus méritos; c) a cada qual segundo suas obras; d) a cada qual segundo suas necessidades; e) a cada qual segundo sua posição; e f) a cada qual segundo o que a lei lhe atribui.

Dentro dessa sistematização, a primeira concepção não estabelece nenhuma distinção entre os seres, enquanto a segunda exige um tratamento proporcional a uma qualidade intrínseca, segundo um critério moral. Na terceira concepção, o tratamento é proporcional ao resultado da ação. Na quarta, levam-se em conta as necessidades vitais do indivíduo. A quinta concepção é aristocrática. Finalmente, para a sexta posição, ser justo é aplicar as leis do país. Essa última concepção, conforme ressalta Perelman (2000, p. 12), não se arvora em juiz do direito positivo, mas se contenta em aplicá-lo.

2.6 – Afinal, o que é justiça?

Após o desenvolvimento da ideia de justiça, pode-se dizer que não se pode chegar a um critério absolutamente válido de justiça. Porém, remanesce a questão sobre qual critério de justiça seguir.

Segundo Perelman (2000, p. 33), cada vez que falamos de justiça devemos nos fazer a pergunta sobre qual tipo de justiça estamos a tratar, se da justiça formal⁵ ou das inumeráveis concepções de justiça concreta.

Pode-se afirmar que a ideia de justiça não é uníssona na Filosofia. Ao contrário, ao estudar-se o pensamento filosófico sobre o tema, constata-se a multiplicidade de definições e valores idealizados ou protegidos. Assim, caberá ao legislador ou aplicador do direito optar claramente por qual critério

5 Perelman (2000, p. 33) define justiça formal como o “princípio de ação segundo o qual os seres de uma mesma categoria essencial devem ser tratados da mesma forma”.

de justiça seguir, desnudando sua posição ideológica e, a partir daí, tomando posição. Firmada a posição, porém, surge outra questão, justamente o problema da necessidade de segurança jurídica, essencial para as relações sociais. Na realidade, o embate entre os valores segurança jurídica e justiça é sempre constante, com prevalência de um ou de outro, a depender do período histórico e do âmbito de observação.

3 – A SEGURANÇA JURÍDICA E O CONFRONTO COM A IDEIA DE JUSTIÇA

Da mesma forma que a justiça é um anseio fundamental do homem que transcende o individual e alcança o social, também a segurança jurídica é uma necessidade essencial do ser humano.

Nesse aspecto, Recaséns Siches (1968, p. 703) assinala que muito embora o Direito Positivo se inspire em valores de conteúdo como a justiça e se considere justificado na medida em que realiza essas exigências de valores, não obstante, o Direito “nasce originariamente na vida humana para satisfazer uma necessidade de certeza e de segurança em determinadas relações sociais, consideradas da maior importância”.

É a segurança jurídica que traz estabilidade às relações sociais juridicamente tuteláveis, em face da certeza a ela inerente. A segurança jurídica inibe o arbítrio e a violência e dá amparo às relações entre as pessoas e o Estado e entre as pessoas entre si.

De acordo com a concepção tradicional, a ordem é essencial tanto à vida individual quanto à vida coletiva. Segundo Theophilo Cavalcanti Filho (1964, p. 8), essa necessidade de ordem, que traz consigo a segurança, é de tal modo profunda que tem todas as características de um fato espontâneo e natural.

Assinala o autor que o objetivo primeiro do direito é a exigência de ordem e de segurança. Aponta que da mesma maneira que o homem cria segurança, no que diz respeito ao ambiente natural, através do conhecimento científico e da técnica, estabelece, através das normas, “uma certeza e segurança na sua vida de relações, de modo a permitir a vida em sociedade” (CAVALCANTI FILHO, 1964, p. 54).

A perspectiva contemporânea da segurança jurídica aponta, por seu turno, sua dúplici natureza. Consoante lição de Almiro do Couto e Silva (2005, p. 3), a segurança jurídica se ramifica em duas partes. A primeira, de natureza objetiva, é aquela que tradicionalmente envolve a questão dos limites à retroatividade dos atos do Estado, até mesmo quando estes se qualifiquem como atos legisla-

tivos, ou seja, se refere à proteção do direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Já a perspectiva subjetiva da segurança jurídica volta-se à ideia da proteção à confiança⁶.

Couto e Silva (2005, p. 6) ressalta, ainda, que os princípios da segurança e da proteção à confiança são elementos conservadores inseridos na ordem jurídica, destinados à manutenção do *status quo* e a evitar que as pessoas sejam surpreendidas por modificações do direito positivo ou na conduta do Estado, o que acaba provocando tensão com as tendências modernizadoras do Estado.

4 – O EMBATE ENTRE OS VALORES JUSTIÇA E SEGURANÇA JURÍDICA: O EFEITO PROSPECTIVO NA ALTERAÇÃO SUBSTANCIAL DE JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Os estudos sobre a adoção da jurisprudência consolidada dos tribunais não podem passar ao largo das discussões acerca da segurança jurídica, uma vez que o fundamento maior de tais súmulas é justamente a insegurança jurídica gerada pela multiplicidade de decisões judiciais sobre o mesmo tema. Ao mesmo tempo, como a mudança de interpretação da jurisprudência consolidada dos tribunais está geralmente associada ao valor justiça, na realidade as discussões sobre o tema gravitam em torno da constante dualidade entre segurança e justiça.

Nessa mesma linha, ressalta Batista Machado (1987, p. 54) que a exigência de justiça e segurança acham-se numa relação de “tensão dialética”, havendo casos em que as necessidades práticas do direito podem exigir que o valor segurança tenha um maior peso que a justiça, muito embora também, por outro lado, a depender da hipótese, essa mesma segurança deverá ceder diante do valor justiça.

Como, então, dentro de tal embate, construir uma pauta valorativa capaz de solucionar as questões cotidianas? Eis o desafio do mundo contemporâneo⁷.

6 Conforme afirma Almiro do Couto e Silva (2005, p. 4), modernamente, no Direito Comparado, a doutrina prefere admitir a existência de dois princípios distintos: o princípio da segurança jurídica e o princípio da confiança, que seria a perspectiva subjetiva da segurança jurídica.

7 Miguel Reale (1978, p. 235) ressalta a possibilidade de uma variável ordenação hierárquica dos valores, destacando que várias tentativas de classificação dos valores foram feitas, algumas procurando seguir um critério formal, outras um critério de conteúdo. Entre as classificações e ordens de hierarquia, mister ressaltar-se a construção de Max Sheler, que insere o valor justiça/injustiça entre os valores espirituais morais e o valor exato-evidente/aproximado-provável entre os espirituais intelectuais, ambos no mesmo nível, por que inseridos na mesma classificação de valores espirituais.

Sobre tal tema Radbruch (2004, p. 114) refere que, historicamente, podem ser destacados prevalências de um ou outro valor. Assim, segundo aponta o autor, no período do direito natural há a prevalência do valor justiça. No extremo oposto, no período positivista, a unilateralidade do direito positivo era a marca presente e unilateral da segurança jurídica⁸. Contudo, conforme ressalta Radbruch, a unilateralidade dessas épocas jurídicas, desligadas umas das outras, estariam então em condições de tornar visível a multilateralidade atual da ideia de direito.

A relação entre os dois valores é assim, necessariamente, dialética e constante, estando, outrossim, na maioria das vezes, em tensão. Ademais, a tensão inerente ao embate dos valores é ainda sobremaneira agravada porque, conforme visto no capítulo segundo desta monografia, existem diversos critérios de justiça, filosoficamente identificáveis, o que resulta na dificuldade de verificação unívoca da justiça do caso concreto.

Mas a amplitude dos critérios de justiça não pode servir de base para o afastamento do valor. Ao contrário, se todos na sociedade têm a pretensão, pelo menos publicamente, de serem justos e entendem como justas suas pretensões, então há a necessidade de definição de qual seria a justiça concreta em cada situação, e, para tanto, importante seria a fixação de uma pauta de definição dos critérios de justiça para o caso concreto.

Se existe a multiplicidade de critérios, então deverá o aplicador do direito externar a sua ideia de justiça, fazendo uma expressa opção ideológica dentre os diversos critérios filosoficamente defensáveis. Seria uma espécie de desnudamento do Direito, que, deixando de lado conceitos genéricos e sem conteúdo de “justiça”, optasse por um critério concreto a ser considerado.

Nesse aspecto, não é necessário optar entre justiça e segurança. Se a opção do critério de justiça é necessária para desnudamento da ideologia, a opção entre justiça e segurança é mais bem definida em termos de predominância e coexistência, pois, conforme já exposto, existe uma constante tensão entre os dois valores, que podem e devem coexistir, apenas preponderando um ou outro, a depender do caso concreto a ser analisado.

Cada vez mais o direito brasileiro vem se valendo dos precedentes judiciais. Muito embora ainda continuemos da sistemática romano-germânica, da *civil law*, a cada dia aumenta a aplicação dos precedentes. Nos sistemas que

8 Kelsen (1979, p. 9) foi enfático ao excluir os questionamentos sobre a justiça, afirmando que uma norma jurídica positiva não pode ser injusta, uma vez que o autor pregava a independência da validade da norma jurídica positiva em relação à norma de justiça.

adotam a *common law*, como os EUA e a Inglaterra, prevalece a teoria do *stare decisis*, segundo a qual a *ratio decidendi* do precedente judicial, em especial dos tribunais superiores, é dotada de eficácia vinculante para a própria corte e para os juízos hierarquicamente inferiores⁹.

Assim, em casos em que se modifique jurisprudência longamente adotada, pode-se modular os efeitos da decisão, com base em razões de segurança jurídica. O Supremo Tribunal Federal, inclusive, em diversas situações de alteração sumular. Por exemplo, a decisão proferida na Questão de Ordem no INQ 687 em que o STF cancelou o enunciado da Súmula nº 394, ressaltando os atos praticados e as decisões já proferidas que nela se basearam.

Outro exemplo de eficácia prospectiva, também ressaltado por Gilmar Mendes (2012), foi o Conflito de Competência 7.204, que fixou o entendimento de que “o Supremo Tribunal Federal, guardião-mor da Constituição Republicana, pode e deve, em prol da segurança jurídica, atribuir eficácia prospectiva às suas decisões, com a delimitação precisa dos respectivos efeitos, toda vez que proceder a revisões de jurisprudência definidora de competência *ex ratione materiae*. O escopo é preservar os jurisdicionados de alterações jurisprudenciais que ocorram sem mudança formal do Magno Texto”.

De igual forma, ainda com os exemplos do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 82.959, foi declarada a inconstitucionalidade prospectiva da vedação legal da progressão de regime para os crimes hediondos. Ainda, a questão da fidelidade partidária, na qual a Corte, ante a mudança que se operava, naquele momento, em antiga jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, e com base em razões de segurança jurídica, entendeu que os efeitos de sua decisão deveriam ser modulados no tempo, fixando o marco temporal desde o qual tais efeitos pudessem ser efetivamente produzidos, especificamente a data da decisão do Tribunal Superior Eleitoral na Consulta 1.398, precisamente em 27 de março de 2007 (MENDES, 2012).

Dessa forma, propõe-se que os tribunais superiores, nas hipóteses de alteração substancial do conteúdo de suas súmulas, possam dar efeito prospectivo a suas decisões, para ir ao encontro do valor segurança jurídica, tão intrinsecamente ligado a própria noção da importância do direito sumulado.

9 A força do precedente vem do seu núcleo principal, também conhecido como *ratio decidendi*. Como salienta José Rogério Cruz e Tucci (2004, p. 12), a *ratio decidendi* é composta pela: a) indicação dos fatos relevantes da causa; b) do raciocínio lógico jurídico da decisão; e c) do juízo decisório. Por outro lado, chama-se *obiter dictum* tudo aquilo que é dito de passagem na motivação da decisão, que não tenha importância para o resultado da decisão. Ou seja, é toda a parte da fundamentação que não integra a *ratio decidendi*.

5 – CONCLUSÃO

O presente artigo cuidou do embate dos anseios fundamentais de justiça e segurança, demonstrando a constante tensão entre esses valores no decorrer da evolução do raciocínio jurídico, ao tempo em que procurou fixar a dicotomia dentro da alteração substancial do conteúdo sumular dos tribunais superiores.

Como se verificou a amplitude do conteúdo da justiça, cabe ao aplicador do direito estabelecer sua própria pauta valorativa, o que somente pode ser feito através de uma clara opção ideológica. Assim, definido o critério de justiça que se adota, pode-se passar à questão posterior, ou seja, ao embate da justiça com a segurança jurídica.

Em relação à segurança jurídica, tradicionalmente, seu conteúdo esteve associado às ideias de ordem e certeza. A perspectiva contemporânea, porém, agrega também a ideia de proteção à confiança, que seria a perspectiva subjetiva da segurança jurídica.

Discussões contemporâneas concretas demonstram a importância da adoção de alterações prospectivas de jurisprudência consolidada, observadas as particularidades do caso concreto. Nesse contexto, o embate entre os valores justiça e segurança jurídica podem ser resolvidos em termos de predominância e coexistência. Assim, segurança e justiça podem e devem coexistir, apenas preponderando um ou outro, a depender do caso concreto a ser analisado, não se devendo falar numa preponderância apriorística, e muito menos em exclusão de um dos valores a partir do ponto inicial do raciocínio jurídico, mas permitindo, conforme o caso, o efeito prospectivo da alteração sumular.

6 – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- ARISTÓTELES. Ética a Nicômaco. In: *Os pensadores*. Seleção de textos por José Américo Motta Pessanha. São Paulo: Abril Cultural, 1979.
- BITTAR, Eduardo C. B. *A justiça em Aristóteles*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.
- BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995.
- BOEHNER, Philotheus; GILSON, Etienne. *História da filosofia cristã: desde as origens até Nicolau de Cusa*. Petrópolis: Vozes, 1995.
- CAVALCANTI FILHO, Theophilo. *O problema da segurança no direito*. São Paulo: RT, 1964.
- CORBISIER, Roland. *Introdução à filosofia*. Tomo II – Parte 4. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1997.

DOUTRINA

- COUTO E SILVA, Almiro do. “Princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei n. 9784/99)”. In: *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, Instituto de direito Público da Bahia, n. 2, abr./jun. Disponível em: <<http://direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 20 maio 2006.
- CRETELLA Jr., José. *Curso de filosofia do direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério (Coord.). *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: RT, 1999.
- DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de filosofia do direito*. 5. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1979.
- GIORDANI, Mário Curtis. *História da Grécia*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1972.
- GUIBOURG, Ricardo A.; GHIGLIANI, Alejandro M.; GUARINONI, Ricardo V.. *Introducción al conocimiento científico*. Buenos Aires: Eudeba, 1994.
- KANT, Emmanuel. *Doutrina do direito*. 2. ed. São Paulo: Ícone, 1993.
- KELSEN, Hans. *A justiça e o direito natural*. 2. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1979.
- MENDES, Gilmar. Segurança jurídica e mudança na jurisprudência eleitoral. *Consultor Jurídico*. 18.08.12. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-ago-18/observatorio-constitucional-seguranca-juridica-jurisprudencia-eleitoral>>. Acesso em: 18 set. 2012.
- NÓBREGA, J. Flóscolo da. *Introdução ao direito*. 6. ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1981.
- NOGUEIRA, Antônio Henrique. *O conceito de justiça na República de Platão*. Disponível em: <<http://www.ufpel.edu.br/isp/dissertatio/revistas/antigas/dissertatio12.pdf>>. Acesso em: 21 abr. 2006.
- OLIVEIRA, Frederico Abrahão de. *Filosofia do direito ocidental: momentos decisivos*. Porto Alegre: Sagra DC Luzzatto, 1996.
- PAUPÉRIO, Arthur Machado. *A filosofia do direito e do estado e suas maiores correntes (síntese didática)*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980.
- PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- _____. *Lógica jurídica: nova retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- POUND, Roscoe. *Justiça conforme a lei*. 2. ed. São Paulo: IBRASA, 1976.
- PLATÃO. *A república*. São Paulo: Martin Claret, 2001.
- RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Brasília: UnB, 1981.
- REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1978.
- ROSS, David. *Aristóteles*. Lisboa: Dom Quixote, 1987.
- RUSSEL, Bertrand. *História da filosofia ocidental*. Vol. I e III. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1977.
- STANFORD, Artur. “Certeza e segurança jurídica: reflexões em torno do processo de execução”. In: *Revista do Senado*. Brasília. ano 36, n. 141, jan./mar. 1999.
- SICHES, Luis Recaséns. *Tratado de sociologia*. Porto Alegre: Globo, 1968.

DA INTENÇÃO AO RESULTADO: A REDUÇÃO DA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO PELA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Hugo Cavalcanti Melo Filho*

1 – CONSIDERAÇÕES INICIAIS¹

A Emenda Constitucional nº 45, de dezembro de 2004, foi pródiga em relação à Justiça do Trabalho, no que diz respeito à sua competência material. Para aqueles que não estiveram nos bastidores do processo de construção das novas normas constitucionais, o alargamento da competência trabalhista foi uma surpresa, considerando que, sazonalmente, surgiam vozes propondo a extinção desse ramo do Poder Judiciário. Nesse campo, o papel do associativismo da magistratura trabalhista foi fundamental para forjar uma justiça que não fosse restrita às relações de emprego.

Com efeito, as modificações na esfera da competência material da Justiça do Trabalho foram as mais significativas. A partir da promulgação da Emenda, as referências em termos de competência material substituíram o espaço exíguo demarcado pelos protagonistas da relação de trabalho subordinado – empregado e empregador – para delinear um universo mais amplo do trabalho humano como arena de atuação da Justiça Especializada.

É evidente que por mais claros que tenham sido os contornos desse alargamento de competência a definição dos seus limites gerou um debate

* *Juiz do trabalho titular da 12ª Vara do Trabalho do Recife; professor-assistente de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito do Recife (UFPE); professor da Escola Superior da Magistratura Trabalhista de Pernambuco; mestre em Ciência Política (UFPE); especialista em Direito Constitucional pela Universidade de Salamanca (Espanha); doutorando em Ciência Política (UFPE); membro da Academia Pernambucana de Direito do Trabalho; conselheiro do Conselho Nacional do Ministério Público (2005/2007); presidente da Associação Latino-Americana de Juizes do Trabalho (2008/2010) e da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (2001/2003).*

1 Retirei as linhas centrais destas considerações iniciais de trabalho anterior, em parceria com o Juiz André Luiz Machado. Cf. MACHADO, André Luiz; MELO FILHO, Hugo. Competência da justiça do trabalho: por uma hermenêutica de compromisso, integrante da obra coletiva. In: COUTINHO, Grijalbo Fernandes; FAVA, Marcos Neves (Org.). *O que estão fazendo da nova competência da justiça do trabalho?* São Paulo: LTr, 2011. p. 19-41.

acalorado que, pode-se dizer, está longe de se encerrar. Como de costume, os doutrinadores iniciaram os primeiros esforços de teorização sobre os limites dessa ampliação. Invariavelmente, as abordagens teóricas partiam da clássica distinção entre relação de emprego e relação de trabalho, para desembarcar em conclusões bastante distintas. As posições variaram desde aquelas que não enxergavam mudanças assim tão radicais, até as que pugnavam por uma ampliação tão significativa a ponto de incluir os delitos penais relacionados com o mundo do trabalho².

Naturalmente, estaria reservada à jurisprudência a tarefa de fixar concretamente esses limites. Como todos sabem, o resultado da incursão jurisprudencial nessa matéria acabou se revelando assaz conservador. Aresto após aresto foi se configurando, por parte dos Tribunais Superiores, uma hermenêutica bastante restritiva, incapaz de captar os avanços evidentes promovidos pelo constituinte derivado, acomodando-se às referências do passado, marcando uma distância abissal entre a intenção e o resultado.

2 – BREVE HISTÓRIA DA NOVA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO³

De todas as mudanças promovidas pela Emenda nº 45, a que trouxe maior repercussão para a Justiça do Trabalho foi, sem dúvida, o novo rol de competências fixado no art. 114 da Constituição.

A Proposta de Emenda Constitucional nº 96-A/92, apresentada pelo Deputado Hélio Bicudo (PT/SP), não sugeria nenhuma alteração na competência da Justiça do Trabalho. O substitutivo do Deputado Jairo Carneiro (PFL/BA) manteve como referência os limites da relação de emprego, consagrados no texto original da Constituição, embora tenha sido o responsável pelo acréscimo das competências específicas hoje encontradas nos incisos II, III, V e IX do atual art. 114: as ações que envolvam exercício do direito de greve; as ações sobre representação sindical, entre sindicatos, entre sindicatos e trabalhadores, e entre sindicatos e empregadores; os conflitos de competência entre órgãos com jurisdição trabalhista; outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, nos termos da lei (essa última já existente na redação original da Constituição).

2 Cf. FELICIANO, Guilherme Guimarães. A competência penal da justiça do trabalho – um breve e crítico histórico. In: COUTINHO, Grijalbo Fernandes; FAVA, Marcos Neves (Org.). *O que estão fazendo da nova competência da justiça do trabalho?* São Paulo: LTr, 2011. p. 690-714.

3 Histórico mais detalhado sobre o trâmite da Reforma do Judiciário pode ser encontrado em: DINO, Flávio; MELO FILHO, Hugo et al. *Reforma do judiciário – comentários à Emenda nº 45/2004*. Niterói: Impetus, 2005.

DOCTRINA

Em 2 de fevereiro de 1999, a Comissão Especial instalada na Câmara foi dissolvida e a PEC arquivada, porque restou sem votação ao final da legislatura.

Desarquivada a PEC nº 96-A/92 em 30 de março de 1999, e outra vez instalada a Comissão Especial na Câmara dos Deputados, foi designado relator o Deputado Aloysio Nunes Ferreira (PSDB/SP), que apresentou seu parecer em 1º de junho do mesmo ano. Foi Nunes Ferreira quem primeiro utilizou a expressão “ações oriundas da relação de trabalho” (art. 109, XII, em seu substitutivo). Embora propusesse a extinção da Justiça do Trabalho, a competência das varas especializadas “trabalhistas” na Justiça Federal seria essa, bem mais ampla. Também sugeriu a competência para as ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho, hoje no inciso VII do art. 114.

O substitutivo do relator não foi bem recebido no Congresso Nacional, especialmente em face da proposta de extinção da Justiça do Trabalho. Talvez por isso o então Presidente da República Fernando Henrique Cardoso tenha convidado o Deputado Aloysio Nunes Ferreira para substituir o Secretário-Geral da Presidência da República, Eduardo Jorge Caldas Pereira, que enfrentava acusações no âmbito da CPI do Judiciário. Assim se deu o afastamento do relator, um mês após a apresentação do seu substitutivo.

Com o afastamento do antigo relator, em 11 de agosto de 1999, a PEC foi redistribuída à Deputada Zulaiê Cobra Ribeiro (PSDB/SP). A nova relatora preservou a redação sugerida por Nunes Ferreira, indicando-a, contudo, como competência da Justiça do Trabalho, que foi mantida como segmento especializado do Poder Judiciário. Aqui tem início a mudança ampliativa: utiliza-se a expressão “relação de trabalho” em lugar de “dissídios entre trabalhadores e empregadores”. Além das competências hoje indicadas nos incisos II, III, V, VII e IX do art. 114, que já estavam nos substitutivos anteriores e foram mantidas, a relatora acrescentou os atuais incisos IV e VI (mandados de segurança, *habeas corpus* e *habeas data*; ações de indenização decorrente de acidente de trabalho). Em 30 de setembro de 1999, a relatora apresentou complementação de voto, nada acrescentando quanto a este aspecto da competência.

Para surpresa geral, a relatora, depois de esgotado o prazo para a apresentação de destaques ao seu substitutivo, alterou, atropelando o Regimento, o *caput* do art. 115, trocando “relação de trabalho” por “relação de emprego”. Com essa redação, o substitutivo da relatora foi aprovado na Comissão Especial, em 19 de outubro de 1999, ressalvados os destaques.

Aqui merece relevo a atuação do então Presidente da Anamatra, Gustavo Tadeu Alkmim. Ao fim de complexa articulação política, envolvendo líderes

de vários partidos, foi concertada a apresentação, pelo Deputado Mendes Ribeiro (PMDB/RS), de emenda aglutinativa em Plenário, que tomou o número 46 e foi aprovada em fevereiro de 2000, restaurando a expressão “relação de trabalho”. A votação em segundo turno, no Plenário da Câmara, ocorreu em 7 de junho de 2000.

Assegurada a preservação da expressão “relação de trabalho”, seguiu o texto aprovado na Câmara, em junho de 2000, para o Senado, onde a PEC recebeu o número 29/00. Na Câmara Alta foi designado relator o Senador Bernardo Cabral (PFL/AM).

De junho de 2000 a fevereiro de 2003, a atuação da Anamatra foi decisiva para que não se alterasse o texto aprovado na Câmara, o que determinaria o retorno da matéria àquela Casa, com sério risco de retrocesso. Ao governo Fernando Henrique Cardoso não interessava a ampliação da competência da Justiça do Trabalho. Enfrentamos, na Comissão de Constituição e Justiça do Senado, ataques vindos de partidos da base de sustentação do governo. De outra banda, contávamos com os partidos de oposição, à frente do Partido dos Trabalhadores.

A evidente ampliação da competência da Justiça do Trabalho decorrente da redação que buscávamos preservar, para abarcar as ações oriundas de todas as relações de trabalho, inclusive a dos servidores públicos, ensejou acirrada polêmica entre juízes federais e trabalhistas. Os juízes federais queriam modificar a redação do inciso I, para excluir os servidores públicos da União. Os juízes do trabalho queriam manter o texto, mais pela ampliação genérica fixada pela expressão “relação de trabalho” do que, propriamente, em virtude do acréscimo da competência para as causas de servidores estatutários que a redação terminava por conferir. No Senado, foi tentada solução que atendessem às expectativas de uns e de outros, com a anuência de ambas as partes, ressalte-se. No substitutivo do relator José Jorge foi feito acréscimo ao inciso I, excluindo os servidores estatutários: “exceto os servidores ocupantes de cargos criados por lei, de provimento efetivo ou em comissão, incluídas as autarquias e fundações públicas dos referidos entes da Federação”⁴.

Diversos destaques e emendas foram apresentados, visando à eliminação da expressão relação de trabalho. Restaram todos rejeitados na CCJ do Senado, que concluiu os seus trabalhos em outubro de 2002, seguindo a matéria para votação em Plenário. Iniciada a votação no Plenário do Senado, manobras políticas do Partido dos Trabalhadores, após a eleição de Luís Inácio Lula da Silva, impediram a votação da PEC nº 29/00.

4 Cf. DINO, Flávio; MELO FILHO, Hugo et al. Op. cit. p.183-184.

Com o início da nova legislatura, em fevereiro de 2003, a PEC foi redistribuída, designando-se relator o Senador José Jorge (PFL/PE). Mais uma vez, a Anamatra, agora sob a presidência do Juiz Grijalbo Fernandes Coutinho, envidou todos os esforços para assegurar a ampliação da competência da Justiça do Trabalho, alcançando pleno êxito. No substitutivo do Senador José Jorge, foi mantida a redação aprovada na Câmara, promovendo-se alteração do inciso I do art. 114, para excluir da competência da Justiça do Trabalho os servidores públicos, conforme o ajuste entre Ajufe e Anamatra. Após votação em Plenário, em dois turnos, deu-se a promulgação parcial (alguns aspectos acrescentados, inclusive a exclusão dos servidores públicos do inciso I, retornaram à Câmara e não foram objeto de promulgação), em 8 de dezembro de 2004, sendo publicada a Emenda Constitucional nº 45/04, em 31 de dezembro.

3 – DA INTENÇÃO AO RESULTADO

3.1 – *Evolução da matéria no STF*

Com a publicação da Emenda nº 45, em 31 de dezembro de 2004, sem a parte que excetuava os servidores estatutários da competência da Justiça do Trabalho, mais uma vez instalou-se a polêmica. Algumas ações chegaram a ser julgadas nas Varas do Trabalho⁵. Em 26 de janeiro de 2005, a Associação dos Juizes Federais propôs ADI (3.395-6), apontando a inconstitucionalidade formal do inciso I do art. 114 da Constituição, porque promulgado sem que o texto tivesse sido aprovado, em iguais termos, nas duas Casas do Congresso Nacional. O que pretendiam os juizes federais era, apenas, a recomposição do ajuste político havido no Senado. O Ministro Nelson Jobim, que acompanhara de perto as tratativas entre as entidades de classe, no curso da Reforma do judiciário, ao decidir, não vislumbrou inconstitucionalidade no dispositivo. Manifestou-se, entretanto, no sentido de que “não há que se entender que justiça trabalhista, a partir do texto promulgado, possa analisar questões relativas aos servidores públicos”. Assim, entendendo haver risco de estabelecimento de conflitos entre a Justiça Federal e a Justiça do Trabalho, concedeu a liminar requerida pela Ajufe, com efeito *ex tunc*, para dar “interpretação conforme ao inciso I do art. 114 da CF, na redação da EC nº 45/04”, e suspender, “*ad referendum*, toda e qualquer interpretação dada ao inciso I do art. 114 da CF, na redação dada pela EC nº 45/04, que inclua, na competência da Justiça do

5 Por exemplo, nos autos do processo 01170-2003-251-05-00-4-RT, da Vara de Conceição do Cuité – BA, sendo partes Maria de Lourdes Miranda Queiroz, Município de Serrinha e Município de Barrocas. Decisão prolatada pelo Juiz Agenor Calazans.

Trabalho, a ‘(...) apreciação (...) de causas que (...) sejam instauradas entre o Poder Público e seus servidores, a ele vinculados por típica relação de ordem estatutária ou de caráter jurídico-administrativo’⁶. Nem a autora, nem o julgador, poderiam supor o alcance que a decisão teria.

Essa primeira decisão abriu o caminho para uma postura no mínimo equivocada dos tribunais. Independentemente do debate sobre a competência para tratar de demandas dos servidores públicos, a decisão monocrática proferida pelo então Ministro Nelson Jobim (e, posteriormente, confirmada pela Corte) foi reconstruída pelo STF, em abril de 2008, momento em que foi fixada linha bastante sintomática do que viriam a ser as decisões posteriores do Superior Tribunal de Justiça, do próprio Supremo Tribunal Federal e, em certos temas, até do Tribunal Superior do Trabalho⁷: a Justiça do Trabalho estaria atavicamente vinculada à aplicação da Consolidação das Leis do Trabalho.

A decisão adotada pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 3.395-6, com a roupagem que lhe foi dada por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário 573.202/AM, passou a servir de fundamento para uma jurisprudência cada vez mais restritiva quanto à competência da Justiça do Trabalho, dando elastério aos limites impostos pelo julgamento original, especialmente em sede de Reclamações, nas quais Estados e Municípios, invocando a referida decisão, questionam a competência da Justiça Especializada para processar e julgar ações propostas por servidores admitidos sem submissão a concurso público, especialmente em virtude do disposto no art. 37, IX, da Constituição da República.

O aresto a seguir transcrito bem representa as decisões do STF em tais Reclamações:

“EMENTA: RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL. AUTORIDADE DE DECISÃO PROFERIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ART. 102, INCISO I, ALÍNEA L, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.395. CONTRATAÇÃO DE SERVIDOR SEM CONCURSO PÚBLICO: COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM. CAUSA DE PEDIR RELACIONADA A UMA RELAÇÃO JURÍDICO-ADMINISTRATIVA. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO E RECLAMAÇÃO PROCEDENTE. 1. O Supremo Tribunal Federal decidiu no julgamento da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.395 que ‘o disposto no art. 114, I, da Constituição da

6 Informações disponíveis em: DINO, Flávio; MELO FILHO, Hugo et al. Op. cit. p. 184.

7 O comportamento da jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho no que concerne à competência da Justiça do Trabalho será objeto de exame apartado.

República não abrange as causas instauradas entre o Poder Público e servidor que lhe seja vinculado por relação jurídico-estatutária'. 2. Apesar de ser da competência da Justiça do Trabalho reconhecer a existência de vínculo empregatício regido pela legislação trabalhista, não sendo lícito à Justiça Comum fazê-lo, é da competência exclusiva desta o exame de questões relativas a vínculo jurídico-administrativo. 3. Antes de se tratar de um problema de direito trabalhista a questão deve ser resolvida no âmbito do direito administrativo, pois para o reconhecimento da relação trabalhista terá o juiz que decidir se teria havido vício na relação administrativa a descaracterizá-la. 4. No caso, não há qualquer direito disciplinado pela legislação trabalhista a justificar a sua permanência na Justiça do Trabalho. 5. Precedentes: Reclamação 4.904, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, Plenário, DJe 17.10.08 e Reclamações 4.489-AgR, 4.054 e 4.012, Plenário, DJe 21.11.08, todos Redatora para o acórdão a Ministra Cármen Lúcia. 6. Agravo regimental a que se dá provimento e reclamação julgada procedente.” (Rcl 8110 AgR/PI – Piauí, Tribunal Pleno, Relator Min. Marco Aurélio, Relatora p/ Acórdão Min^a Cármen Lúcia, Julg. 21.10.09, Publ. 12.02.2010).

Outra decisão do Supremo Tribunal Federal, na mesma linha de interpretação restritiva da competência atribuída à Justiça do Trabalho pela EC nº 45/04, foi a adotada em 9 de março de 2005, no julgamento do Recurso Extraordinário 438.639, que apontou a competência da Justiça Estadual para as ações de indenização resultantes de acidente de trabalho. Tal entendimento, claramente contrário ao novo texto do art. 114 da Constituição e até à Súmula nº 736 da Corte, foi rapidamente alterado, a partir do julgamento do Conflito de Competência 7.204-1, que definiu a posição do STF sobre o tema, fixando a competência da Justiça do Trabalho para as “causas de indenização decorrentes de relação de trabalho propostas pelo empregado contra o empregador”.

Tais decisões do STF, especialmente a primeira, não podem ser encaradas apenas como resultado de equívocos técnicos. A tendência dos Tribunais Superiores de adotar uma hermenêutica que se nega a visualizar os avanços constitucionais no campo da competência material da Justiça do Trabalho pode ser situada num contexto específico que envolve a crise do Estado desenvolvimentista com a concomitante desvalorização do trabalho assalariado e subordinado.

A nova relação entre Estado e sociedade civil atualmente se funda em três pilares: a transformação do Estado em agente regulador dos contratos de prestação de serviços (públicos e privados), a transferência da responsabilidade

de políticas públicas ao assim denominado terceiro setor e a inclusão da população marginalizada pelo consumo de bens e serviços, mediante concessão de empréstimos. A hermenêutica restritiva pode ser entendida como a tentativa de manter a Justiça do Trabalho nos marcos de sua origem institucional, ou seja, a Justiça que trata de um modelo “ultrapassado” de relação social. A justiça realmente cidadã estaria representada pelo Superior Tribunal de Justiça, que trata, em grau de recursos, das matérias advindas desse novo modelo de sociedade⁸. E isso é ainda mais preocupante quando se tem em mente que a Reforma do Poder Judiciário cuidou de promover a verticalização desse Poder, especialmente representada pela possibilidade de edição de súmulas de caráter vinculante.

Não se pode negar, por outro lado, que alguns avanços foram alcançados, a começar pela revisão da posição da Corte quanto à competência para as ações sobre indenização decorrente de acidente de trabalho, resultado de notória mobilização dos magistrados do trabalho.

Outros exemplos extremamente positivos podem ser indicados. As Súmulas Vinculantes ns. 22 e 23 definiram a competência da Justiça do Trabalho, respectivamente, para as ações de indenização por danos morais e patrimoniais decorrentes de acidente de trabalho propostas por empregado contra empregador, inclusive aquelas que ainda não possuíam sentença de mérito em primeiro grau quando da promulgação da Emenda Constitucional nº 45/04, e para processar e julgar ação possessória ajuizada em decorrência do exercício do direito de greve pelos trabalhadores da iniciativa privada. Além disso, outros julgados do STF vêm relativizando a incidência da decisão tomada na ADI 3.395-6, como será examinado a seguir.

Também em relação a outros temas tem avançado a jurisprudência do STF. Contrastando com a posição originalmente assumida pelo Superior Tribunal de Justiça, o Supremo Tribunal Federal espancou qualquer dúvida quanto à competência da Justiça do Trabalho para as ações entre sindicatos, mesmo quando envolve sindicato de servidores públicos (v.g., Ellen Gracie, AI 404656 AgR/RJ e Recl. 9.836 AgR/RJ), ações em que se postula complementação de aposentadoria (v.g., Ellen Gracie, AI 670.715 AgR-ED/DF), ações sobre representação sindical (v.g., Lewandowski, AI 719.624 ED-AgR/MG), causas de indenização por danos morais decorrentes de relação de trabalho, mesmo quando proposta por dependente do trabalhador falecido (v.g., Ellen Gracie, RE 511.219 ED/SP).

8 A atuação do Superior Tribunal de Justiça será examinada adiante.

É muito importante salientar que a jurisprudência do STF sobre competência da Justiça do Trabalho tem forçado a mudança das balizas anteriormente estabelecidas no âmbito do STJ, especialmente no julgamento dos conflitos de competência, como será visto a seguir.

3.2 – O comportamento do STJ

É no âmbito do Superior Tribunal de Justiça que a corrosão da competência da Justiça do Trabalho se opera de forma mais dramática. As ementas a seguir transcritas revelam decisões em tudo contrárias às disposições constitucionais, afastando a competência da Justiça do Trabalho para ações de interdito proibitório (art. 114, II), ações propostas por empregados de sociedades de economia mista (art. 114, I), ações em que se discute sucessão de empresas (art. 114, I), ações de cobrança de honorários advocatícios (art. 114, I), causas de indenização em decorrência de acidente de trabalho (art. 114, VI), inclusive quando a indenização é postulada por parente da vítima, ações relativas às penalidades impostas pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho (art. 114, VII), ações entre sindicatos e trabalhadores ou empregadores (art. 114, III):

“INTERDITO PROIBITÓRIO. Ação movida por banco contra sindicato, visando a impedir a ocupação de agência bancária no decorrer de movimento grevista. Liminar concedida. Contestação sustentando a incompetência da Justiça Comum Estadual, em prol da Justiça do Trabalho, com fundamento na Emenda Constitucional nº 45/04. Competência da Justiça Comum Estadual reconhecida. Processo extinto, sem julgamento do mérito, por perda de objeto. Sucumbência a cargo do acionado. Agravo Regimental improvido. 1. É competente a Justiça Comum Estadual para julgamento de interdito proibitório movido contra o sindicato ante o temor de invasão de agência bancária por ocasião de greve alegadamente por ele liderada. 2. A extinção do processo, por perda de objeto, após liminar e contestação, acarreta a sucumbência do acionado, que arca com custas, despesas processuais e honorários advocatícios em prol do autor. Agravo Regimental improvido.” (AgR no Ag 801.134/DF, STJ, 3ª T., Rel. Min. Sidnei Beneti, Julg. 05.04.2011, Publ. 15.04.2011)

“ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. JUSTIÇA LABORAL E JUSTIÇA COMUM ESTADUAL. RECLAMAÇÃO TRABALHISTA. SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL. DEMANDA PROPOSTA EM FACE DE SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA MUNICIPAL. CAUSA DE PEDIR E PEDIDO REFERENTES A VÍNCULO ESTATUTÁRIO.

CONFLITO CONHECIDO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM ESTADUAL. 1. Cinge-se a controvérsia em saber qual o juízo competente para processar e julgar reclamatória trabalhista proposta em face de sociedade de economia mista visando o reconhecimento de existência de vínculo estatutário, anulação de demissão e reintegração ao serviço público municipal, sendo a controvérsia instaurada entre a Justiça comum e a Justiça Laboral. 2. A competência em razão da matéria é aferida pela causa de pedir e pelo pedido. No caso dos autos, o pedido do autor consiste no reconhecimento do vínculo empregatício em regime estatutário, a anulação da demissão, a reintegração ao serviço público municipal e o pagamento de remuneração no período de agosto de 2006 até a data de sua reintegração. A causa de pedir, por sua vez, reside na suposta redação do edital do concurso que teria previsto a nomeação dos aprovados pelo regime estatutário, e que, por isso, lhes garantiriam a estabilidade e, por conseguinte, o direito ao contraditório e à ampla defesa em procedimentos tendentes à dispensa do servidor público. 3. Não se vislumbra, portanto, demanda concernente a matéria sujeita à competência da Justiça do Trabalho, ainda que tenha o reclamante sido contratado pelo regime celetista e possua o registro em sua Carteira de Trabalho, porquanto o que pleiteia é justamente o reconhecimento de vínculo estatutário e não vínculo celetista, cabendo ao Juízo comum dizer acerca da existência, ou não, do regime jurídico pretendido. As causas de pedir da ação não estão fundadas em uma relação trabalhista, mas em um suposto liame de natureza administrativa, por meio do qual o autor entende estar atrelado ao poder público; os pedidos, por sua vez, decorrem do reconhecimento desse vínculo. Trata-se, pois, de hipótese de competência da Justiça comum. Precedentes: CC 100.671/PB, Rel^a Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, DJe 02.02.09; AgRg no CC 70.003/RJ, Rel. Ministro Celso Limongi – Desembargador convocado do TJSP, Terceira Seção, DJe 04.05.2010 e CC 113.436/PR, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 07.10.2010. 4. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo de Direito da 2ª Vara da Fazenda Pública de Osasco – SP, ora suscitante.” (CC 115.492/SP, 1ª Seção, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Julg. 23.03.2011, Publ. 29.03.2011)

“PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO DE COBRANÇA DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS PROPOSTA POR PROFISSIONAL DA ADVOCACIA CONTRA SEU CLIENTE. INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO DE TRABALHO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM. SÚMULA Nº 363/STJ. 1. A

Emenda Constitucional nº 45/04, ao alterar o art. 114 da Constituição da República, conferiu à Justiça do Trabalho competência para processar e julgar, entre outras, ‘as ações oriundas da relação de trabalho’ (inciso I), bem como outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei (inciso IX). Em ação de cobrança de honorários advocatícios proposta por profissional da advocacia contra seu cliente, não há relação de trabalho entre as partes, que firmaram contrato de prestação de serviços advocatícios. Assim, mesmo após o advento da Emenda Constitucional nº 45/04, a Justiça Comum permanece competente para processar e julgar as ações de cobrança de honorários advocatícios propostas por profissionais da advocacia contra seus clientes. Aplica-se ao caso a Súmula nº 363/STJ. 2. Conflito conhecido para declarar a competência da Justiça Comum Estadual.” (CC 111.172/AM, 1ª Seção, Rel. Min. Mauro Campbell, Julg. 10.11.2010, Publ. 18.11.2010)

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA. JUSTIÇA COMUM ESTADUAL E JUSTIÇA DO TRABALHO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. RECLAMAÇÃO TRABALHISTA. ATOS EXECUTIVOS. ALIENAÇÃO JUDICIAL DE ATIVOS. AUSÊNCIA DE SUCESSÃO. ARTS. 60 E 141 DA LEI Nº 11.101/05. CONSTITUCIONALIDADE PROCLAMADA PELO STF (ADI 3.934-2/DF). CONFLITO CONHECIDO PARA DECLARAR COMPETENTE O JUÍZO DE DIREITO DA VARA EMPRESARIAL. PRECEDENTES DO STJ. PRINCÍPIOS E DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. ‘A Lei nº 11.101, de 2005, não teria operacionalidade alguma se sua aplicação pudesse ser partilhada por juízes de direito e juízes do trabalho; competência constitucional (CF, art. 114, incisos I a VIII) e competência legal (CF, art. 114, inciso IX) da Justiça do Trabalho’ (CC nº 61.272/RJ, Segunda Seção, Relator Ministro Ari Pargendler, DJ 25.06.07). 2. O juízo responsável pela recuperação judicial detém a competência para dirimir todas as questões relacionadas, direta ou indiretamente, com tal procedimento, inclusive aquelas que digam respeito à alienação judicial conjunta ou separada de ativos da empresa recuperanda, diante do que estabelecem os arts. 6º, *caput* e § 2º, 47, 59 e 60, parágrafo único, da Lei nº 11.101/05. 3. Como consectário lógico e direto dos pressupostos e alcance da Lei de Recuperação de Empresas e Falência, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 3.934-2/DF, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, DJe 04.06.09, ao tratar da ausência de sucessão, na alienação judicial, do arrematante nas obrigações

do devedor, notadamente nas dívidas trabalhistas, proclamou a constitucionalidade dos arts. 60 e 141 da mencionada lei. 4. No caso, a decisão hostilizada, circunscrita especialmente aos atos decisórios oriundos dos Juízos suscitados, conheceu do conflito para declarar competente o Juízo de Direito da Vara Empresarial, em plena harmonia com a jurisprudência que o STJ construiu com amparo nas legislações especiais aplicáveis à espécie, motivo pelo qual não houve negativa de vigência de princípios e dispositivos constitucionais. 5. Agravo regimental desprovido.” (AgRg no CC 97.732/RJ, 2ª Seção, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Julg. 27.10.2010, Publ. 05.11.2010)

“CONFLITO DE COMPETÊNCIA. JUSTIÇA FEDERAL E TRABALHISTA. AÇÃO MANDAMENTAL CONTRA ATO DE DIRIGENTE DE CONSELHO REGIONAL DE FISCALIZAÇÃO. NATUREZA PÚBLICA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 58 DA LEI Nº 9.649/98. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM ESTADUAL. 1. A competência para conhecer e julgar da ação de Mandado de Segurança é definida em razão da categoria profissional a que pertence a autoridade coatora e a localidade de sua sede funcional. 2. Os Conselhos Federais e Regionais detêm personalidade de Direito Público, com autonomia administrativa e financeira, e exercem atividade de fiscalização tipicamente pública, preenchendo, portanto, os requisitos do art. 5º do Decreto-Lei nº 200/67 (Estatuto da Reforma Administrativa Federal) para se enquadrarem na forma de autarquias (declaração de inconstitucionalidade do art. 58 da Lei nº 9.649/98, que previa a natureza privatística dos Conselhos, pelo Pretório Excelso). 3. A competência para conhecer de ação mandamental contra ato de dirigente de Conselho Fiscalizador não é da Justiça Federal, em face da taxatividade do art. 109 da CF, nem da Justiça do Trabalho, por força da natureza da entidade, submetida às normas de Direito Público, remanescendo, portanto, a competência da Justiça Comum. 4. Conflito conhecido para determinar a competência a distribuição do feito a uma das Varas de Direito da Comarca de Florianópolis.” (CC 107.107/SC, 3ª Seção, Rel. Min. Napoleão Maio Filho, Julg. 26.05.2010, Publ. 11.06.2010)

Não seria ousado dizer que a intenção por trás dessas decisões seria a de esvaziar a atuação da Justiça do Trabalho, mantendo-a vinculada a esse pacto social “superado”. E a gravidade da estratégia se acentua quando se leva em conta o fato de que cabe ao STJ o julgamento dos conflitos de competência entre órgãos da Justiça do Trabalho e da Justiça Comum – do Estado ou da União.

Conforme já mencionado, os parâmetros jurisprudenciais do Superior Tribunal de Justiça somente são alterados quando o Supremo Tribunal Federal fixa jurisprudência sobre competência da Justiça do Trabalho, como aconteceu em relação às ações envolvendo pedidos de indenização decorrente de acidente de trabalho, ações de agentes comunitários de saúde em face de município, ações sobre complementação de aposentadoria, interditos proibitórios, etc.

3.3 – O papel do TST

Após a publicação da Emenda nº 45/04, o TST adotou providências para adequar a sua jurisprudência aos novos limites constitucionais, do que foram exemplos a nova redação dada à Orientação Jurisprudencial nº 205 e o cancelamento da Orientação Jurisprudencial nº 209, ambas da SDI-I.

Se não chegou a surpreender o comportamento do Superior Tribunal de Justiça, decidindo os conflitos de competência sempre em favor da justiça comum, o papel que se esperava seria representado pelo Tribunal Superior do Trabalho, na defesa da competência reservada constitucionalmente à Justiça do Trabalho, não se cumpriu plenamente.

Dados os limites impostos pela natureza da publicação, apreciarei dois aspectos que reputo essenciais: a cristalização da jurisprudência no que concerne às relações de trabalho que também se constituem em relações de consumo e a repercussão do julgamento da ADI 3.395/DF pelo STF.

3.3.1 – Relação de trabalho versus relação de consumo

Passados oito anos da promulgação da Emenda nº 45/04, ninguém mais ignora que, desde os momentos que a ela se seguiram, algumas análises sobre a competência da Justiça do Trabalho, curiosamente, insistem na reinvenção da clássica distinção entre relação de emprego e relação de trabalho, para justificar que tudo – ou quase tudo – deve permanecer como antes: aos juízes do trabalho cabe, basicamente, conciliar e julgar as reclamações dos empregados contra seus respectivos empregadores.

Naturalmente, de um modo geral, o Tribunal Superior do Trabalho não seguiu essa trilha doutrinária. Por outro lado, em certo aspecto, vem dando interpretação sobremodo restritiva à regra do art. 114, I. Refiro-me à compreensão de que as relações de trabalho que revelem caráter consumeirista não se submetem à competência da Justiça do Trabalho.

A controvérsia, em boa medida, parece não fazer sentido, uma vez que não deveria haver espaço para discussão de tema dos tranquilos na doutrina, como revela a excelente explicação do Professor Mauricio Godinho Delgado⁹:

“A Ciência do Direito enxerga clara distinção entre relação de trabalho e relação de emprego.

A primeira expressão tem caráter genérico: refere-se a todas as relações jurídicas caracterizadas por terem sua prestação essencial centrada em uma obrigação de fazer consubstanciada em labor humano. Refere-se, pois, a toda modalidade de contratação de trabalho humano modernamente admissível. A expressão relação de trabalho englobaria, desse modo, a relação de emprego, a relação de trabalho autônomo, a relação de trabalho eventual, de trabalho avulso e outras modalidades de pactuação de prestação de labor (como trabalho de estágio, etc.). Traduz, portanto, o gênero a que se acomodam todas as formas de pactuação de prestação de trabalho existentes no mundo jurídico atual.

A relação de emprego, entretanto, é, do ponto de vista técnico-jurídico, apenas uma das modalidades específicas de relação de trabalho juridicamente configuradas. Corresponde a um tipo legal próprio e específico, inconfundível com as demais modalidades de relação de trabalho ora vigorantes.”

A explicação, por sua clareza, prescinde de qualquer acréscimo. É de ficar assentado, então, que: 1) haverá relação de trabalho sempre que uma pessoa prestar serviços a outra; 2) relação de emprego é, assim, espécie do gênero relação de trabalho; e 3) tem competência a Justiça do Trabalho para resolver os conflitos decorrentes da relação de trabalho, como remanesce claro no inciso I do art. 114 da Constituição Federal.

Fixadas essas premissas, impõe-se o exame da questão essencial: se a competência da Justiça do Trabalho passou a abarcar todas as relações de trabalho, com a ampliação promovida pela EC nº 45/04, como sobejamente revela a interpretação histórica do art. 114 da Constituição, por que razão não seriam da competência da Justiça Especializada as ações oriundas das relações de trabalho com caráter consumeirista?

Parece-me que sempre que houver aquisição de serviços prestados pessoalmente a hipótese aqui referida terá lugar. Haverá relação de trabalho,

9 DELGADO, Mauricio Godinho. *Introdução ao direito do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2001. p. 270-271.

nos termos do art. 114, I, da Constituição, e relação de consumo, em face do disposto nos arts. 2º e 3º da Lei nº 8.078/90 (CDC).

O § 2º do art. 3º do CDC estatui que “serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista”. Por relações de caráter trabalhista devem ser entendidas as relações de emprego. Até a promulgação da Emenda nº 45/04, não havia dúvida quanto à distribuição de competências: os dissídios decorrentes da relação de emprego seriam resolvidos na Justiça do Trabalho. Os oriundos da relação de consumo, na Justiça Comum Estadual.

Mas, desde a EC nº 45, a Justiça do Trabalho também é competente para os litígios originados nas demais relações de trabalho, além das “de caráter trabalhista”. Por isso, não podem ser afastadas de sua jurisdição as prestações de serviço adquiridas em uma relação de consumo. A menos que a aquisição seja feita a pessoa jurídica e esteja ausente o requisito da personalidade, hipótese em que será competente a Justiça Comum.

O TST tem entendido, majoritariamente, entretanto, que se encontram afastados da nova competência os litígios decorrentes dos serviços que são objeto dos contratos firmados entre fornecedores de serviços e respectivos consumidores. A compreensão se baseia em alguns critérios, como, por exemplo, o de que “a expressão relação de trabalho, constante no inciso I do art. 114 da Magna Carta, deve ser interpretado como relação de trabalho com objetivo econômico, ou seja, contextualizada no sistema produtivo do tomador. Assim, (...) a Justiça do Trabalho somente será competente para dirimir os conflitos individuais oriundos da relação de trabalho quando a causa de pedir estiver vinculada a prestação de serviços inserida em cadeia produtiva do tomador, pois é nesse que se manifesta a inferioridade do trabalhador, seja pela ótica da subordinação, seja pela da dependência econômica (...)” (TST; RR 245500-92.2007.5.12.0037, 3ª T, Redª Minª Rosa Weber, Publ. 30.05.08).

A exigência de estar inserido o trabalhador no processo produtivo, como fator revelador de sua inferioridade, para a definição da competência, impõe interpretação restritiva da Emenda nº 45. As respeitáveis opiniões nesse sentido estão fundamentadas, obviamente, na preocupação com a conservação do foco da tutela ao hipossuficiente que vinha marcando a Justiça do Trabalho. Essa compreensão, *data venia*, não se sustenta. O Prof. Jorge Luiz Souto Maior, que chegou a abraçá-la, “argumentou que a negativa de plena ampliação da competência importava em negativa do princípio da dignidade humana aos profissionais liberais, deixando alijados da proteção jurídica e sem acesso à

Justiça pessoas excluídas do mercado formal de trabalho e impedindo que a Justiça do Trabalho cumprisse seu papel de dar efetividade ao valor social do trabalho, com distribuição da justiça social, consideradas as especificidades do novo modelo de produção vigente”¹⁰.

É o que vem acontecendo como consequência do entendimento predominante no TST. Veja-se o exemplo dos honorários advocatícios:

“AÇÃO DE COBRANÇA. CONTRATO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. O entendimento deste Tribunal Superior, conforme precedente desta SDI I (E-RR-781/2005-005-04-00) é o de que o contrato de prestação de serviços advocatícios envolve relação de consumo. Por tal razão não se insere no conceito de ‘relação de trabalho’, consoante art. 114, I, da Constituição Federal, de forma a justificar a competência desta Justiça Especializada. Recurso de Embargos conhecido e desprovido.” (E-RR-76200-64.2005.5.04.0025, Rel^a Min^a Maria de Assis Calsing, Julg. 15.04.2010, SDI I, Publ. 23.04.2010)

Como notou Alexandre Teixeira de Freitas, o TST, na vertente retratada na decisão anteriormente transcrita, acaba por referendar o posicionamento que o STJ, mesmo após a Emenda nº 45, por meio da Súmula nº 363, publicada em 03.11.08, confunde relação de trabalho com a noção de emprego, ao dispor, genericamente, o seguinte: “Compete à Justiça estadual processar e julgar a ação de cobrança ajuizada por profissional liberal contra cliente”¹¹. Alinha-se o órgão de cúpula da Justiça do Trabalho com uma compreensão equivocada do STJ, que impõe limite indevido ao alcance da norma constitucional¹².

3.3.2 – *Repercussão, no TST, do julgamento da ADI 3.395/DF*

No intuito de harmonizar a jurisprudência da Corte com a nova redação do art. 114 da Constituição, o TST, em abril de 2005, alterou o teor da OJ nº 205 da SDI I, reconhecendo a competência da Justiça do Trabalho para dirimir

10 Apud CAPLAN, Luciana. A relação de trabalho e o TST. In: COUTINHO, Grijalbo Fernandes; FAVA, Marcos Neves (Org.). Op. cit. p. 51-52.

11 Cf. Relação de trabalho e competência da justiça do trabalho: análise crítica do posicionamento dos tribunais superiores. *Ibidem*. p. 127.

12 Quando o texto dispõe de modo amplo, sem limitações evidentes, é dever do intérprete aplicá-lo a todos os casos particulares que se possam enquadrar na hipótese geral prevista explicitamente; não tente distinguir entre as circunstâncias da questão e as outras; cumpra a norma tal qual é, sem acrescentar condições novas, nem dispensar nenhuma das expressas. Cf. MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 247. Em uma palavra: *Ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*.

dissídio individual entre trabalhador e ente público, no caso de controvérsia acerca do vínculo empregatício:

“COMPETÊNCIA MATERIAL. JUSTIÇA DO TRABALHO. ENTE PÚBLICO. CONTRATAÇÃO IRREGULAR. REGIME ESPECIAL. DESVIRTUAMENTO. I – Inscreve-se na competência material da Justiça do Trabalho dirimir dissídio individual entre trabalhador e ente público se há controvérsia acerca do vínculo empregatício. II – A simples presença de lei que disciplina a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público (art. 37, inciso IX, da CF/88) não é o bastante para deslocar a competência da Justiça do Trabalho se se alega desvirtuamento em tal contratação, mediante a prestação de serviços à Administração para atendimento de necessidade permanente e não para acudir a situação transitória e emergencial.”

Em virtude das reiteradas decisões do STF, após o julgamento da ADI 3.395, o Tribunal Superior do Trabalho entendeu que não havia outra saída senão a de cancelar a referida Orientação Jurisprudencial, o que ocorreu em abril de 2009 (Resolução nº 156/09), firmando jurisprudência em sentido diametralmente oposto, em conformidade com a posição do Supremo. É esclarecedor o aresto a seguir transcrito:

“INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. Considerando a existência de reiterados julgados do Supremo Tribunal Federal proferidos em conflitos de competência, reconheço a incompetência da Justiça do Trabalho para apreciar ação ajuizada por servidor admitido mediante contratação temporária, regida por legislação especial. Fica prejudicado o exame do tema ‘FGTS – contrato nulo’. Recurso de Revista de que se conhece e a que se dá provimento.” (Rel. Min. Brito Pereira, 5ª T., Publ. 10.12.2010)

Na esteira da mudança havida no TST, tem se firmado, também nos Tribunais Regionais, o entendimento de que “a jurisprudência majoritária do Supremo Tribunal Federal tem reiteradamente declarado que a demanda entre servidor e Poder Público sempre será de natureza jurídico-administrativa, afeita à competência da Justiça Comum, Estadual ou Federal, falecendo, assim, competência a esta Especializada para processar e julgar ação em que se discuta essa relação, ainda que se alegue desvirtuamento do contrato estabelecido com espeque no inciso IX do art. 37 da Constituição Federal” (v.g., TRT da 6ª Região, 3ª T., RO 0001035-70.2010.5.06.0351). Parece-me que nisso há engano. Em primeiro lugar, no julgamento da ADI 3.395, o STF apenas suspendeu

interpretação do inciso I do art. 114 da CF que inserisse na competência da Justiça do Trabalho a apreciação de causas instauradas entre o Poder Público e seus servidores, a ele vinculados por típica relação de ordem estatutária ou de caráter jurídico-administrativo¹³. Depois do julgamento, o STF continuou entendendo que os servidores empregados teriam ação na Justiça do Trabalho, inclusive os admitidos por prazo determinado, em face de excepcional interesse público, desde que a lei local fixasse, para tais contratações, o regime da CLT, mesmo os admitidos sem concurso público.

Somente em abril de 2008 (RE 573.202/AM) é que houve a reviravolta. A Corte Suprema passou a entender, majoritariamente, que “compete à Justiça Comum Estadual e Federal conhecer de toda causa que verse sobre contratação temporária de servidor público, qualquer que seja a norma aplicável ao caso”. Na ocasião, o STF reconheceu a repercussão geral da questão relativa ao alcance da competência da Justiça do Trabalho prevista no item I do art. 114 da Constituição da República.

Parece evidente que o entendimento do STF confere efeito ampliativo à decisão na ADI 3.395, aplicando-a em hipóteses que exigiriam resultado diferente. De qualquer modo, nos últimos dois anos, o rigor inicial vem sendo quebrado. Por exemplo, o Ministro Cezar Peluso, na condição de relator de agravo interposto contra decisão na Reclamação 7.415/RO¹⁴, conduziu os seus pares, em julgamento plenário unânime, de fevereiro de 2010, ementado nos seguintes termos:

“EMENTA: COMPETÊNCIA. Reclamatória trabalhista. Ação proposta por servidor público contratado sem concurso, embora estável nos termos do art. 19 do ADCT da CF vigente. Petição inicial que demonstra a consequente natureza trabalhista da relação jurídica. Feito da

13 Logo após a promulgação da EC nº 45/04 e a concessão de liminar na ADI 3.395/DF, e mesmo antes do julgamento em Plenário, opinei nos seguintes termos sobre a decisão monocrática (depois confirmada pelo Colegiado): “Em virtude da decisão, mais uma vez, volta a carecer a Justiça do Trabalho de competência para julgar ações que envolvam a Administração e seus servidores estatutários, cujos vínculos têm natureza jurídica institucional. A menos que haja julgamento em sentido contrário pelo Plenário da Corte. Pode acontecer, antes disso, a aprovação, na Câmara, da parte da Emenda que retornou àquela Casa. Evidentemente, permanecem em sua esfera competencial as ações oriundas de todas as relações de trabalho de natureza contratual. Considerada a tendência de transformação de cargos em empregos públicos e a preferência pela admissão de empregados, já não seria pouca coisa. Mas com a Emenda nº 45, mesmo consideras as restrições fixadas pelo STF, haverá competência para ações envolvendo prestadores de serviços, contratados nos moldes da Lei nº 8.666/93, e servidores admitidos pela via do art. 37, IX, da Constituição Federal, sempre que o contrato não tiver caráter jurídico-administrativo, nos termos da lei estadual ou municipal”. Cf. DINO, Flávio; MELO FILHO, Hugo et al. Op. cit. p. 185.

14 Em sentido contrário, Rcl 11.089 AgR/MT, Cármen Lúcia.

DOCTRINA

competência da Justiça do Trabalho. Inexistência de ofensa ao acórdão da ADI 3.395. Reclamação indeferida liminarmente. Agravo improvido. Se a petição inicial de reclamação trabalhista reconhece a natureza trabalhista da relação jurídica em que funda o pedido, o feito é da competência da Justiça do Trabalho.” (Rcl 7.415 AgR/RO – Rondônia, Tribunal Pleno, Rel. Min. Cezar Peluso, Julg. 04.02.2010, Publ. 09.04.2010).

A Corte Suprema reconhece, então, que o servidor não submetido a concurso público, mas estável por força do art. 19 do ADCT, tem com a Administração relação jurídica de natureza trabalhista e, assim, terá ação na Justiça do Trabalho. **ACHISTER** Com efeito, o art. 19 do ADCT regularizou a situação dos servidores que, mesmo admitidos pela Administração direta, autárquica ou fundacional, sem submissão prévia a concurso público – o que já era exigido pela Constituição anterior –, desde que tivessem cinco anos de efetivo serviço na data da promulgação da Constituição. Estavam em situação irregular, portanto, que foi regularizada pela norma constitucional transitória. Mantiveram-se vinculados à Administração, porque detentores de estabilidade.

De modo que não é correto afirmar que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que a demanda entre servidor e Poder Público sempre será de natureza jurídico-administrativa, afeita à competência da Justiça Comum, Estadual ou Federal. A ementa acima transcrita espanca qualquer dúvida quanto à existência de vínculo empregatício com o Poder Público, quando reconhece que servidor não submetido a concurso público e estável por força do art. 19 do ADCT tem relação jurídica de natureza trabalhista. E que, no caso de vínculo empregatício, a competência para as ações dele oriundas será da Justiça do Trabalho.

Além desse exemplo emblemático, podem ser encontradas outras decisões que mitigam a suposta inflexibilidade da decisão da ADI 3.395/DF:

“EMENTA: Agravo regimental. Reclamação. Competência. Reclamação trabalhista. Justiça Comum. Justiça do Trabalho. ADI 3.395/DF. 1. As reclamações trabalhistas dizem com o recebimento de valores referentes aos depósitos de FGTS que não foram recolhidos pelo empregador, o que, para exame preliminar, afasta o alcance da ADI 3.395-6/DF, presente, ainda, a alegação de que houve contratação sem a realização de concurso público. 2. Agravo regimental desprovido.” (Rcl 5.261 MC-AgR/PA – Pará, Tribunal Pleno, Rel. Min. Menezes Direito, Julg. 11.02.08, Publ. 04.04.08)

“EMENTA: CONSTITUCIONAL. RECLAMAÇÃO. ADI 3.395-MC. AÇÃO CIVIL PÚBLICA PROPOSTA NA JUSTIÇA DO TRABALHO, PARA IMPOR AO PODER PÚBLICO PIAUIENSE A OBSERVÂNCIA DAS NORMAS DE SAÚDE, HIGIENE E SEGURANÇA DO TRABALHO NO ÂMBITO DO INSTITUTO MÉDICO LEGAL. IMPROCEDÊNCIA. 1. Alegação de desrespeito ao decidido na ADI 3.395-MC não verificada, porquanto a ação civil pública em foco tem por objeto exigir o cumprimento, pelo Poder Público piauiense, das normas trabalhistas relativas à higiene, segurança e saúde dos trabalhadores. 2. Reclamação improcedente. Prejudicado o agravo regimental interposto.” (Rcl 3.303/PI – Piauí, Tribunal Pleno, Rel. Min. Carlos Britto, Julg. 19.11.07, Publ. 16.05.08)

“AGRAVO REGIMENTAL EM RECLAMAÇÃO. QUESTIONAMENTO EM TORNO DA COMPETÊNCIA PARA O RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÃO SINDICAL. RECONHECIMENTO DA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. RECLAMAÇÃO AJUIZADA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ALEGAÇÃO DE OFENSA À DECISÃO PROFERIDA NA ADI 3.395-MC/DF. IMPROCEDÊNCIA. 1. Questionamento em torno do reconhecimento do direito de recolher a contribuição sindical respectiva. Acolhimento da pretensão pela Justiça do Trabalho. Alegação de ofensa ao acórdão proferido por esta Corte na ADI 3.395-MC/DF. 2. Inexistência de identidade material entre o fundo do direito impugnado e a interpretação consagrada na ADI 3.395-MC/DF. 3. Agravo regimental improvido.” (Rcl 9.836 AgR/RJ – Rio de Janeiro, Tribunal Pleno, Rel^a Min^a Ellen Gracie, Julg. 02.03.2011, Publ. 28.03.2011)

“AUSÊNCIA DE SIMILITUDE ENTRE O ATO RECLAMADO E A DECISÃO PARADIGMA. AGRAVO IMPROVIDO. I – Esta Corte, por ocasião do julgamento da ADI 3.395-MC/DF, deu interpretação conforme ao art. 114, I, da Constituição Federal, para excluir da competência da Justiça do Trabalho as causas instauradas entre o Poder Público e servidor que lhe esteja vinculado por relação jurídico-estatutária. II – O ato reclamado deve ajustar-se, exatamente, ao paradigma invocado, a fim de que se verifique afronta à autoridade de decisão deste Tribunal. III – A ausência de similitude entre o ato reclamado e o acórdão indicado como paradigma impede o julgamento da reclamação. IV – No caso, trata-se de execução de Termo de Ajustamento de Conduta firmado entre o Ministério Público do Trabalho e o Instituto de Assistência e Previdência do Estado do Piauí. V – Agravo improvido.” (Rcl 8.866 AgR/PI – Piauí,

Tribunal Pleno, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Julg. 17.11.2011, Publ. 01.12.2011)

Em algumas oportunidades, o Tribunal Superior do Trabalho tem deixado de observar os espaços deixados pela jurisprudência do STF, trilhando, automaticamente, o caminho do reconhecimento da incompetência, à luz da decisão na ADI 3.395¹⁵. Exatamente as brechas nas quais a magistratura do trabalho poderá lançar as cunhas para a defesa de sua competência, na tentativa de alteração de posição dominante no Supremo, fato já ocorrido no passado recente.

4 – CONCLUSÕES

Por mais de setenta anos, a ampliação da competência da Justiça do Trabalho vinha se construindo num processo lento e gradual, até sofrer um corte radical, um salto para frente, perpetrado pela Emenda nº 45/04. As profundas repercussões que deveriam advir deste corte não foram plenamente concretizadas.

A vitória na luta pela consagração da competência da Justiça do Trabalho para todas as ações oriundas de relações de trabalho, na Reforma do Judiciário, terminou sendo superada, inicialmente, pela ação corrosiva da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e, depois, pela avassaladora decisão do Supremo

15 Por exemplo, as ações propostas por agentes comunitários de saúde. Há diversas decisões, de turmas diferentes, declarando a incompetência da Justiça do Trabalho para apreciar demandas dos agentes comunitários, sob o argumento de respeito à decisão na ADI 3.395, mesmo no caso de municípios que não fixaram o regime estatutário para tal hipótese de admissão. Em tais casos, como regra, a admissão se deu pela via aberta pelo art. 37, IX, da Constituição. Muitas vezes, os contratos foram prorrogados, até mesmo ao arripio da lei, mas a situação foi alcançada pela EC nº 51/06, que alterou o art. 198 da Constituição, com o nítido intuito de regularizar a situação dos agentes de saúde até então admitidos. Pode-se questionar o acerto da medida, sob diversos aspectos, mas não se pode negar aplicação à norma constitucional. O § 5º do art. 198 da CF, acrescido pela EC nº 51, foi regulamentado pela Lei nº 11.350/06, que fixou, como regime jurídico geral, o estabelecido pela CLT, salvo lei local estabelecendo regime distinto.

Não vem ao caso se a admissão do agente comunitário de saúde, antes de 2006, originalmente se deu com arrimo no art. 37, IX, da Constituição, uma vez que a situação foi alcançada pela EC nº 51. Ora, se esses trabalhadores, na condição de empregados do ente público, não têm com ele típica relação de ordem estatutária ou de caráter jurídico-administrativo; se não mantêm com a edilidade contrato temporário em virtude de excepcional interesse público, nos moldes do art. 37, IX, da CLT, não se pode cogitar, *data maxima venia*, da aplicação à situação do entendimento do Supremo Tribunal Federal, adotado no julgamento da ADI 3.395, simplesmente porque a situação é totalmente distinta.

Negar a competência da Justiça do Trabalho em tais casos é ir além da mais restritiva interpretação jamais dada ao art. 114, I, da Constituição da República. É deixar de reconhecer que cabe a esta Especializada o julgamento de ação proposta por empregado contra ente estatal, aspecto que não se discute desde 1988, com a redação primitiva do *caput* do art. 114 da Carta Magna. Competência que passou incólume pelo julgamento da ADI 492-1, em 1992, e mesmo da ADI 3.395, como visto. Até o STJ reconheceu a competência da Justiça do Trabalho em tais casos (AgRg no CC 105.309/RJ, Relª Minª Maria Thereza de Assis Moura, Julg. 10.11.2010, Publ. 22.11.2010; CC 109.271/SP, Rel. Min. Luiz Fux, Julg. 23.06.2010, Publ. 01.07.2010). Esse é um exemplo do quanto se pode avançar.

Tribunal Federal na ADI 3.395, ainda que se reconheça a obtenção de alguns avanços no âmbito da Corte Suprema.

Mais surpreendente foi a tomada de posição do Tribunal Superior do Trabalho, órgão de cúpula da Justiça do Trabalho, pela exclusão das ações oriundas de relações de trabalho de caráter consumista da órbita de atuação da Justiça do Trabalho, bem assim no alinhamento automático com a jurisprudência restritiva do STF, mesmo em casos por ela não alcançados.

Nesse quadro, não resta aos que atuam na concretização dos direitos sociais, especialmente aos magistrados, senão o desafio da prática de uma hermenêutica de compromisso, segundo a qual toda atividade de interpretação deve visar à continuação de um processo de emancipação social fundado na valorização do trabalho e no respeito à dignidade humana¹⁶. No campo de nossa ação, isso somente será alcançado pela recomposição das fronteiras firmadas pelo Constituinte Derivado, em termos de competência. Só assim, estaremos devidamente preparados para a tarefa de conduzir a Justiça do Trabalho a um patamar de verdadeira Justiça Social, sempre na perspectiva de ampliar os mecanismos de proteção social em favor dos trabalhadores.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CAPLAN, Luciana. A relação de trabalho e o TST. In: COUTINHO, Grijalbo Fernandes; FAVA, Marcos Neves (Org.). *O que estão fazendo da nova competência da Justiça do Trabalho?* São Paulo, LTr, 2011.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Introdução ao direito do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2001.

DINO, Flávio; MELO FILHO, Hugo et al. *Reforma do judiciário – comentários à Emenda nº 45/2004*. Niterói: Impetus, 2005.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. A competência penal da justiça do trabalho – um breve e crítico histórico. In: COUTINHO, Grijalbo Fernandes; FAVA, Marcos Neves (Org.). *O que estão fazendo da nova competência da Justiça do Trabalho?* São Paulo: LTr, 2011.

FREITAS, Alexandre Teixeira de. Relação de trabalho e competência da justiça do trabalho: análise crítica do posicionamento dos tribunais superiores. In: COUTINHO, Grijalbo Fernandes; FAVA, Marcos Neves (Org.). *O que estão fazendo da nova competência da justiça do trabalho?* São Paulo, LTr, 2011.

MACHADO, André Luiz; MELO FILHO, Hugo. Competência da justiça do trabalho: por uma hermenêutica de compromisso, integrante da obra coletiva. In: COUTINHO, Grijalbo Fernandes; FAVA, Marcos Neves (Org.). *O que estão fazendo da nova competência da justiça do trabalho?* São Paulo: LTr, 2011.

16 HERRERA FLORES, Joaquín. *Los derechos humanos desde la Escuela de Budapest*. Madrid: Tecnos, 1989. No mesmo sentido, MACHADO, André Luiz; MELO FILHO, Hugo, op. cit. p. 41.

D O U T R I N A

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

Sítios consultados, em diversas datas:

<www.stf.gov.br>

<www.stj.gov.br>

<www.trt6.gov.br>

<www.planalto.gov.br>

AS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS NA JUSTIÇA DO TRABALHO

Ivan Kertzman*

1 – INTRODUÇÃO

A Emenda Constitucional nº 20/98 trouxe a obrigatoriedade de execução das contribuições previdenciárias, de ofício, pela Justiça do Trabalho. Essa discutida e polêmica mudança, sem dúvida, ajudou a engordar os cofres previdenciários, ao mesmo tempo em que fortaleceu a Justiça Especializada, a qual passou a acumular a função de arrecadação tributária.

Em 2011, a arrecadação previdenciária oriunda da execução de ofício das contribuições previdenciárias alcançou a marca recorde de 2,0 bilhões de reais¹. Como consequência dessa forte arrecadação, a Justiça do Trabalho ganhou, sem dúvida, força no cenário político brasileiro.

Com a execução das contribuições previdenciárias decorrentes das sentenças proferidas pelos Juízes do Trabalho, nova sistemática introduzida pela EC nº 20/98, ficou evidente a opção do legislador constituinte derivado de transformar a Justiça do Trabalho em um órgão com forte potencial arrecadatório.

Não se pode deixar de registrar que a Emenda Constitucional nº 20/98 foi o primeiro passo para a, hoje tão falada, ampliação de competência da Justiça

* *Auditor fiscal da Receita Federal do Brasil; mestre em Direito Público pela UFBA; bacharel em Direito pela UCSAL; administrador de empresas pela UFBA; especialista em Finanças Empresariais pela USP; professor coordenador das especializações em Direito Previdenciário do JusPodivm (BA) e da Ciclo (SE); professor de Direito Previdenciário de Cursos de Especialização em Direito Previdenciário e de cursos preparatórios para concursos públicos; autor dos livros “Curso Prático de Direito Previdenciário” (Edições Juspodivm), “As Contribuições Previdenciárias na Justiça do Trabalho” (LTr), “A Desoneração da Folha de Pagamento” (LTr), “Para Aprender Direito”, volume de Direito Previdenciário (Editora Barros, Fischer & Associados); coautor do livro “Guia Prático da Previdência Social” (Edições JusPodivm); coautor dos livros “Salário-de-Contribuição – A Base de Cálculo Previdenciária das Empresas e dos Segurados” (Edições Juspodivm); coordenador do livro “Leituras Complementares de Previdenciário” (Editora Juspodivm).*

1 Número extraído da Análise da Seguridade Social 2011, elaborado pela ANFIP. Disponível em: <http://www.anfip.org.br/publicacoes/livros/publicacoes_livrosindex.php?t=3>. Acesso em: 16 dez. 2012

do Trabalho, que passou a ser vista com olhos bem menos críticos pelos órgãos que compõem a estrutura dos três Poderes.

A força da Justiça do Trabalho se revelou com a edição da Emenda Constitucional nº 45/05, que ampliou, ainda mais, a competência desta Instituição, passando a se manifestar sobre quase todas as relações de trabalho e não mais apenas sobre as relações empregatícias, como ocorria antes da EC nº 45/05.

O fato é que, com a Emenda Constitucional nº 20/98 e seus inúmeros reflexos pragmáticos para a justiça especializada, a execução das contribuições previdenciárias foi acatada pelos Magistrados. No início, é verdade, muito se discutiu acerca da inconstitucionalidade da Emenda Constitucional, mas qualquer debate nesse sentido está completamente superado.

Nesse contexto, o objetivo deste artigo não é discutir nem analisar a evolução histórica de dispositivos e nem debater as questões já superadas e aceitas pelo senso comum. Propomos, então, uma abordagem prática sobre algumas discussões que ainda não estão pacificadas pela jurisprudência ou pela doutrina. Obviamente, por se tratar de um artigo, não será possível esgotar todos os pontos polêmicos relacionados ao tema. Dessa forma, selecionamos alguns pontos controvertidos, conforme segue:

- a) Fato Gerador das Contribuições Previdenciárias;
- b) Cobrança de Juros na Execução das Contribuições Previdenciárias;
- c) Decadência das Contribuições Previdenciárias na Justiça do Trabalho;
- d) Execução da Contribuição de Terceiros;
- e) Execução da Contribuição dos Segurados.

2 – FATO GERADOR DAS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS

A par de toda a polêmica doutrinária em torno da questão terminológica do termo “fato gerador”, utilizaremos, em consonância com o CTN, a definição de que é “a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência”.

De acordo com o art. 28, I, da Lei nº 8.212/91, “Entende-se por salário de contribuição: para o empregado e trabalhador avulso a remuneração auferida em uma ou mais empresas, assim entendida a totalidade dos rendimentos pagos, devidos ou creditados a qualquer título, durante o mês, destinados a retribuir o trabalho, qualquer que seja a sua forma, inclusive as gorjetas, os ganhos habituais sob a forma de utilidades e os adiantamentos decorrentes de reajuste salarial,

quer pelos serviços efetivamente prestados, quer pelo tempo à disposição do empregador ou tomador de serviços nos termos da lei ou do contrato ou, ainda, de convenção ou acordo coletivo de trabalho ou sentença normativa”.

Observe-se que a lei previdenciária dispõe que a base de cálculo da contribuição previdenciária são os rendimentos pagos, devidos ou creditados. Assim, mesmo que a parcela não tenha sido efetivamente paga, estando ela devida, há a necessidade de recolhimento de contribuição previdenciária.

Isso equivale dizer que o fato gerador da contribuição previdenciária ocorre com a prestação de serviço, momento em que a remuneração passa a ser devida.

No passado, muito se discutiu se realmente o fato gerador das contribuições previdenciárias era o trabalho. Alguns defendiam que o fato gerador era o pagamento da remuneração do trabalhador. Assim, só seriam devidas as contribuições previdenciárias depois de efetuado o pagamento da remuneração. Esse entendimento levava, em nossa opinião, à absurda conclusão de que se o empregador descumprisse a sua obrigação com o empregado, o Estado também estaria impedido de efetuar o lançamento da contribuição devida, pois não se teria aperfeiçoado o fato gerador da contribuição.

Com esse entendimento, o Direito Público ficava subordinado ao Direito Privado, vez que, se o trabalhador não exigisse o pagamento de sua remuneração, o Estado jamais poderia exigir o recolhimento do tributo.

Apesar de anos de discussão, o entendimento foi pacificado no sentido de que o fato gerador da contribuição previdenciária é a prestação de serviço e não o pagamento.

O art. 22, inciso I, da Lei nº 8.212/91 reforça ainda mais a ideia de que o fato gerador da obrigação previdenciária é a prestação de serviço, ao dispor que a contribuição a cargo da empresa para o financiamento da seguridade social é de “20% sobre o total das remunerações pagas, devidas ou creditadas a qualquer título, durante o mês, aos segurados empregados e trabalhadores avulsos que lhe prestem serviços, destinadas a retribuir o trabalho, qualquer que seja a sua forma, inclusive as gorjetas, os ganhos habituais sob a forma de utilidades e os adiantamentos decorrentes de reajuste salarial, quer pelos serviços efetivamente prestados, quer pelo tempo à disposição do empregador ou tomador de serviços, nos termos da lei ou do contrato ou, ainda, de convenção ou acordo coletivo de trabalho ou sentença normativa”.

Ocorre que, com a edição da Emenda Constitucional nº 20/98 e a consequente obrigatoriedade de execução das contribuições previdenciárias na Justiça do Trabalho, as discussões renasceram.

É que muitos Magistrados Trabalhistas passaram a entender que o fato gerador da contribuição previdenciária é o pagamento ou a sentença. Na esfera da execução das contribuições na Justiça Laboral, a definição do fato gerador do tributo previdenciário gera uma série de implicações, que serão vistas no próximo capítulo.

O raciocínio que motiva certos Juízes Trabalhistas a entender que o fato gerador é o pagamento ou a sentença é, quase sempre, mais pragmático que teórico. Eles argumentam que, muitas vezes, da dívida de determinadas parcelas, o empregador só toma conhecimento com a leitura da sentença, não sendo possível exigir o cumprimento da obrigação previdenciária no ato da prestação do serviço.

Um exemplo apontado pelos que defendem essa tese é a condenação do empregador no pagamento de horas extras, provadas no processo por meio testemunhal. O Magistrado que entende que o fato gerador é o pagamento argumenta que o empregador só toma conhecimento de que aquelas horas extras são devidas após a leitura da sentença.

Outro exemplo seria a condenação do empregador no pagamento de diferença salarial por conta de deferimento de pedido de equiparação salarial. Nesse caso, também, advoga-se que o empregador não tinha conhecimento prévio dessa situação.

Não concordamos, contudo, com esse tipo de raciocínio, por entendermos que toda sentença trabalhista condenatória tem uma alta carga de declaração. Em verdade, ao condenar a empresa no pagamento de horas extras (não interessando, obviamente, o meio de prova que convenceu o magistrado), ou na equiparação salarial, a sentença declara que durante a relação laboral houve labor extraordinário não pago pelo empregador ou que houve situação de trabalho em que o trabalhador deveria estar percebendo igual remuneração àquela auferida pelo paradigma.

Declarando a existência dessas situações na sentença, nasce a ficção jurídica de que tais fatos declarados pelo juízo realmente ocorreram. Assim, tendo ocorrido, o empregador tinha ciência e deveria, por conseguinte, ter efetuado o recolhimento das contribuições previdenciárias.

Lembramos que o já citado art. 28, inciso I, da Lei nº 8.212/91 dispõe que a base de cálculo da contribuição previdenciária (salário de contribuição)

para o empregado e trabalhador avulso é a remuneração auferida em uma ou mais empresas, assim entendida a totalidade dos rendimentos pagos, devidos ou creditados a qualquer título, durante o mês, destinados a retribuir o trabalho.

Se a própria lei definiu que a base de cálculo é o trabalho, ao utilizar a palavra “devido”, o que leva alguns magistrados trabalhistas a entender que pode ser diferente?

É que o texto constitucional, ao falar da contribuição previdenciária patronal, no art. 195, I, dispõe que haverá contribuição do empregador sobre “a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício”.

Alegam que os fatos geradores previstos na Constituição foram, pois, os rendimentos pagos ou creditados, não constando a expressão “devidos” que aparece na Lei. Mas, o que, de fato, significa a expressão constitucional “creditados”?

Defendem alguns que essa expressão faz alusão ao crédito contábil. Com essa interpretação, que, a nosso ver, não é compatível com o ordenamento jurídico vigente, o fato gerador só se aperfeiçoaria com o pagamento ou a contabilização dos valores.

Observe-se que, pelas normas e princípios contábeis, todos os valores devidos devem ser contabilizados nas contas de passivo da empresa. Tratamos, aqui, do Princípio da Competência, pilar das regras de contabilidade, que pode ser enunciado, de acordo com o professor Braulindo Costa da Cruz, da seguinte forma: “As receitas e despesas devem ser incluídas na apuração do resultado do período em que ocorrerem, sempre simultaneamente quando se correlacionarem, independentemente de recebimento ou pagamento”².

Entender que a empresa, ao não efetuar a contabilização da dívida, faria com que o fato gerador da contribuição previdenciária não nascesse, seria contemplar o infrator; seria dizer que é possível beneficiar-se com a própria torpeza; seria premiar o ato ilícito.

Assim, a única interpretação que consideramos plausível para a expressão “creditada” é no sentido de que ela se refere ao crédito jurídico, ou seja, ao direito subjetivo do credor prestador de serviço de receber os valores devidos como contraprestação do trabalho executado.

2 CRUZ, Braulindo Costa da. *Manual de contabilidade*. Salvador: Juspodivm, 2009.

DOCTRINA

Dessa forma, quando o inciso I da Lei nº 8.212/91 acrescentou, em relação ao texto da Constituição, na definição da base de cálculo previdenciária, a palavra “devidos”, ele não extrapolou os limites constitucionais, mas simplesmente regulamentou e explicou o conteúdo do dispositivo constitucional. Acreditamos, pois, que o inciso I do art. 28 da Lei nº 8.212/91 deve ser interpretado conforme a Constituição.

Os professores Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari trazem uma boa reflexão sobre o cotejo entre os textos constitucional e legal e sobre inclusão da palavra “devidos”. Vejamos:

“Nota-se, pelo cotejo dos dispositivos constitucional e legal pertinentes, que a hipótese de incidência indicada na Constituição (importância paga ou creditada) mereceu, na Lei de Custeio, a inserção de mais de um vocábulo (paga, devida ou creditada). Para alguns, tal inclusão seria inconstitucional, pois estar-se-ia estabelecendo nova hipótese, não contemplada no texto constitucional, por via de lei ordinária, vulnerando a exigência de lei complementar para tanto. Todavia, é nosso entendimento que a remuneração devida é a mesma que deve ser paga ou creditada ao segurado empregado, por se configurar em direito adquirido, tendo a norma legal apenas o condão de indicar que o fato imponible não se revela apenas no auferir remuneração, mas no fazer jus a ela, ainda que o empregador, violando a lei e o contrato de trabalho, deixe de remunerar corretamente o trabalhador, impedindo a invocação de que, não tendo o empregador feito qualquer pagamento de remuneração (como na hipótese de mora salarial), nenhuma contribuição seria devida, nem pelo mesmo, nem pelo segurado, em relação ao mês em que não houve pagamento. Ademais, tal raciocínio seria por demais prejudicial ao segurado, pois no cômputo do salário de benefício, haveria lacunas no seu tempo de contribuição, relativamente aos mesmos que não foi vertida contribuição, ou esta foi feita a menor, por infração à norma trabalhista, beneficiando, por conseguinte, o infrator da norma.”³

Na mesma linha, Célso Rodrigues da Cruz afirma que “a expressão ‘creditados’, que foi adotada no art. 195 da Constituição Federal de 1988, significa remuneração devida, uma vez que a aquisição do direito aos rendimentos do

3 CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de direito previdenciário*. 11. ed. rev. e atual. São José: Conceito, 2009. p. 256.

trabalho surge com a prestação do serviço, independentemente do registro contábil ou de efetivo pagamento”⁴.

Para reforçar ainda mais o entendimento de que o fato gerador da contribuição previdenciária é a efetiva prestação de serviço, trazemos à tona as palavras do professor Wladimir Novaes Martinez:

“Em princípio, aquela medida é a remuneração, mas não se tem estabelecido a quitação de o valor ser o ato aperfeiçoador da obrigação fiscal. O pagamento, *per se*, não é geratriz do dever de contribuir. É, todavia, a situação mais comum, principalmente quando o contrato de trabalho flui naturalmente. Coincidem, então, o trabalho, o direito à remuneração e seu pagamento.

Essa histórica abstenção normativa deve-se à periodicidade institucional exacional evocada, cuidar-se de ônus de trato sucessivo institucionalizado há oito décadas a ser mensal, no mais comum dos casos.

Parte da contribuição, a do segurado, é descontada da remuneração auferida, e isso, usualmente, acontece quando do seu pagamento, sem, entretanto, isoladamente, o ato de desembolso da empresa definir a nuclearidade da hipótese de incidência.

Pode suceder de o obreiro, por variados motivos, jamais receber a remuneração devida (v.g., deixar espontaneamente de fazê-lo, a empresa falir, renunciar em acordo trabalhista ou outra impossibilidade material ou formal). Exemplifica-se o raciocínio: se o empregador paga o valor abaixo do salário-mínimo, para quem trabalha 220 horas por mês (a diferença, evidentemente, é seu direito inalienável), a incidência recairá sobre o salário-mínimo, importância não necessariamente auferida ou contabilmente creditada, talvez nunca paga. A hipótese de incidência – direito à remuneração relativa ao esforço desenvolvido no mês de competência – realiza-se fundamentalmente, dispensando-se a quitação da retribuição. Basta-se o crédito, mesmo que não contabilizado, melhor dizendo, o direito, prescindindo-se da efetiva integração do montante no patrimônio do obreiro ao tempo da prestação de serviços. Mas claro está, instaurado o dissídio quanto à sua validade, só após sua definição enunciativa, situando-se na época do trabalho.”⁵

4 CRUZ, Célio Rodrigues da. Execução das contribuições previdenciárias na justiça do trabalho. In: CHAVES, Luciano Athayde; STERN, Maria de Fátima Coêlho Borges; NOGUEIRA, Fabrício Nicolau dos Santos (Org.). *Ampliação da competência da justiça do trabalho*. São Paulo: LTr, 2009. p. 95.

5 MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Manual de direito previdenciário*. Tomo II – Previdência Social. 2. ed. São Paulo: LTr, 2003. p. 232-233.

DOCTRINA

Um exemplo que pode deixar clara a incompatibilidade entre o entendimento de que o fato gerador da contribuição previdenciária é o pagamento da empresa que deixa de pagar os últimos seis salários do seu empregado, e este vai buscar a satisfação do seu direito na Justiça Laboral. Antes de proferida a sentença, adentra a empresa um Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil, com a missão de fiscalizar o correto cumprimento das obrigações previdenciárias. Detectando o Auditor a dívida da empresa de seis meses de remuneração de seu empregado, deve ele cobrar as contribuições sobre estes valores, ressaltando-se que a dívida sobre o fato gerador das contribuições previdenciárias é específica, apenas, aos processos trabalhistas.

Efetuada a cobrança do crédito, como o Juiz Trabalhista deve proceder no ato de execução das contribuições previdenciárias decorrentes de sua sentença? Obviamente, o juiz deve abster-se de executar as contribuições, vez que elas já foram exigidas pelo Fisco. Mas como, se o fato gerador somente se aperfeiçoou depois de efetuado o pagamento no âmbito da Justiça do Trabalho? Percebe-se, nesse exemplo, a falta de sustentação para a defesa de que o fato gerador é o pagamento.

Ainda mais grave é a incoerência que inevitavelmente ocorre na execução das contribuições previdenciárias nas Varas em que o juiz entende que o fato gerador destas é o pagamento. Ora, quando o Magistrado condena o reclamado no pagamento das parcelas devidas, o pagamento ainda não ocorreu, somente se materializando na fase de execução. Assim sendo, para manter-se coerente ao pensamento de que o pagamento é o fato gerador da obrigação previdenciária, primeiramente o juiz deveria executar o crédito do empregado e, uma vez obtendo sucesso, iniciar a execução das contribuições previdenciárias. Nesse caso, teríamos, absurdamente, duas execuções em um único processo, sendo a segunda totalmente dependente do sucesso da primeira.

Por esse motivo, alguns Magistrados, inovando o ordenamento jurídico, alegam que o fato gerador da contribuição previdenciária é a sentença, podendo, assim, a execução ser iniciada a partir desse momento. Considerar que o fato gerador da contribuição previdenciária na esfera trabalhista é a sentença do Juiz Laboral, é o mesmo que dizer que a contribuição executada na Justiça do Trabalho é espécie tributária distinta do tributo previdenciário cobrado pela atividade fiscal ou recolhido espontaneamente. Acreditamos que essa tese não encontra guarida no nosso ordenamento jurídico.

O professor Fábio Zambitte Ibrahim ratifica o entendimento de que o fato gerador é a prestação de serviço, em uma passagem de sua obra:

“Por óbvio, não é o momento da decisão judicial, haja vista a inexistência em lei desta hipótese de incidência. O fato de a decisão judicial reconhecer o débito trabalhista não traz a obrigação previdenciária, pois esta surge desde o momento no qual a remuneração é devida, ou seja, na época de prestação do serviço (art. 22 da Lei nº 8.212/91). A sentença meramente declara tais valores, daí, portanto, o momento da prestação de serviço ser aquele no qual surge o ônus da cotização securitária.”⁶

Do ponto de vista jurisprudencial, esse tema tem sido imensamente debatido. Como dissemos anteriormente, fora da Justiça Trabalhista, foi pacificado o entendimento de que o fato gerador da contribuição previdenciária é a efetiva prestação do serviço. Esse é o posicionamento já sedimentado no STJ, conforme se depreende do acórdão abaixo transcrito:

“TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. ABO-
NO-ASSIDUIDADE. FOLGAS NÃO GOZADAS. NÃO INCIDÊNCIA.
PRAZO DE RECOLHIMENTO. MÊS SEGUINTE AO EFETIVAMEN-
TE TRABALHADO. FATO GERADOR. RELAÇÃO LABORAL.

1. Não incide Contribuição Previdenciária sobre abono-assiduidade, folgas não gozadas e prêmio-pecúnia por dispensa incentivada, dada a natureza indenizatória dessas verbas. Precedentes do STJ.

2. A jurisprudência do STJ é firme no sentido de que as Contribuições Previdenciárias incidentes sobre remuneração dos empregados, em razão dos serviços prestados, devem ser recolhidas pelas empresas no mês seguinte ao efetivamente trabalhado, e não no mês subsequente ao pagamento.

3. Recursos Especiais não providos.” (STJ, 2ª Turma, REsp 712.185/RS, Relator Herman Benjamin, unânime, julgado em 01.09.09, DJe 08.09.09)

Já em relação ao debate acerca do fato gerador da contribuição previdenciária no âmbito da Justiça do Trabalho, o tema se torna bastante polêmico. Isso nos faz refletir o quanto soa estranho o tema ter sido pacificado nas execuções fora da Justiça Laboral e ser alvo de grande debate no enfoque trabalhista. Será que existem duas contribuições previdenciárias? É possível entender que o fato gerador para a execução trabalhista é o pagamento, e para a execução na Justiça Federal é a prestação de serviço? Obviamente que não.

6 IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de direito previdenciário*. 15. ed. rev., ampl. e atual. Niterói: Impetus. 2010. p. 762-763.

DOCTRINA

Para demonstrar a controvérsia acerca do tema no âmbito trabalhista, colacionamos duas recentes decisões contraditórias do Tribunal Superior do Trabalho. Vejamos:

“Processo: RR – 3300-17.2009.5.02.0052 Data de Julgamento: 24.03.2010, Relatora Ministra: Dora Maria da Costa, 8ª Turma, Data de Divulgação: DEJT 30.03.2010.

(...) Por outro lado, importante ressaltar que o fato gerador da contribuição previdenciária nasce quando é paga, creditada ou devida a remuneração destinada a retribuir o trabalho, nos exatos termos do art. 22, I, da Lei nº 8.212/91. (...)

(...) Nesse sentido tem decidido o C. TST, *verbis*:

PROC. Nº TST-RR-582/2001-041-24-40.2. Acórdão 3ª Turma. COMPETÊNCIA MATERIAL DA JUSTIÇA DO TRABALHO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. EXECUÇÃO *EX OFFICIO* LIDE PREVIDENCIÁRIA E LIDE TRABALHISTA. FATO GERADOR E BASE DE CÁLCULO. ACORDO JUDICIAL. DECISÃO HOMOLOGATÓRIA. RECONHECIMENTO DO VÍNCULO DE EMPREGO. 1. A competência da Justiça do Trabalho para executar as contribuições sociais sobre as sentenças que proferir limita-se às hipóteses em que for configurada a exequibilidade do tributo, ou seja, quando delineados todos os elementos para o cálculo do crédito previdenciário, a saber: sujeito ativo, sujeito passivo, fato gerador e base de cálculo. 2. O sujeito ativo do crédito previdenciário será sempre o INSS, que exerce a atribuição constitucional de arrecadar a contribuição social, e o passivo, os integrantes da relação trabalhista. Sob essa perspectiva, ganha especial interesse para a fixação da competência da Justiça do Trabalho o exame do fato gerador e da base de cálculo das contribuições previdenciárias. 3. O fato gerador da obrigação de Contribuir para a Previdência Social origina-se quando é (i) paga, (ii) creditada ou (iii) devida a remuneração destinada a retribuir o trabalho (art. 22, I, da Lei nº 8.212/91). Na hipótese da remuneração devida, o fato gerador da obrigação de contribuir para a Previdência Social nasce simultaneamente com o direito objetivo à percepção da remuneração. 4. Com a celebração de acordo judicial ou extrajudicial, a obrigação decorrente do ajuste faz as vezes da obrigação trabalhista originária. Assim, o dever de o empregador adimplir o crédito trabalhista não mais deriva, de forma direta, da relação de trabalho originalmente vigente, mas, sim, do acordo celebrado com o empregado. Assim, a contribuição social deve ser calculada sobre o montante das

parcelas remuneratórias acordadas, e não sobre a remuneração a que originalmente tinha jus o empregado. 5. Quando proferida sentença declaratória que homologa acordo judicial, o fato gerador da contribuição previdenciária decorre do acordo celebrado entre as partes, e não propriamente da sentença. Isso porque, nesse caso, a decisão judicial apenas ratifica os termos do ajuste, atestando sua legalidade e conferindo-lhe os efeitos da coisa julgada material, sem influir na substância das prestações acertadas. Essas prestações, assim como a contribuição social, passam a ser devidas a partir da celebração do acordo (...)"

Em sentido diametralmente oposto:

“Processo: AIRR – 153940-48.2002.5.02.0029 Data de Julgamento: 02.09.09, Relatora Ministra: Maria Doralice Novaes, 7ª Turma, Data de Divulgação: DEJT 11.09.09.

Ementa: CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. FATO GERADOR. PAGAMENTO DO CRÉDITO DEVIDO AO EMPREGADO. ÓBICE DA SÚMULA Nº 333 DO TST. 1. O fato gerador da contribuição previdenciária é o pagamento do crédito devido ao empregado e não a data da efetiva prestação dos serviços, sendo que os juros e a multa moratória incidirão apenas a partir do dia dois do mês seguinte ao da liquidação da sentença, consoante jurisprudência consolidada desta Corte (TST-AIRR-333/2005-013-03-40.6, Rel. Min. Lelio Bentes Corrêa, 1ª Turma, DJ de 29.08.08; TST-AIRR-3.569/1997-016-12-40.3, Rel. Min. Simpliciano Fernandes, 2ª Turma, DJ de 06.02.09; TST-AIRR-782/2001-126-15-41.2, Rel. Min. Carlos Alberto, 3ª Turma, DJ de 13.02.09; TST-RR-668/2006-114-15-40.4, Relª Minª Maria de Assis Calsing, 4ª Turma, DJ de 20.02.09; TST-RR-729/2002-022-03-40.1, Rel. Min. Emmanoel Pereira, 5ª Turma, DJ de 17.10.08; TST-RR-11/2005-029-15-85.5, Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga, 6ª Turma, DJ de 12.12.08; TST-AIRR-678/2006-114-15-40.0, Rel. Min. Caputo Bastos, 7ª Turma, DJ de 03.10.08; TST-AIRR-1.404/2005-105-03-40.1, Relª Minª Dora Maria da Costa, 8ª Turma, DJ de 28.11.08), incidindo, portanto, sobre o apelo que sustenta tese contrária o óbice da Súmula nº 333 do TST. 2. Ademais, os dispositivos constitucionais apontados como malferidos na revista (arts. 5º, II, 37, 114, VIII, e 195, I, *a*, da CF, 22, 30, 34 e 35 da Lei nº 8.212/91) não disciplinam a matéria de forma específica, atraindo o óbice do art. 896, *c*, da CLT. Agravo de instrumento desprovido.”

DOCTRINA

Curiosamente, em recente julgado do Recurso Extraordinário 569.056, no qual ficou decidido com reconhecimento de repercussão geral que a execução das contribuições previdenciárias no âmbito da Justiça do Trabalho deve-se resumir ao objeto da condenação, o Ministro Menezes Direito expressou na fundamentação do seu voto que o fato gerador da contribuição previdenciária é o crédito ou o pagamento, entendendo ser inconstitucional a fixação do fato gerador como sendo a prestação de serviços.

Vejamos trecho do voto em que o Ministro Menezes Direito comenta e discorda da jurisprudência já pacificada no Superior Tribunal de Justiça:

“Em verdade, a conclusão a que chegou a decisão no sentido de que o fato gerador é a constituição da própria relação trabalhista inova em relação ao que foi previsto na lei e até na Constituição. Segundo o inciso I, *a*, do art. 195, a contribuição social do empregador incide sobre a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, com ou sem vínculo empregatício.

Ora, seja semanal, quinzenal ou mensal, a folha de salários é emitida periodicamente, e periodicamente são pagos os rendimentos do trabalho. É sobre esta folha periódica ou sobre estas remunerações periódicas que incide a contribuição. E por isso ela é devida também periodicamente, de forma sucessiva, seu fato gerador sendo o pagamento ou creditamento do salário. Não se cuida de um fato gerador único, reconhecido apenas na constituição da relação trabalhista. Mas, tampouco, se cuida de um tributo sobre o trabalho prestado ou contratado, a exemplo do que se dá com a propriedade ou o patrimônio, reconhecido na mera existência da relação jurídica.

Como sabido, não é possível, no plano constitucional, norma legal estabelecer fato gerador diverso para contribuição social de que cuida o inciso I, *a*, do art. 195 da Constituição Federal.

O receio de que, sendo o nosso sistema de previdência social contributivo e obrigatório, a falta de cobrança das contribuições nas circunstâncias pretendidas pelo INSS não pode justificar toda uma argumentação que para atingir o seu desiderato viole o art. 195 da Constituição e ainda passe ao largo de conceitos primordiais do Direito Processual Civil, como o princípio da *nulla executio sine titulo*, e do Direito das Obrigações, como os de débito e responsabilidade (Shuld e Haftug) que,

no Direito Tributário, distinguem virtualmente a obrigação do crédito tributário devidamente constituído na forma da lei.”

Com todo respeito que merece a decisão da Corte Maior, discordamos da fundamentação ali exposta. Note-se que, no primeiro parágrafo transcrito, o Ministro Menezes Direito afirma que a definição do fato gerador, como sendo a prestação de serviços, violaria o texto constitucional e a lei.

Já demonstramos, exaustivamente, que o texto legal (arts. 22, I, e 28, I) traz a palavra “devidos”, firmando o posicionamento de que o fato gerador é o efetivo direito ao recebimento da remuneração, o que ocorre no momento da prestação de serviço. Assim, não há que se cogitar a existência de qualquer violação ao texto legal.

Quanto à violação ao texto constitucional, o Ministro Menezes Direito não analisou, no nosso entendimento, o real significado da expressão “creditados”. A que crédito a Constituição Federal se refere? Se for o crédito contábil, como já mencionamos anteriormente, teríamos verdadeira premiação ao infrator, que se beneficiaria da própria torpeza, ao não atender a legislação e aos princípios contábeis.

A discussão sobre o fato gerador da contribuição previdenciária é essencial para o desenvolvimento deste trabalho, e por diversas vezes retornaremos a este ponto para justificar os nossos posicionamentos sobre os temas polêmicos relativos à execução das contribuições previdenciárias.

3 – INCIDÊNCIA DE JUROS

Outra questão bastante controvertida refere-se à cobrança de juros na execução das contribuições previdenciárias na Justiça do Trabalho.

É sempre importante relembrarmos o dispositivo constitucional, desta vez enfocando o tema ora em análise:

“Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:

(...)

VIII – a execução, de ofício, das contribuições sociais previstas no art. 195, I, *a*, e II, *e seus acréscimos legais*, decorrentes das sentenças que proferir.” (grifos nossos)

Vê-se que o texto constitucional já albergou a possibilidade de executar também os acréscimos legais das contribuições previdenciárias decorrentes das sentenças promovidas na Justiça do Trabalho.

DOCTRINA

A dúvida reside em qual taxa referencial deve-se adotar para que seja promovida tal execução. Vejamos o que diz o art. 879, § 4º, da CLT, acrescentado pela Lei nº 10.035/00:

“§ 4º A atualização do crédito devido à Previdência Social observará os critérios estabelecidos na legislação previdenciária.”

A sistemática de cálculo dos juros moratórios referentes às contribuições previdenciárias foi alvo de profunda alteração, com a publicação da Medida Provisória nº 449, de 03.12.08. A partir desta MP, que revogou o art. 34 da Lei nº 8.212/91, os juros passaram a ser regulamentados pelo § 3º do art. 61 da Lei nº 9.430/96, unificando a sistemática para todos os tributos arrecadados pela RFB – Receita Federal do Brasil.

Assim, sobre os débitos previdenciários e os referentes a contribuições para outras entidades e fundos (“terceiros”), incidirão juros de mora calculados à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia – Selic, a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo, até o mês anterior ao do pagamento e de 1% no mês de pagamento.

A grande alteração promovida pela MP nº 449 foi que, antes da sua publicação, os juros eram calculados à razão de 1%, no mês de vencimento, Selic, nos meses intermediários, e 1%, no mês de pagamento. Com a nova regulamentação, não há incidência de juros no mês de vencimento.

Os juros de mora pagos pelas empresas não podiam ser inferiores a 1% ao mês, ou seja, quando a taxa mensal Selic era inferior a 1%, os juros cobrados deviam atingir este percentual. Ocorre que o Decreto nº 6.224, de 04.10.07, revogou o § 1º do art. 239 do RPS, que dispunha sobre a impossibilidade de cobrança de taxa de juros inferiores a 1%. Assim, a partir deste Decreto, a Selic deve ser utilizada mesmo nos meses em que ela for inferior a 1%.

A dúvida persiste em relação ao momento inicial da incidência dos juros. Alguns juízes, partindo da premissa de que o fato gerador da contribuição previdenciária nas reclamações trabalhistas é o pagamento, acreditam que devem ser cobrados os juros somente a partir desse momento.

Como acreditamos que o fato gerador é o trabalho, os juros devem retroagir, sendo cobrados a partir do mês de prestação do serviço. Se assim não fosse, haveria locupletamento por parte do devedor, que deixou de pagar os créditos previdenciários em data correta.

O professor Fábio Zambitte Ibrahim compartilha da mesma opinião:

“Pessoalmente, não vejo amparo legal para esta concepção, pois não há qualquer dispositivo legal que preveja a sentença como fato gerador de contribuição previdenciária. A atribuição de competência à Justiça do Trabalho para executar tais exações não tem o condão de postergar o fato imponível, sob pena mesmo de beneficiar os empregadores que pagaram a destempo a contribuição social devida.”⁷

A jurisprudência, todavia, é oscilante no tange este tema. Vejamos:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA EXECUÇÃO CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. Restou consignado no *decisum* não prosperar a pretensão da agravante para que sejam cobrados multa moratória e juros pela taxa Selic a partir das competências dos meses da prestação dos serviços, porque não houve atraso a ser imputado à executada, uma vez que, citada para pagamento, efetuou o depósito da quantia correspondente ao total do crédito trabalhista. Logo, essa decisão não ofende os dispositivos constitucionais indicados. O recurso de revista em processo de execução somente é cabível quando evidenciada ofensa direta e literal a dispositivo constitucional, nos termos do art. 896, § 2º, da CLT e da Súmula nº 266 do TST, o que não ocorreu na hipótese.” (AIRR-681/2002-076-15-4, Rel. Min. Vieira de Mello Filho DJ 31.10.08)

“PROC. Nº TST-RR-721/2006-051-12-00.0

(...)

b) FATO GERADOR DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA PARA EFEITO DE INCIDÊNCIA DE JUROS DE MORA E MULTA. Tese Regional: O fato gerador da contribuição previdenciária não é propriamente o pagamento do salário, mas, sim, a prestação do serviço pelo empregado. Assim sendo, as contribuições sociais incidentes sobre o crédito trabalhista reconhecido em juízo, porquanto em atraso, ficam sujeitas à multa e aos juros equivalentes à taxa referencial Selic, a teor dos arts. 22 e 34 da Lei nº 8.212/91 (fls. 157-159).”

Pelos julgados do TST, percebe-se que no âmbito dos Tribunais Regionais a discussão está longe de ser pacificada.

7 IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de direito previdenciário*. 15. ed. rev., ampl. e atual. Niterói: Impetus, 2010. p. 763.

4 – DECADÊNCIA DAS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS NA JUSTIÇA DO TRABALHO

Recentemente, o prazo decadencial para exigência das contribuições previdenciárias sofreu forte alteração. De acordo com a redação do art. 45 da Lei nº 8.212/91 (já revogado pela LC nº 128/08), o direito de a Seguridade Social apurar e constituir seus créditos extinguiu-se após 10 anos, contados:

I – do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o crédito poderia ter sido constituído;

II – da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, a constituição de crédito anteriormente efetuada.

O prazo de decadência previdenciária de 10 anos, previsto no art. 45 da Lei nº 8.212/91, sempre foi objeto de inúmeros questionamentos. Isso porque o art. 146, inciso III, alínea *b*, da Constituição Federal dispõe que cabe à lei complementar estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre obrigação, lançamento, crédito, *prescrição e decadência de tributos*.

A Lei nº 8.212/91 não é uma lei complementar, mas ordinária. A doutrina majoritária, a partir de determinado momento, passou a entender que o prazo aplicável deveria ser o do art. 173 do Código Tributário Nacional – CTN, que tem *status* de lei complementar, definido em cinco anos, contados da mesma forma.

No âmbito dos tribunais, existiam, predominantemente, três posicionamentos acerca do tema, em relação ao prazo de 10 anos previsto no art. 45 da Lei nº 8.212/91:

1) *Inconstitucional* – afronta diretamente o texto constitucional do art. 146, III, *b*, que dispõe que cabe à lei complementar estabelecer normas gerais de legislação tributária, especificamente sobre prescrição e decadência;

2) *Constitucional* – “prazo” não é norma geral de Direito Tributário. Nesse caso, quando a Constituição delegou à lei complementar a missão de tratar de normas gerais de prescrição e decadência, o que deveria ficar restrito a este instrumento normativo seria a forma de contagem de prazo, podendo a definição do prazo ser feita por lei ordinária;

3) *Constitucional* – o prazo de cinco anos previsto no CTN deve prevalecer para a decadência, mas este prazo somente começaria a correr após a homologação tácita. Assim, o Fisco teria o prazo de 5 anos depois da ocorrência do fato gerador para lançar o tributo, após o qual se daria a homologação tácita,

iniciando-se o prazo de 5 anos para a decadência do direito de exigir o tributo. Na prática, de acordo com este posicionamento, o prazo decadencial seria de 10 anos (5 para a homologação tácita + 5 para a decadência).

Sempre defendemos o primeiro posicionamento, por entendermos que os argumentos que consideram constitucional o prazo não são convincentes, procurando apenas preservar os créditos tributários já constituídos. Prescrição e decadência são justamente os *prazos* para o exercício dos direitos de cobrar e de lançar o crédito tributário.

Até meados de 2008, diversas decisões da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça – STJ pacificaram o entendimento sobre a inconstitucionalidade do prazo decadencial de 10 anos definido no art. 45 da Lei nº 8.212/91. As decisões, contudo, somente tiveram eficácia *inter partes*.

O STF nunca havia se manifestado sobre esta questão, até que, em junho de 2008, julgou diversos Recursos Extraordinários, posicionando-se no sentido de que o prazo decadencial de 10 anos, que estava previsto na Lei nº 8.212/91, é inconstitucional, devendo prevalecer o prazo de 5 anos do Código Tributário Nacional. Esses julgamentos culminaram na edição da Súmula Vinculante nº 8, de 12.06.08, com a seguinte redação:

“São inconstitucionais o parágrafo único do art. 5º do Decreto-Lei nº 1.569/77 e os arts. 45 e 46 da Lei nº 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário.”

Note-se que as Súmulas Vinculantes são de aplicação obrigatória a toda estrutura judiciária, assim como à própria Administração Pública direta ou indireta, da União, Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 103-A da CF/88).

Assim, na prática, a Receita Federal passou a exigir as contribuições previdenciárias, considerando o prazo decadencial de 5 anos para constituir seus créditos. Dessa forma, o direito de a Seguridade Social apurar e constituir seus créditos extingue-se após 5 anos, contados:

I – do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o crédito poderia ter sido constituído;

II – da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, a constituição de crédito anteriormente efetuada.

A constituição do crédito tributário deve seguir algumas formalidades. Enumeramos algumas informações que devem constar do lançamento:

1) A identificação do sujeito passivo;

DOCTRINA

- 2) A descrição dos fatos e a base de cálculo;
- 3) O montante da contribuição;
- 4) O nome, o cargo, o número de matrícula e a assinatura do Auditor-Fiscal;
- 5) A competência a que o lançamento se refere.

Havendo erro no preenchimento de alguma dessas informações, ocorre o vício formal, e o crédito deve ser anulado. A decadência será contada a partir da data em que se tornar definitiva a decisão da anulação.

De toda forma, passados esses 5 anos, a Previdência Social não pode mais exigir o recolhimento de valores. Por isso, muitas empresas costumam aguardar, durante o prazo decadencial, para requerer Certidão Negativa de Débito para baixa da empresa ou para averbação de obra de construção civil.

Essa forma de contagem de prazo, prevista no art. 173 do CTN (primeiro dia do exercício seguinte...), é aplicável apenas ao lançamento de ofício do crédito tributário. Caso o lançamento do tributo seja efetuado por homologação, o prazo de 5 anos deve ser contado a partir da ocorrência do fato gerador, de acordo com o art. 150, § 4º, do CTN. Assim, expirado o prazo de 5 anos sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento, e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Note-se que o tributo previdenciário é lançado por homologação, vez que o contribuinte declara o valor na GFIP e efetua o recolhimento das contribuições previdenciárias, ficando, este, sujeito à conferência posterior do Fisco. Assim, se o contribuinte efetuou o pagamento das contribuições de determinado mês, mesmo de forma inexata, o prazo decadencial de 5 anos deve iniciar-se a partir do fato gerador.

E no âmbito da execução das contribuições previdenciárias na Justiça do Trabalho, há que se falar em ocorrência da decadência?

Essa pergunta é bastante complexa e nos remete a sempre presente discussão acerca do fato gerador da contribuição previdenciária. Se considerarmos o fato gerador da contribuição previdenciária o pagamento, jamais haveria ocorrência de decadência, vez que o crédito seria constituído ao mesmo tempo de sua liquidação. Vimos que os que defendem essa tese costumam executar os juros, a partir da data fixada pela sentença para o pagamento do crédito.

DOUTRINA

Por outro lado, se considerarmos o fato gerador da contribuição previdenciária o trabalho, os juros devem ser cobrados a partir da prestação de serviço, e, por coerência, devemos entender que o prazo decadencial começa a correr a partir do mês de prestação do serviço.

Observe-se que com o entendimento de que o fato gerador da contribuição previdenciária é o trabalho (por nós adotado), muitos créditos oriundos das sentenças trabalhistas estariam integralmente decadentes no momento da execução. Se, por exemplo, o julgamento de uma lide em primeira instância tardasse mais de 5 anos, certamente todos os créditos previdenciários seriam tragados pela decadência.

Ora, o Estado independe da Justiça do Trabalho para constituir os seus créditos. Sendo assim, as ações laborais não têm o condão de alterar a forma de contagem do prazo decadencial, sendo aplicável o art. 150, § 4º, do CTN, devendo o prazo ser contado, em regra, a partir da ocorrência do fato gerador.

Exemplificando: digamos que um empregado ajuíze ação trabalhista contra o seu ex-empregador, alegando que recebia, durante o vínculo laboral, valor inferior ao piso salarial definido em convenção coletiva. Durante o trâmite do processo, a empregadora sofreu uma fiscalização da Receita Federal do Brasil em que foi constatado o fato narrado. O Auditor, valendo-se do art. 28 da Lei nº 8.212/91 apurou os créditos previdenciários com base no valor do piso salarial, desprezando o valor efetivamente pago. Vejamos a autorização normativa para este procedimento:

“Art. 28, § 3º, da Lei nº 8.212/91:

O limite mínimo do salário de contribuição corresponde ao piso salarial, legal ou normativo, da categoria ou, inexistindo este, ao salário mínimo, tomado no seu valor mensal, diário ou horário, conforme o ajustado e o tempo de trabalho efetivo durante o mês.”

Saliente-se que a definição da base de cálculo da contribuição previdenciária, por si só, já autoriza o Fisco a cobrar a contribuição previdenciária com base nas parcelas devidas, caso sejam diferentes das efetivamente pagas.

Lei nº 8.212/91, art. 28. Entende-se por salário de contribuição:

I – para o empregado e trabalhador avulso: a remuneração auferida em uma ou mais empresas, assim entendida a totalidade dos rendimentos *pagos, devidos ou creditados* a qualquer título, durante o mês, destinados a retribuir o trabalho, qualquer que seja a sua forma, inclusive as gorjetas, os ganhos habituais sob a forma de utilidades e os adiantamentos decorrentes de reajuste salarial,

DOCTRINA

quer pelos serviços efetivamente prestados, quer pelo tempo à disposição do empregador ou tomador de serviços nos termos da lei ou do contrato ou, ainda, de convenção ou acordo coletivo de trabalho ou sentença normativa.

A Procuradoria-Geral da União, muito embora venha defendendo sistematicamente que os juros devam ser executados a partir do fato gerador, de forma absolutamente incoerente, tem entendido que o prazo decadencial é iniciado a partir da fixação da data para liquidação do crédito.

Consideremos que o fato gerador da contribuição previdenciária é sempre a prestação do serviço, seja para o início da contagem decadencial, seja para a incidência dos juros moratórios.

Saliente-se, mais uma vez, que a contribuição previdenciária é um tributo lançado, em regra, por homologação, pois o contribuinte deve declarar os valores devidos ao Fisco, por meio do preenchimento da GFIP, ficando os valores lançados sujeitos à homologação por parte do órgão arrecadador (art. 150, § 4º, do CTN). Assim, em geral, o prazo decadencial para cobrança das contribuições previdenciárias nas ações trabalhistas deve ser contado a partir da ocorrência do fato gerador.

Não se pode, todavia, considerar que haja homologação tácita de lançamento de contribuição previdenciária quando os valores devidos sequer tenham sido declarados em GFIP. Constituindo tal declaração o próprio lançamento, se esta não for feita, tem-se que o crédito tributário não é lançado e, por consequência, não há que se falar em homologação tácita. Então, para as contribuições previdenciárias decorrentes de créditos trabalhistas que não foram declarados ao Fisco, não se pode cogitar do lançamento por homologação e da aplicação do prazo a partir do fato gerador.

Resta então considerar que, nessa situação, para a constituição do crédito tributário, deve ser utilizado o lançamento de ofício, vez que, como já explicitado, não houve lançamento por homologação e, conforme o art. 173, I, do CTN, o prazo decadencial de 5 anos deve ser contado a partir do primeiro dia do exercício seguinte ao qual o lançamento poderia ter sido efetuado. Isso ocorreria, por exemplo, nos casos em que o contribuinte não entrega o documento declaratório (GFIP), não havendo qualquer valor a ser homologado pelo Fisco.

Assim, o marco inicial da contagem do prazo decadencial nas ações trabalhistas, em regra, deve ser o fato gerador. Se, todavia, a matéria discutida na Justiça do Trabalho for decorrente de uma situação em que o tributo não se sujeitou à homologação pelo Fisco, devido à intenção deliberada por parte do contribuinte de tentar esconder da entidade fiscalizadora a ocorrência do fato

gerador, fato este que deve ser alegado e comprovado pela União, o marco inicial deve ser o primeiro dia do exercício seguinte à ocorrência do fato gerador (art. 173, I, do CTN).

Deve ser ressaltado, ainda, que o STJ tem sustentado que, mesmo na hipótese de o empregador não declarar a totalidade da contribuição previdenciária devida, poderia haver lançamento por homologação, se este tivesse agido de boa-fé. Assim, aplicando-se analogicamente o entendimento do STJ à Justiça do Trabalho, na situação em que o contribuinte, de boa-fé, declarou e pagou a contribuição previdenciária que entendia devida, relacionada à remuneração pelo trabalho de determinado empregado, e que, posteriormente, é surpreendido com uma demanda trabalhista em que se discutem fatos geradores não evidentes e que, obviamente, de acordo com o princípio da boa-fé objetiva, não se poderia exigir do contribuinte médio que se conhecesse antecipadamente aquela situação, o marco inicial para a contagem que deve ser utilizado é o fato gerador, pois teria havido homologação tácita do lançamento (art. 150, § 4º, do CTN).

Como exemplo dessa situação, poderíamos citar a discussão de horas extras que foram decididas com base em prova testemunhal ou a sentença que reconheceu valor devido, em decorrência de equiparação salarial, ou, ainda, a condenação em pagamento de parcelas devido à aplicação de convenção coletiva diversa da que o empregador entendia ser aplicável.

Entendemos, no entanto, que diferentemente do quanto sustentado pelo STJ, não existem erros escusáveis, não se podendo chancelar a atitude do empregador que deixa de conceder direitos trabalhistas ao trabalhador. Ademais, o entendimento da Corte Superior traz enorme insegurança jurídica, introduzindo critério extremamente subjetivo de análise do que seja erro escusável, ou não, do contribuinte. Dessa forma, acreditamos que o lançamento por homologação somente ocorre em relação aos valores efetivamente declarados em GFIP.

No processo trabalhista, todavia, na maioria das vezes não é possível identificar se o fato gerador foi ou não declarado previamente. Dessa forma, entendemos que o prazo de decadência deve ser contado a partir do fato gerador (ou seja, a prestação de serviço), pois no Direito Tributário, na dúvida, deve prevalecer a melhor interpretação para o contribuinte.

Outra questão bastante relevante quando falamos em decadência das contribuições previdenciárias executadas na Justiça do Trabalho é a relacionada ao marco final da contagem desse prazo.

Sabe-se que o objetivo da decadência é o de privilegiar a segurança jurídica, evitando-se que se imponham obrigações eternas a devedores que não

tiveram os seus débitos exigidos por longo período pelos respectivos credores. A partir do momento que o crédito passa a ser exigido, não há mais que se falar em decadência.

Há quem entenda que a contagem decadencial é encerrada com a sentença inicial de conhecimento. Outra corrente defende que o marco final do prazo é a decisão que homologa os cálculos da liquidação ou a sentença, quando esta for líquida.

Os que entendem que a decadência só deixa de ser contada a partir da decisão que homologa os cálculos da liquidação, se baseiam no fato de que o lançamento, de acordo com o art. 142 do CTN, é o ato em que a autoridade administrativa constitui o crédito tributário mediante o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente determinar a matéria tributável, *calcular o montante do tributo devido*, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Como, para que o lançamento seja efetuado pela autoridade administrativa, é exigido o cálculo do montante devido, analogicamente, os seguidores dessa corrente argumentam que o momento em que o montante do tributo devido é conhecido, é na decisão que homologa os cálculos.

Apesar de reconhecermos como bastante coerente essa construção analógica, não entendemos que ela reflita o melhor posicionamento sobre a matéria.

Afirmamos isso devido ao fato de que a Constituição Federal atribuiu competência aos Juízes do Trabalho para executarem de ofício as contribuições previdenciárias decorrentes das sentenças que proferirem. Assim, uma vez proferida a sentença de conhecimento em primeiro grau, é atraída a competência relativa à execução das contribuições, que serão apuradas em momento posterior.

Adotando-se esse raciocínio, podemos facilmente concluir que, uma vez prolatada a sentença de primeira instância, o Fisco deixa de ter o direito de constituir os créditos previdenciários decorrentes daquela decisão, já que teria havido uma “prevenção” do juízo, relativa à matéria da execução das contribuições.

Ora, se a autoridade fiscal não pode mais efetuar a cobrança das contribuições previdenciárias, a partir da sentença de primeira instância, como poderíamos imaginar que a decadência continua a correr até a decisão que homologa os cálculos?

Observe-se que, se o marco final fosse a decisão que homologa os cálculos, entre a sentença de primeira instância e tal decisão, haveria um vácuo em

que o crédito não poderia ser exigido pelo Fisco e também ainda não estaria apto a ser exigido pela Justiça do Trabalho. Esse raciocínio é falho, não podendo a decadência continuar correndo, sem que o credor tenha mais o direito de exigir o seu crédito.

Dessa forma, torna-se evidente que o marco final da decadência é a data de publicação da sentença de conhecimento de primeira instância. Para reforçar ainda mais essa tese, lembramos que o art. 173, parágrafo único, do CTN dispõe que a decadência é extinta por qualquer ato preparatório indispensável ao lançamento. Assim, a sentença de conhecimento não líquida pode ser equiparada a um ato preparatório para a cobrança da contribuição devida.

Em síntese: entendemos que no processo trabalhista o juiz só deve executar as contribuições previdenciárias devidas nos 5 anos anteriores da data da publicação da sentença de primeira instância. Os fatos geradores anteriores a este período estão decaídos.

5 – EXECUÇÃO DAS CONTRIBUIÇÕES DE TERCEIROS

A Constituição Federal, no seu art. 240, dispõe que é possível instituir a cobrança de contribuições compulsórias dos empregadores sobre a folha de salários, destinada às entidades privadas de serviço social e de formação profissional vinculada ao sistema sindical.

Já o art. 212, § 5º, da Constituição menciona a contribuição social do salário-educação como fonte de financiamento adicional para o ensino fundamental público.

Todas essas contribuições são chamadas de contribuições para outras entidades e fundos, conhecidas também como contribuições para terceiros.

A contribuição para “terceiros” é incidente sobre as remunerações pagas ou creditadas aos empregados e segurados avulsos que prestem serviços à empresa. Estas entidades, entre outras, são:

- FNDE – Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (salário-educação);
- INCRA – Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária;
- SESI – Serviço Social da Indústria;
- SENAC – Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial;
- SESC – Serviço Social do Comércio;

DOCTRINA

- SEBRAE – Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas;
- SENAT – Serviço Nacional de Aprendizagem do Transporte;
- SEST – Serviço Social do Transporte;
- SESCOOP – Serviço Social das Cooperativas;
- SENAR – Serviço Nacional de Aprendizagem Rural;
- DPC – Diretoria de Portos e Costas;
- Fundo Aeroviário.

Como a maioria dessas entidades inicia as suas siglas com a letra “S”, é bastante comum chamar-se popularmente essas instituições de Sistema “S”.

Atente-se para o fato de que estas contribuições não são receitas da Seguridade Social e, muito menos, da Previdência Social. Ocorre que, como é utilizada a mesma base de cálculo das contribuições destinadas à Previdência Social, a SRFB recebeu a missão legal de arrecadar, fiscalizar e cobrar essas contribuições, repassando-as, posteriormente, para cada entidade (art. 3º da Lei nº 11.457/07).

Por esse serviço, a Previdência Social é remunerada com o percentual de 3,5% do montante arrecadado, exceto sobre o salário-educação (FNDE), cujo percentual destinado à previdência é de 1%. Essa remuneração será creditada ao Fundo Especial de Desenvolvimento e Aperfeiçoamento das Atividades de Fiscalização – Fundaf, instituído pelo Decreto-Lei nº 1.437, de 17.12.75 (art. 3º, § 4º, da Lei nº 11.457/07).

Obviamente, as empresas não são obrigadas a recolher contribuições para todas as entidades e fundos mencionados. Elas devem efetuar recolhimentos para os “terceiros”, a depender de suas atividades. Essa relação é definida no Anexo XIX da IN SRP nº 003/05 – Tabela de Códigos FPAS (Fundo de Previdência e Assistência Social), que lista todas as atividades possíveis e o respectivo código do FPAS.

Com esse código, a empresa pode saber quais são as entidades para as quais deve efetuar recolhimento de contribuições. A listagem que relaciona o código FPAS com as entidades e respectivas alíquotas pode ser encontrada no Anexo II da IN SRP nº 003/05.

As empresas de telecomunicação, por exemplo, são enquadradas no código FPAS 507, devendo, assim, contribuir com as seguintes entidades: 2,5%

DOUTRINA

para o salário-educação, 0,2% para o INCRA, 0,6% para o SEBRAE, 2,5% para o SESCOOP, totalizando 5,8%.

Do ponto de vista processual trabalhista, há grande polêmica a respeito da competência da Justiça do Trabalho para executar, de ofício, as contribuições destinadas aos terceiros.

Para elucidarmos essa polêmica, não podemos perder de vista o texto constitucional, que instituiu a obrigatoriedade executiva. Vejamos:

“Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:

VIII – a execução, de ofício, das contribuições sociais *previstas no art. 195, I, a, e II*, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir.”

Dessa forma, a competência executiva da Justiça do Trabalho restringe-se às contribuições sociais previstas no art. 195, I, *a*, e II, da Constituição Federal. Com a finalidade de facilitar o entendimento, seguem os citados dispositivos:

“Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

I – do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre:

a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício;

II – do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201.”

A simples análise do texto constitucional demonstra não ser possível a execução das contribuições destinadas aos terceiros, de ofício, pela Justiça Laboral.

Há na doutrina, no entanto, quem defenda que, em nome dos princípios da economicidade e da eficiência, as contribuições para terceiros devem ser, também, executadas na Justiça do Trabalho⁸.

8 CRUZ, Célio Rodrigues da. Execução das contribuições previdenciárias na justiça do trabalho. In: CHAVES, Luciano Athayde; STERN, Maria de Fátima Coêlho Borges; NOGUEIRA, Fabrício Nicolau dos Santos (Org.). *Ampliação da competência da justiça do trabalho*. São Paulo: LTr, 2009. p. 90.

DOCTRINA

Na mesma linha, alguns juízes costumam incluir, na execução, as contribuições destinadas a terceiros, por acreditarem que é muito simples executar também tais tributos, vez que possuem a mesma base de cálculo da contribuição previdenciária.

Acreditamos que tal entendimento não é respaldado pelo Direito, inclusive em seu aspecto filosófico. Tal raciocínio é construído sobre uma base fática, porém antijurídica.

De fato, é inconteste que seria muito fácil executar as contribuições de terceiros na Justiça do Trabalho, mas este não foi o desejo do constituinte derivado. Também seria muito fácil para a Justiça do Trabalho executar, de ofício, o imposto de renda incidente sobre os créditos liquidados na Justiça do Trabalho, mas esta também não foi a vontade do constituinte.

Se a distribuição de competência do Estado, tema tipicamente regulamentado pelas constituições de todos os Estados Democráticos, pudesse ser alterada pelo juiz, utilizando-se do critério da “facilidade procedimental”, não precisaríamos mais do Poder Legislativo. Se assim fosse, todas as incorreções do sistema constitucional em matéria de distribuição de competência seriam “corrigidas”, no caso concreto, pelos magistrados. Poderia, por exemplo, o magistrado federal julgar as ações contra a Autarquia Previdenciária decorrentes de acidentes de trabalho, competência esta distribuída, estranhamente, pela Constituição à Justiça Estadual.

Entendemos que decisões fundamentadas nesse critério causam insegurança jurídica, pois desrespeitam a vontade popular, traduzida no Poder Constituinte.

Recentemente, esta discussão foi revigorada pela edição da Lei nº 11.457/07, que alterou o art. 876 da CLT, que trata da execução das contribuições previdenciárias. É que antes da citada lei, a CLT utilizava, em seu art. 876, parágrafo único, ao se referir à execução na Justiça do Trabalho, a expressão “créditos previdenciários”, e, após a Lei nº 11.457/07, passou a utilizar a expressão “contribuições sociais”. Vejamos:

Redação anterior à Lei nº 11.457:

“Art. 876, CLT:

Parágrafo único. Serão executados *ex officio* os *créditos previdenciários* devidos em decorrência de decisão proferida pelos Juízes e Tribunais do Trabalho, resultantes de condenação ou homologação de acordo.” (Incluído pela Lei nº 10.035, de 25.10.00)

Redação posterior à Lei nº 11.457:

“Art. 876, CLT:

Parágrafo único. Serão executadas *ex officio* as contribuições sociais devidas em decorrência de decisão proferida pelos Juízes e Tribunais do Trabalho, resultantes de condenação ou homologação de acordo, inclusive sobre os salários pagos durante o período contratual reconhecido.”

Alguns juízes passaram a entender que com a alteração legislativa tornou-se possível a execução das contribuições destinadas aos terceiros. Entendemos, todavia, que a lei não pode alterar matéria de competência reservada à Carta Magna, devendo a interpretação do novo dispositivo ser efetuada conforme a Constituição. Assim, mesmo com o novo dispositivo, só há autorização para a execução das contribuições sociais previstas no art. 195, I, *a*, e II, da Constituição Federal.

O nosso pensamento é respaldado por farta jurisprudência do TST, conforme exemplificado abaixo:

“Ementa: RECURSO DE REVISTA. FASE DE EXECUÇÃO. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. EXECUÇÃO DE CONTRIBUIÇÕES DEVIDAS A TERCEIROS. I – O art. 114, VIII, da Constituição Federal fixou a competência da Justiça do Trabalho para executar de ofício as contribuições sociais previstas no art. 195, I, *a*, e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir. Tais dispositivos limitam a competência da Justiça do Trabalho para a execução das quotas das contribuições previdenciárias devidas pelo empregador e pelo empregado, o que exclui as contribuições devidas a terceiros. II – Tanto o é que o art. 240 da Constituição dispõe que – Ficam ressalvadas do disposto no art. 195 as atuais contribuições compulsórias dos empregadores sobre a folha de salários destinadas às entidades privadas de serviço social e de formação profissional vinculadas ao sistema sindical. III – Vale dizer ter o Texto Constitucional ressalvado, expressamente, do disposto no art. 195 da Constituição as contribuições a terceiros, a saber, as destinadas às entidades privadas de serviço social e de formação profissional, excluindo-as da competência do Judiciário Trabalhista. Nesse sentido precedentes desta Corte. IV – Recurso não conhecido.” (Processo: RR – 808/2006-001-21-00.2 Data de Julgamento: 27.05.09, Relator Ministro: Antônio José de Barros Levenhagen, 4ª Turma, Data de Divulgação: DEJT 05.06.09)

DOCTRINA

Como já mencionado anteriormente, as contribuições destinadas a terceiros não estão previstas no art. 195 da Constituição, não cabendo, então, a execução de ofício. Nada impede, no entanto, que tais créditos sejam liquidados voluntariamente pelo devedor, juntamente com as contribuições previdenciárias devidas, a teor do art. 878-A da CLT, vez que as contribuições para terceiros são pagas na mesma guia (GPS) dos créditos previdenciários.

“Art. 878-A da CLT – Faculta-se ao devedor o pagamento imediato da parte que entender devida à Previdência Social, sem prejuízo da cobrança de eventuais diferenças encontradas na execução *ex officio*.” (Incluído pela Lei nº 10.035, de 25.10.00)

6 – EXECUÇÃO DAS CONTRIBUIÇÕES DOS SEGURADOS

O art. 195 da Constituição cria, no seu inciso II, a contribuição social do trabalhador destinada à previdência social (vide art. 167, XI, da CF/88).

A necessidade de execução das contribuições dos segurados não é alvo de discussões. Existe, todavia, posições antagônicas quando a questão se refere à responsabilidade pelo custeio desse tributo.

Para alguns, o custo da contribuição previdenciária do segurado deve ser arcado pela empresa. Argumentam estes que, como a empresa é responsável pela retenção e recolhimento das contribuições previdenciárias dos segurados, não tendo cumprido tal obrigação em época própria, torna-se responsável pessoal pela quantia que deixou de descontar.

Quem defende essa primeira corrente agarra-se ao texto do art. 33, § 5º, da Lei nº 8.212/91, que segue:

“Art. 33. Ao Instituto Nacional do Seguro Social – INSS compete arrecadar, fiscalizar, lançar e normatizar o recolhimento das contribuições sociais previstas nas alíneas *a*, *b* e *c* do parágrafo único do art. 11, bem como as contribuições incidentes a título de substituição; e à Secretaria da Receita Federal – SRF compete arrecadar, fiscalizar, lançar e normatizar o recolhimento das contribuições sociais previstas nas alíneas *d* e *e* do parágrafo único do art. 11, cabendo a ambos os órgãos, na esfera de sua competência, promover a respectiva cobrança e aplicar as sanções previstas legalmente.

(...)

§ 5º O desconto de contribuição e de consignação legalmente autorizadas sempre se presume feito oportuna e regularmente pela em-

presa a isso obrigada, não lhe sendo lícito alegar omissão para se eximir do recolhimento, ficando diretamente responsável pela importância que deixou de receber ou arrecadou em desacordo com o disposto nesta Lei.”

Observe-se, primeiramente, que por força do art. 2º da Lei nº 11.457/07, que unificou a Receita Federal e a Previdenciária, a competência para arrecadar, fiscalizar, lançar e normatizar o recolhimento das contribuições sociais foi transferida para a Secretaria da Receita Federal do Brasil, órgão criado pela citada Lei.

Seguindo, então, esse dispositivo legal, têm decidido alguns juízes trabalhistas que o custo da execução das contribuições previdenciárias dos segurados deve ser arcado pela empresa, que ficou diretamente responsável pelo recolhimento.

Entendemos, contudo, que as contribuições previdenciárias dos segurados devem ser arcadas por eles próprios, não sendo razoável, em sede de execução, que esse custo seja repassado à empresa.

Saliente-se que o dispositivo do § 5º do art. 33 da Lei nº 8.212/91 deve ser interpretado tendo em vista o *caput* do dispositivo, não se podendo olvidar que esta regra se refere apenas à competência do Fisco para arrecadar e lançar as contribuições previdenciárias.

Consideramos esse dispositivo essencial à atividade da fiscalização previdenciária. Sem ele, seria impossível promover o levantamento dos créditos previdenciários dos trabalhadores, pois o Fisco teria de cobrar as contribuições que deixaram de ser retidas pelas empresas de cada um dos segurados. Assim, possuindo a empresa 20.000 empregados, o Fisco teria que lavrar 20.000 autos de infração para cobrança de contribuições previdenciárias que deixaram de ser recolhidas pela empresa. Aplicando-se esse dispositivo, a Receita lavra apenas um auto, em nome da empresa responsabilizada pessoalmente pelo débito.

No âmbito da execução das contribuições previdenciárias na Justiça Laboral, não vemos qualquer sentido na aplicação desse dispositivo, pois a apuração do quanto devido por cada uma das partes pode ser feita, sem qualquer dificuldade.

Ressalte-se que, se a empresa tivesse pago ao trabalhador, em época própria, as parcelas posteriormente reclamadas, teria ela efetuado a devida retenção. Entendemos, então, que o repasse do custo da contribuição do segurado para a empresa gera enriquecimento ilícito do trabalhador.

DOCTRINA

Observe-se que, na fase de conhecimento, em sua inicial, o empregado pode demandar que a quantia da contribuição previdenciária, incidente sobre parcelas pagas, que a empresa deixou de descontar, seja incorporada a sua remuneração e ao seu contrato de trabalho. Entendemos que esse pedido deva ser deferido, pois o trabalhador incorporou ao contrato de trabalho o direito de não sofrer retenção de contribuição previdenciária sobre as parcelas que a empresa, por liberalidade, deixou de reter.

Outro argumento utilizado pelos reclamantes para tentar repassar os custos previdenciários dos segurados para o tomador dos serviços é o de que a ausência de recolhimento em época própria ocasionaria prejuízo para o trabalhador, vez que o valor executado é corrigido pela Selic.

Note-se, todavia, que a finalidade da atualização é a de recompor o valor histórico do débito. A taxa Selic, por ser uma taxa de juros simples – não incorrendo o fenômeno da capitalização (juros sobre juros) –, traz uma curiosa consequência: a longo prazo ela se torna uma taxa menor que as taxas capitalizáveis. Ademais, com as constantes baixas da taxa referencial de juros ocorrida nos últimos meses, a Selic está cada vez mais vantajosa em relação às demais taxas de juros.

Partindo da premissa de que nem sempre a Selic se torna mais onerosa que a atualização do próprio crédito recebido pelo segurado, e que os possíveis prejuízos sofridos pelo trabalhador podem ser alvo de pedido de indenização específica com esta causa de pedir, não vemos qualquer razão para que o empregador fique onerado com o pagamento integral das contribuições que cabem aos trabalhadores. O que deve ser deferido é o eventual prejuízo causado ao empregado pela utilização da taxa Selic, se restar de fato comprovado nos autos.

Não conseguimos enxergar razoabilidade no entendimento de que o empregador deve pagar ao empregado o crédito corrigido e, ainda, as suas contribuições previdenciárias atualizadas. Note-se que o recebimento de um crédito atualizado deve impor, também, o pagamento do débito corrigido.

7 – CONCLUSÃO

Mesmo após 14 anos da publicação da Emenda Constitucional nº 20/98, que trouxe a sistemática da execução de ofício das contribuições previdenciárias na Justiça do Trabalho, as questões polêmicas ainda estão distantes de serem pacificadas.

DOUTRINA

Certamente, o tempo fará com que algumas das questões aqui discutidas sejam apaziguadas e outras novas venham a surgir, pois o Direito só é capaz de evoluir a partir do intenso debate.

8 – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CRUZ, Célio Rodrigues da. Execução das contribuições previdenciárias na justiça do trabalho. In: CHAVES, Luciano Athayde; STERN, Maria de Fátima Coêlho Borges; NOGUEIRA, Fabrício Nicolau dos Santos (Org.). *Ampliação da competência da justiça do trabalho*. São Paulo: LTr, 2009.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de direito previdenciário*. 11. ed. rev. e atual. São José: Conceito, 2009.

CRUZ, Braulindo Costa da. *Manual de contabilidade*. Salvador: Juspodivm, 2009.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de direito previdenciário*. 15. ed. rev., ampl. e atual. Niterói: Impetus, 2010.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Manual de direito previdenciário*. Tomo II – Previdência Social. 2. ed. São Paulo: LTr, 2003.

NOGUEIRA, Fabrício Nicolau dos Santos (Org.). *Ampliação da competência da justiça do trabalho*. São Paulo: LTr, 2009.

A SUBMISSÃO DOS TRABALHADORES AOS PODERES EMPRESARIAIS E OS CONFLITOS DE INTERESSES

Lorena Vasconcelos Porto*

1 – CONSIDERAÇÕES INICIAIS

No final do século XIX e início do século XX, quando o Direito do Trabalho se afirmava como ramo jurídico autônomo, havia uma discussão nos países europeus acerca do critério a ser utilizado para caracterizar o contrato de trabalho, alvo da proteção conferida pela nascente disciplina. O debate se travava, principalmente, em torno de dois critérios: a dependência econômica e a subordinação jurídica. Essa última, defendida, entre outros, por Ludovico Barassi, acabou prevalecendo na doutrina, na jurisprudência e nas legislações europeias. Para Barassi, a subordinação é o traço identificador do contrato de trabalho, sendo correlata ao poder diretivo do empregador¹.

Costuma-se dizer que a subordinação é a contraface do poder empresarial. São os dois lados da mesma moeda: da parte do patrão, o poder empregatício, e da parte do empregado, a subordinação².

No início do século XX, a relação de emprego mais comum e predominante era a relação do operário da indústria. Nesse contexto, prevalecia o que podemos chamar de poder empregatício clássico ou tradicional, o qual determinava em detalhes, por meio de ordens constantes, o conteúdo da prestação laborativa. Esta, em regra, era muito simples, resumindo-se à mera repetição de tarefas elementares e singelas pelo trabalhador, que não gozava de autonomia técnica e funcional, pois se limitava a executar as ordens ditas pelo patrão.

* *Procuradora do Trabalho; doutora em Autonomia Individual e Autonomia Coletiva pela Universidade de Roma II; mestre em Direito do Trabalho pela PUC Minas; especialista em Direito do Trabalho e Previdência Social pela Universidade de Roma II; Bacharel em Direito pela UFMG.*

1 BARASSI, Ludovico. *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*. Milano: Libreria, 1901.

2 A expressão “poder empregatício” é utilizada para designar as diversas faces ou dimensões do poder empresarial: diretivo (organizativo), regulamentar, fiscalizatório e disciplinar. In: DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012. p. 658.

Ademais, exigiam-se o cumprimento de um horário de trabalho rígido e pré-estabelecido e a presença física do trabalhador na fábrica, que concentrava toda a estrutura produtiva, pertencente ao patrão. Havia também uma vigilância e controle intensos e constantes dos obreiros, além da utilização recorrente do poder disciplinar, de forma invariavelmente abusiva. A remuneração, em regra, era calculada por unidade de tempo.

Esse poder empregatício clássico começou a se modificar, em suas feições, em seu modo concreto de exercício, em relação a determinadas figuras de trabalhadores diversas do clássico operário da indústria, as quais se tornavam cada vez mais comuns no mundo do trabalho. Trata-se, sobretudo, dos trabalhadores em domicílio, dos altos empregados e dos trabalhadores intelectuais.

Com efeito, os trabalhadores em domicílio prestam os seus serviços fora da fábrica, invariavelmente em suas próprias residências, não estando submetidos a ordens, controle e vigilância constantes, nem a um horário de trabalho rígido e pré-estabelecido. Em razão disso, a sua remuneração, em regra, é calculada por unidade de obra.

Os trabalhadores intelectuais, por sua vez, são contratados exatamente em virtude de seus conhecimentos especializados, gozando, assim, de autonomia técnica e funcional no exercício de sua prestação laborativa. Ademais, como o que interessa é o resultado do seu trabalho, possuem maior flexibilidade espaço-temporal na execução de suas atividades.

Os altos empregados, ocupantes de cargos de gerência e direção, são, em verdade, o próprio “alter ego” do empregador, incorporando o poder empresarial frente aos demais trabalhadores. Por tal motivo, também gozam de autonomia funcional, além da referida flexibilidade em sua prestação laborativa.

Para se reconhecer a presença da subordinação, e assim propiciar que esses trabalhadores fossem abrangidos pelo manto protetivo do Direito do Trabalho, foi desenvolvida a ideia da potencialidade do poder empregatício.

O poder, por definição, pode ser atual ou potencial: “quando no exercício do Poder, a capacidade de determinar o comportamento dos outros é posta em ato, o Poder se transforma, passando da simples possibilidade à ação. Assim, podemos distinguir entre o Poder como simples possibilidade (Poder potencial) e o Poder efetivamente exercido (Poder em ato ou atual)”³.

3 BOBBIO, Norberto, METTEUCCI, Nicola, PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 5. ed. São Paulo: Editora UnB, 2004. p. 934.

O poder potencial é, assim, a capacidade de determinar o comportamento dos outros: “um chefe militar *exerce* Poder sobre seus soldados quando ordena o ataque e seus soldados executam a ordem. E *tem* Poder sobre eles se é provável que os soldados atacariam se o comandante ordenasse”⁴.

Nesse sentido, pode-se afirmar que existe o poder diretivo – e, por conseguinte, a subordinação –, em uma determinada relação de trabalho, não apenas quando o empregador dirige de fato a prestação de serviços, dando ordens, mas também quando, mesmo não o fazendo, detém em suas mãos a possibilidade de fazê-lo. O mesmo pode-se dizer em relação ao poder disciplinar: o empregador o detém não apenas quando o exerce concretamente, mas também quando subsiste a possibilidade do seu exercício.

2 – CONCEITO DE PODER

A presença da garantia formal da liberdade e da vontade na relação de emprego afasta a possibilidade do uso da coação pelo empregador, ao contrário do que ocorria na escravidão e na servidão. A sujeição é, assim, substituída pela subordinação, de modo que o poder, ao menos teoricamente, incide sobre a prestação de serviços, e não sobre a pessoa do empregado.

O poder, em seu significado mais geral, é a capacidade ou a possibilidade de agir, de produzir efeitos. Pode se referir a indivíduos, grupos humanos ou fenômenos naturais. Restringindo ao sentido social, poder é a capacidade do homem em determinar o comportamento do homem. O homem é, portanto, sujeito e objeto do poder⁵.

Não existe relação social na qual não esteja presente, de alguma forma, o poder⁶. Ao longo de toda a história sempre houve relações de poder nas sociedades humanas, tendo se modificado apenas as formas do seu exercício, chamadas por Michel Foucault de “tecnologias do poder”⁷.

Pode-se dizer que um indivíduo exerce poder quando provoca *intencionalmente* o comportamento de outro, o qual é dotado, no mínimo, de volun-

4 BOBBIO, Norberto, METTEUCCI, Nicola, PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. p. 936-937.

5 BOBBIO, Norberto, METTEUCCI, Nicola, PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. p. 933.

6 Para a Ciência Política, é hegemônico o entendimento de que existem centros de poder na sociedade civil, ao lado do centro principal consubstanciado no Estado (DELGADO, Mauricio Godinho. *O poder empregatício*. São Paulo: LTr, 1996. p. 174). Michel Foucault, em sua excelente obra, demonstra que as relações de poder se difundem por todo o tecido social, estando presentes na família, na escola, no trabalho, nos quartéis, nos hospitais, etc. (FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Petrópolis: Vozes, 1997. p. 191).

7 FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. p. 189.

tariiedade. O fato de ser voluntário não implica que seja livre. É o que ocorre, invariavelmente, no sistema capitalista: há voluntariedade na celebração e na execução do contrato de trabalho, mas por vezes não há real liberdade, já que o trabalho é condição imprescindível para a própria sobrevivência.

Muitas relações de poder são assimétricas ou unidirecionais, pois o comportamento de uma das partes é a causa do comportamento da outra, mas a recíproca não é verdadeira. No caso da relação de emprego, essa reciprocidade somente é possível, em regra, se o trabalhador estiver fortalecido pela atuação do sindicato. De fato, os empregados apenas exercem poder caso se organizem – à semelhança do empregador – como um ser coletivo. Por isso se diz que o poder sindical é o único apto a contrabalançar a posição de desigualdade do trabalhador em relação ao empresário.

O poder pode ser exercido de várias maneiras: da persuasão à manipulação, da promessa de uma recompensa à ameaça de uma punição. Uma das formas é a coerção (ou coação), que pode ser definida como um alto grau de constrangimento ou ameaça de privações⁸.

No âmbito da relação de emprego, essa coerção é intrínseca, pois, sendo privado dos meios de produção, não resta ao trabalhador outra alternativa senão vender a sua força de trabalho para a sua sobrevivência e a de sua família. Todavia, determinados fatores como a falta de proteção contra a dispensa imotivada, o desemprego, a desregulamentação do Direito do Trabalho e a consequente redução de tutelas, o trabalho informal, a reestruturação produtiva e determinadas inovações tecnológicas aumentam essa coerção, sem a necessidade de o patrão exercer diretamente o poder diretivo.

O resultado é que o poder empregatício se torna mais forte, pois os custos suportados pelo patrão para exercê-lo são cada vez menores e aqueles suportados pelo trabalhador para recusar a obediência são cada vez maiores.

O problema da *confitualidade* do poder está ligado, em grande medida, à forma como ele é exercido; basta comparar a persuasão com a ameaça de punição. Toda forma de poder é, normalmente, expressão de uma desigualdade de recursos e, quanto mais esta é sentida pelo sujeito passivo como um peso oneroso, uma vergonha infamante, maior é o antagonismo e a conflituosidade

8 “No conceito de coerção pode incluir-se também um alto grau de aliciamento (promessa de vantagem). Neste sentido sofre coerção, por exemplo, o indivíduo que, para sair de um estado de extrema indigência, aceita fazer um trabalho perigoso ou degradante” (BOBBIO, Norberto, METTEUCCI, Nicola, PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. p. 938-939). Cumpre destacar que “coerção” e “coação” não são conceitos sinônimos, consistindo em formas distintas de exercício do poder: enquanto a primeira é legitimada pelo Direito, a segunda se concretiza fora dos parâmetros legais, sendo, portanto, ilícita.

DOCTRINA

entre as partes⁹. Daí o caráter dual do Direito do Trabalho – progressista e conservador ao mesmo tempo –, pois, ao propiciar a melhoria das condições socioeconômicas dos trabalhadores, reduziu o antagonismo e a conflituosidade, assegurando a manutenção do sistema capitalista.

O poder é mais forte quando menos visível, pois o sujeito passivo acredita que o seu comportamento é fruto de sua própria vontade, sendo assim, menor a conflituosidade.

Do mesmo modo, o poder também é mais intenso quanto maior é a modificação que causa no comportamento do sujeito passivo. É o que ocorre na relação de emprego, na qual o homem age, muitas vezes, contra a sua natureza: jornadas laborativas longuíssimas e extenuantes, um ritmo de trabalho exaustivo e estressante, que por vezes comprometem a sua saúde. Como observa Márcio Túlio Viana, na Idade Média o servo seguia o ritmo da natureza, laborando de forma menos intensa e enquanto houvesse a luz do dia¹⁰.

3 – AS METAMORFOSES DO PODER

Feitas essas considerações sobre o poder, voltemos à época da Revolução Industrial. Antes dela, tínhamos o homem medieval, acostumado ao ritmo de vida e de trabalho próximos aos ritmos da própria natureza. Era necessário transformar esse homem no operário, ferramenta e engrenagem do processo produtivo capitalista.

Mas como transformar o homem medieval (servo, camponês, artesão) no operário? Como fazer com que ele deixasse o ritmo da natureza e adotasse o ritmo da fábrica, das máquinas: produção em série, divisão extrema do trabalho, jornadas exaustivas, rigidez de horários, cumprimento de ordens, vigilância constante, locais fechados onde nem sequer se via a luz do dia e se sabia se era dia ou noite?

Ao mesmo tempo, com a explosão demográfica e o cercamento dos campos ocorridos na época, houve um aumento exponencial da população nas cidades. Era necessário controlar essa massa populacional, para evitar conflitos sociais.

Para atender a esses dois objetivos, foi desenvolvida uma nova tecnologia do poder: a disciplina. Foucault a define como uma modalidade de exercício do

9 BOBBIO, Norberto, METTEUCCI, Nicola, PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. p. 939.

10 VIANA, Márcio Túlio. *Aulas do mestrado na PUC Minas*. Belo Horizonte, 2006.

DOUTRINA

poder instituída a partir da ascensão política da burguesia (Revoluções Liberais) e da consolidação do capitalismo (Revolução Industrial)¹¹.

A sua principal estratégia é obrigar o indivíduo a adotar determinadas condutas reiteradamente, as quais, com o passar do tempo, tornam-se verdadeiros hábitos. Passam a ser realizadas voluntariamente pelas pessoas, que as enxergam como necessárias: tornam-se submissas sem perceber que o são.

O objetivo é duplo: aumentar a capacidade produtiva e a obediência (submissão), transformando o homem medieval em um operário produtivo (internamente, na fábrica) e um cidadão dócil (externamente, na sociedade civil). Não por acaso os industriais recorriam tão frequentemente à mão de obra de mulheres e crianças, chamadas de “meias forças dóceis”: além de aceitarem salários mais baixos, ofereciam menor resistência à exploração ilimitada.

A própria máquina e a linha de produção em série auxiliavam nesse processo, pois o trabalhador tinha que seguir os seus ritmos e movimentos, como se o padrão estivesse dentro dela, comandando¹². Basta lembrar o filme “Tempos Modernos” e a clássica cena em que Carlitos é “engolido” pela máquina.

O objetivo da disciplina era, portanto, alcançar o controle e a utilidade. A dominação direta, escancarada, pela violência, não cumpria esse objetivo. A disciplina visava ao trabalho dos corpos (físico e mente), tornando-os úteis (produtivos) e submissos (dóceis, alienados). Não se admite a diversidade humana, impondo-se um padrão de comportamento aos trabalhadores, todos empregados e operários, à semelhança da produção, também em massa e padronizada.

Hoje, ao contrário, a diversidade humana é explorada estrategicamente pelo empresário. Estimulam-se a criatividade, o talento, a figura do trabalhador flexível e multifuncional, as diferentes formas de trabalho e de conexão ao processo produtivo, também flexíveis, visando, sempre, ao lucro. Em relação à violência, à força física, à coação, características da escravidão e da servidão, a disciplina é uma forma de exercício de poder mais sutil, mais eficiente, menos visível, mais aceita socialmente (mais legitimada).

O taylorismo, na verdade, foi a aplicação dos métodos disciplinares às fábricas, pois se preocupava com o estudo detalhado e a dissecação de cada função laborativa, com a economia e eficácia dos movimentos, com o controle minucioso das operações do corpo, com a localização funcional dos indivíduos no espaço. O objetivo era aumentar a habilidade, a utilidade e a produtividade

11 FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. p. 189.

12 VIANA, Márcio Túlio. Poder diretivo e sindicato: entre a opressão e a resistência. *Caderno Jurídico*, Brasília, Escola Judicial do TRT da 10ª Região, ano IV, n. 6, nov./dez. 2005, p. 42.

dos trabalhadores, mas, ao mesmo tempo, aprofundava a sua sujeição, o que, segundo Foucault, caracteriza as técnicas disciplinares.

Também as punições eram usadas estrategicamente como forma de dominação. Um exemplo é a multa, prática generalizada nas fábricas no século XIX. À primeira vista parece uma sanção humanizadora, se comparada aos castigos corporais do escravo. Mas, na verdade, significava também um castigo físico – a fome – para o operário e sua família, além de propiciar a submissão pela infantilização, dando aos homens e mulheres a sensação de serem tratados como crianças¹³.

No pós II Guerra Mundial e, sobretudo, a partir do final da década de 1970, ocorreram grandes transformações socioeconômicas, como as inovações e os avanços tecnológicos (telecomunicações, robótica, microeletrônica, microinformática), conhecidos como 3ª Revolução Industrial, a reestruturação empresarial (a tendência de a grande empresa se fragmentar em unidades menores, para as quais transfere parcelas do seu ciclo produtivo), o aumento da concorrência, inclusive no plano internacional, e a globalização econômica e cultural.

Ao mesmo tempo, em virtude da crise econômica que marcou esse período, ocorreu a crise do Estado de Bem-Estar Social e a ascensão do ultraliberalismo, o qual defende a ideia do Estado mínimo, que não deve intervir nas relações contratuais privadas e, nesse sentido, a desregulamentação do Direito do Trabalho.

O poder social, como ensina Bobbio, apresenta três dimensões principais: econômica, política e ideológica¹⁴. Desse modo, essas transformações econômicas, sociais, políticas e ideológicas geraram modificações importantes na forma de exercício do poder, ou, como prefere Foucault, na tecnologia do poder.

A introdução de novas tecnologias no processo produtivo, sobretudo relativas às telecomunicações e à informática, permite que o trabalhador preste serviços em local diverso do estabelecimento empresarial. Os diversos aspectos da prestação laborativa (tempo, modo, lugar) tornam-se mais flexíveis, sem que isso prejudique a direção e o controle pelo empregador, os quais, por vezes, tornam-se mais intensos e eficientes, embora menos visíveis.

A oposição, antes tão clara, entre o empregado e o trabalhador autônomo torna-se mais fluida. A exigência de maior qualidade e diversidade nos produtos

13 LE GOFF, Jacques. *Du silence à la parole*. Droit du travail, société, état (1830-1985). Quimper: Calligrammes, 1985. p. 36-37.

14 BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987. p. 82-84.

e serviços, para atender a um mercado consumidor cada vez mais exigente e competitivo, torna necessário conceder certa autonomia funcional ao empregado, bem como elevar a sua qualificação. Os novos modelos de organização do trabalho apostam no homem, em sua criatividade, talento e competência pessoal, como fator de produtividade.

Nesse contexto, tornava-se necessário mudar a forma de exercício do poder, pois o objeto do contrato de trabalho passou a ser, precipuamente, uma obrigação de *resultado*, e não mais uma mera obrigação de meio. Nesse sentido, modificou-se a própria forma de cálculo da remuneração: não mais por unidade de tempo, mas por unidade de obra, como mecanismo de se incentivar a produção, o resultado.

A sujeição não desaparece, mas é interiorizada pelo trabalhador. A ordem patronal passou a ser: “obedeça-me, seja autônomo!”¹⁵.

É claro que essas novas formas de organização produtiva e de gestão do trabalho não foram generalizadas e universalizadas, tendo atingido de maneira mais significativa os países desenvolvidos e os setores industriais tradicionais, como o automobilístico. Nos países em desenvolvimento, bem como nos novos segmentos industriais (como aqueles ligados à informática, sobretudo à fabricação dos componentes físicos do computador), continuam a prevalecer os métodos tradicionais de produção e gestão do trabalho. Pode-se dizer que, tendencialmente, o velho modelo se expande no novo mundo e o novo modelo se expande no velho mundo. Todavia, onde foram introduzidos, esses novos métodos geraram importantes modificações na configuração das relações de trabalho¹⁶.

Visando a alcançar uma produção diversificada e de alta qualidade, as novas teorias do gerenciamento e os novos modelos de organização apostam na autonomização do trabalhador subordinado. Dão-se margens de autonomia e discricionariedade ao empregado para que exprima qualidades pessoais na realização do trabalho.

São incentivadas a qualificação profissional e a participação e envolvimento nas políticas da empresa. A força de trabalho competente, qualificada, motivada e integrada aos objetivos empresariais torna-se um fator estratégico para aumentar a produtividade, a qualidade dos produtos e serviços e

15 PUJOLAR, Olivier. Poder de dirección del empresario y nuevas formas de organización y gestión del trabajo. *Relaciones Laborales: revista crítica de teoría y práctica*, Madrid, La Ley, n. 2, p. 237-254, 2005. p. 242.

16 TURCHETTO, Maria. Flessibilità, organizzazione, divisione del lavoro. *Alternative*, Bologna, Synaragon, ano I, n. 1, p. 65-73, mai./jun. 1995, p. 67.

enfrentar a concorrência. Características que antes eram exigidas apenas dos ocupantes de cargos de direção, como autonomia funcional, responsabilidade e compartilhamento das metas empresariais, passam a ser exigidas de todos os trabalhadores. Essa maior autonomia na subordinação, todavia, não implica melhoria nas condições de trabalho e de vida; muitas vezes ocorre exatamente o contrário, como veremos.

Ressalta-se que a mudança na forma de exercício do poder não ocorreu apenas no mundo do trabalho.

No final dos anos 60, em razão das transformações e desordens sociais que marcaram esse período, teve início uma metamorfose das formas jurídicas do exercício do poder. Tanto na empresa como na família e na esfera pública, o modelo de autoridade (disciplina) foi contestado, entrou em crise, abrindo caminho não para o desaparecimento das relações de poder, mas para a sua profunda transformação¹⁷.

Essa metamorfose se exprimiu de duas maneiras principais. Em primeiro lugar, através da ideia de um *poder funcional*, isto é, não como um fim em si mesmo, mas como um instrumento para atingir um objetivo maior.

No Direito Público, surgiu a noção de poder-dever, ou dever-poder, como prefere Celso Antônio Bandeira de Mello, como instrumento para atingir o interesse público¹⁸. Nesse sentido, foram aumentados os controles: *a priori*, por meio da necessidade de motivação dos atos administrativos, e *a posteriori*, através do fortalecimento do papel do juiz. No Direito de Família, aboliu-se o chamado pátrio poder, substituído pelo poder familiar, que visa ao interesse do menor.

Em segundo lugar, houve uma *maior descentralização ou distribuição do poder*. No Direito Público, à ideia de uma separação horizontal dos poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) foi somada a da redistribuição vertical, através da comunitarização e da regionalização, reforçando os direitos de expressão e de participação dos cidadãos. No Direito de Família, a dinâmica da igualdade entre homens e mulheres conduziu a um modelo de autoridade parental compartilhada¹⁹.

17 SUPIOT, Alain. Les nouveaux visages de la subordination. *Droit Social*, Paris, Éditions Techniques et Économiques, n. 2, p. 131-145, fev. 2000, p. 132.

18 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 32.

19 Observa-se que o Código Civil brasileiro de 2002 substituiu a expressão “pátrio poder”, presente no diploma de 1916 (arts. 379 a 395), por “poder familiar” (arts. 1.630 a 1.638), em consonância com o mandamento da Constituição Federal de 1988, que assegura a igualdade de homens e mulheres no exercício de direitos e deveres na família (art. 226, § 5º).

Todas essas transformações foram acompanhadas de seu inverso. Os jovens detêm maior autonomia civil, mas diminuiu sua autonomia econômica, em virtude do desemprego e do prolongamento dos estudos. O poder político recuou, mas aumentou o poder econômico, da mídia, dos especialistas²⁰.

Em outras palavras, o poder não se reduz, mas é exercido de maneiras mais sutis, complexas e difusas. Nesse sentido, é necessário que o Direito e os operadores jurídicos acompanhem as metamorfoses do poder para continuar a discipliná-lo, impondo as suas regras.

4 – AS METAMORFOSES DO PODER NO MUNDO DO TRABALHO

Essas transformações ocorreram também no mundo do trabalho. À primeira vista, o poder empregatício se mostra atenuado ou mesmo ausente. Mas, na verdade, ele continua presente, talvez até mais forte do que no passado, mas camuflado: passou a ser exercido sob novas formas, mais sutis e imperceptíveis.

À semelhança do Direito Público e do Direito de Família, difundiram-se as ideias de um poder funcional, direcionado aos resultados do trabalho, e da descentralização do poder: uma estrutura empresarial mais horizontal, na qual o empregado se torna um “colaborador”, com maior iniciativa e responsabilidade. É óbvio que esse processo teve momentos de retrocesso e não ocorreu com a mesma intensidade e velocidade em todos os países e setores econômicos.

Essas transformações, a exemplo da esfera pública e da família, geraram algumas consequências positivas no mundo do trabalho, sobretudo nos países desenvolvidos. Destacam-se a obrigação de motivação das decisões empresariais (v.g., sanções disciplinares e dispensas individual e coletiva), o direito de informação, consulta e controle pelos representantes dos trabalhadores, o qual já existia na Alemanha e acabou sendo adotado pelos países europeus mais resistentes por força do Direito Comunitário, o fortalecimento do papel do juiz (e.g., controle *a posteriori* das decisões empresariais), maiores garantias à atuação dos entes de representação coletiva (v.g., a Lei italiana n. 300, de 1970, conhecida como Estatuto dos Trabalhadores, que assegurou a presença dos sindicatos nos locais de trabalho).

O poder empregatício deixou de ser exercido em sua modalidade clássica, isto é, como a heterodireção forte e constante da prestação laborativa em seus diversos aspectos (tempo, modalidade, lugar). Todavia, permanece o mesmo

20 SUPLOT, Alain. *Les nouveaux visages de la subordination*. p. 134.

em termos de intensidade, ou até mesmo mais forte e eficiente, mas menos visível, pois houve a sua interiorização pelo trabalhador.

A política de remuneração cumpre um papel importante nessa dinâmica, através do seu cálculo não pelo tempo, mas pelo resultado, pela produção. Esses incentivos remuneratórios ligados à produtividade, ao alcance de determinados objetivos ou metas empresariais, generalizaram-se nos diversos países, inclusive no Brasil²¹.

Para aumentar o seu salário, ou mesmo para evitar a sua redução, o empregado passa a exercer sobre si mesmo o papel do patrão, controlando-se e pressionando-se para aumentar o ritmo, a intensidade, a produtividade do seu trabalho. A remuneração se torna um “presente de grego”, um instrumento do poder diretivo, como observa de forma perspicaz Márcio Túlio Viana:

“Outro efeito pouco visível do salário é o seu uso como instrumento do poder diretivo. É o que acontece quando o empregador paga não por tempo, mas por produção, ou mesmo quando promete prêmios ou gratificações complementares. É curioso observar, nesse caso, como até na prestação do empregador pode estar embutida uma nova prestação do empregado – ou mais exatamente um comando implícito para a intensificação do seu trabalho. E – o que é mais curioso – esse comando parte do próprio empregado, pois é ele quem se obriga a produzir mais, para receber mais, ou para não ganhar menos. E é o salário que realiza essa pequena mágica, acelerando o ritmo, agitando o corpo, aumentando a atenção e quase sempre produzindo o stress. Isso nos mostra que embora, para o empregador, o salário pareça apenas um custo, na verdade pode ser também uma renda. E a mesma coisa acontece, inversamente, com o empregado. Em vez de ser apenas o preço (mal pago) da subordinação, torna-se um veículo para viabilizá-la. É como se fosse um Cavalo de Troia...” (sem grifos no original)²²

Muitas vezes os incentivos remuneratórios são vinculados a metas coletivas, isto é, não alcançáveis pelo empregado individualmente, mas apenas pelo conjunto dos trabalhadores da empresa ou de determinado setor. Nesse caso, o poder diretivo passa a ser exercido pelos próprios colegas, o que diminui a solidariedade entre eles, com consequências negativas no plano coletivo e sindical.

21 LEVI, Alberto. La qualità totale e i sistemi di retribuzione del personale. *Qualità e rapporto di lavoro*. Coord. Luisa Galantino. Milano: Giuffrè, 1995. p. 160-162.

22 VIANA, Márcio Túlio. Salário. In: BARROS, Alice Monteiro de (Coord.). *Curso de direito do trabalho: estudos em memória de Célio Goyatá*. 3. ed. São Paulo: LTr, 1997. v. 2.

É mais uma estratégia para se alcançar, a um só tempo, maior produtividade e qualidade no trabalho e maior docilidade (sujeição).

Nesse contexto, as novas tecnologias relacionadas à informação e à comunicação redimensionam a questão espaço-temporal, propiciando o aumento do tempo dedicado pelo empregado à empresa e o domínio do empregador sobre a sua vida pessoal. Basta pensar no computador portátil (*laptop*), que viabiliza o trabalho a qualquer tempo e lugar.

O exemplo do teletrabalho, no qual o poder diretivo, por vezes, está incorporado no próprio computador, é muito ilustrativo. Há *softwares* que registram o tempo efetivo de trabalho, as pausas obrigatórias, o número de operações realizadas, os erros cometidos, determinando o ritmo de trabalho e emanando instruções durante a sua realização²³. A vida ocupacional invade o próprio domicílio do trabalhador, tomando um espaço outrora reservado exclusivamente à sua intimidade e vida privada.

O empregador determina os objetivos, o resultado a ser alcançado, e aguarda o êxito, tornando-se prescindíveis as ordens e a vigilância constantes, outrora necessárias. O poder empregatício se transforma: paradoxalmente, torna-se mais difuso, menos visível, mas tão ou mais intenso e invasivo do que no passado.

5 – CONSIDERAÇÕES FINAIS: AS NOVAS TECNOLOGIAS DO PODER E OS CONFLITOS DE INTERESSES

Desde a Revolução Industrial até os dias atuais, paradoxalmente, aumentaram a invisibilidade e a intensidade do poder empregatício. Nos primeiros tempos do capitalismo, a subordinação era corpo a corpo. Posteriormente, com o advento do fordismo/taylorismo, ela foi transportada para a máquina e a linha de produção em série. Hoje, ela foi transferida para a própria subjetividade do empregado, que acabou incorporando o poder diretivo.

A aparente diluição do poder ocorre também no mundo empresarial: com a reestruturação produtiva, a grande empresa cedeu lugar a unidades menores, organizadas em rede. Mas as “filhas” continuam controladas pela “mãe”, de maneira forte e eficiente, o que é propiciado pelas novas tecnologias da informática e das telecomunicações. Paradoxalmente, a descentralização produtiva

23 ORIHUEL, Francisco Pérez de los Cobos. La subordinación jurídica frente a la innovación tecnológica. *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, Madrid, La Ley, n. 1, p. 1.315-1.335, 2005.

foi acompanhada pelo aumento do controle, o que gerou o crescimento dos lucros e a precarização nas relações de trabalho.

Ao longo da história, as sociedades humanas se organizaram de formas diferentes para produzir os bens e serviços destinados ao atendimento das suas necessidades. Nesse sentido, surgiram relações de trabalho – que consistem na maneira como os homens se relacionam para propiciar a modificação da natureza pelo seu engenho – também diversas. Assim, modificaram-se os modos de produção – escravismo, feudalismo, capitalismo (em suas diversas fases) – e as relações de trabalho deles advindas²⁴.

A relação de trabalho é, por excelência, uma relação de poder, na qual o conflito entre as partes é intrínseco. E, quanto mais assimétrica ou unidirecional for essa relação de poder – isto é, o comportamento de uma das partes é a causa do comportamento da outra, mas a recíproca não é verdadeira –, maior será o conflito.

As diversas formas de exercício do poder geram, portanto, tipos diferentes de conflito e de modos de enfrentá-lo pelas partes envolvidas.

Na escravidão e na servidão, pode-se dizer que o exercício do poder se baseava em grande medida na coerção, sendo, portanto, muito visível. A relação de poder era bastante assimétrica, unidirecional, gerando conflitos mais abertos, explícitos, e, assim, formas de enfrentamento mais violentas. Citam-se, ilustrativamente, a revolta dos escravos liderados por Espártaco na Roma Antiga e a revolta dos camponeses, conhecida como Jacquerie, na França, no século XIV.

Ao longo do século XIX até meados da metade do século XX, já sob a égide do modo de produção capitalista, a tecnologia de poder prevalecente foi a disciplina, a qual ainda incide sobre o corpo, como vimos. Embora menos explícita e mais legitimada do que a coerção, a disciplina ainda é visível e o conflito também é claro. Basta pensar na forte atuação do movimento operário que resultou na criação do Direito do Trabalho.

As reivindicações visavam, sobretudo, à redução da jornada, ao aumento dos salários, à criação e efetivo cumprimento de normas de saúde, medicina e segurança do trabalho, para reduzir os acidentes de trabalho e as doenças ocupacionais, e, posteriormente, à maior democratização nas empresas, para que os representantes obreiros pudessem discutir questões relevantes para a relação de trabalho.

24 HUNT, E. K.; SHERMAN, Howard J. *História do pensamento econômico*. Trad. Jaime Larry Benchi-mol. 17. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

D O U T R I N A

A fim de reduzir a assimetria, os trabalhadores se organizam coletivamente, notadamente através dos sindicatos, produto da maior solidariedade resultante da sua reunião nas fábricas, vivendo a mesma exploração e opressão. O conflito é visível e devidamente enfrentado, de diferentes formas, como a negociação coletiva e a greve, o que resulta na melhoria das condições de trabalho e de vida.

Todavia, a partir da 2ª metade do século XX, com as grandes transformações socioeconômicas ocorridas, o poder empregatício, paradoxalmente, torna-se menos visível, mas mais intenso e invasivo. Passa a ser interiorizado pelo empregado, instrumentalizado na remuneração, exercido pelos próprios colegas, potencializado pelas novas tecnologias, agravado pelo temor do desemprego e do fechamento e deslocamento da empresa.

O conflito, o antagonismo entre as partes, torna-se menos visível, o que reduz a solidariedade, aumenta o individualismo e enfraquece as formas de representação coletiva como o sindicato. O empregado passa a se identificar mais com a empresa do que com o próprio sindicato, compartilhando os objetivos empresariais, tornando-se um “colaborador”.

O resultado são piores condições de trabalho e de vida: o tempo à disposição da empresa aumenta, a vida privada se reduz, o salário, além de não aumentar, torna-se instrumento do poder diretivo, agravam-se as doenças ocupacionais, como LER/DORT, estresse, depressão.

O conflito continua, pois é inerente ao capitalismo, mas de forma sutil, velada, imperceptível.

Todavia, esse conflito deve ser percebido e evidenciado, para que possa ser devidamente enfrentado e equacionado, visando não só a melhorar as condições de vida e de trabalho, mas também a evitar que se deteriore tanto.

Não podem ser permitidas e toleradas metas e cobranças exageradas, desarrazoadas, que geram prejuízos evidentes para a saúde e a segurança no trabalho.

O sindicato deve despertar os trabalhadores para a necessidade da solidariedade e da importância da sua atuação, pois, sem a couraça coletiva, a relação de poder é unidirecional, assimétrica: só o empregador comanda, impondo os seus interesses, sem concessões recíprocas.

Devem ser fortalecidos outros mecanismos de representação coletiva, mais próximos da realidade dos trabalhadores na empresa, como as comissões de fábrica. Nesse sentido, deve ser concretizado o mandamento contido no art. 11 da Constituição Federal brasileira de 1988, que assegura a eleição de um

DOCTRINA

representante dos trabalhadores nas empresas que possuam mais de duzentos empregados.

As formas de descentralização produtiva devem ser devidamente identificadas e juridicamente disciplinadas (v.g., solidariedade entre as empresas, isonomia de direitos para os trabalhadores), para evitar que gerem a precarização das relações trabalhistas.

Os operadores jurídicos (Ministério Público do Trabalho, Poder Judiciário, juristas, advogados) e os atores sociais (sindicatos, associações, outros organismos de representação dos trabalhadores) devem ter consciência das novas realidades, das metamorfoses na tecnologia do poder e nas formas como os conflitos se fazem presentes, para enfrentá-los e equacioná-los juridicamente da forma devida, sempre visando à melhoria das condições socioeconômicas dos trabalhadores, como ordenado pela própria Constituição brasileira de 1988.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARASSI, Ludovico. *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*. Milano: Libreria, 1901.

BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

_____; METTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 5. ed. São Paulo: Editora UnB, 2004.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012.

_____. *O poder empregatício*. São Paulo: LTr, 1996.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Petrópolis: Vozes, 1997.

HUNT, E. K.; SHERMAN, Howard J. *História do pensamento econômico*. Trad. Jaime Larry Benchimol. 17. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

LE GOFF, Jacques. *Du silence à la parole*. Droit du travail, société, état (1830-1985). Quimper: Calligrammes, 1985.

LEVI, Alberto. La qualità totale e i sistemi di retribuzione del personale. *Qualità e rapporto di lavoro*. Coord. Luisa Galantino. Milano: Giuffrè, 1995.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

ORIHUEL, Francisco Pérez de los Cobos y. La subordinación jurídica frente a la innovación tecnológica. *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, Madrid, La Ley, n. 1, p. 1.315-1.335, 2005.

PORTO, Lorena Vasconcelos. *A subordinação no contrato de trabalho: uma releitura necessária*. São Paulo: LTr, 2009.

DOUTRINA

PUJOLAR, Olivier. Poder de dirección del empresario y nuevas formas de organización y gestión del trabajo. *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, Madrid, La Ley, n. 2, p. 237-254, 2005.

SUPIOT, Alain. Les nouveaux visages de la subordination. *Droit Social*, Paris, Éditions Techniques et Économiques, n. 2, p. 131-145, fev. 2000.

TURCHETTO, Maria. Flessibilità, organizzazione, divisione del lavoro. *Alternative*, Bologna, Synargon, ano I, n. 1, p. 65-73, mai./jun. 1995.

VIANA, Márcio Túlio. *Aulas do mestrado na PUC Minas*. Belo Horizonte, 2006.

_____. Poder diretivo e sindicato: entre a opressão e a resistência. *Caderno Jurídico*, Brasília, Escola Judicial do TRT da 10ª Região, ano IV, n. 6, nov./dez. 2005.

_____. Salário. In: BARROS, Alice Monteiro de (Coord.). *Curso de direito do trabalho: estudos em memória de Célio Goyatá*. 3. ed. São Paulo: LTr, 1997. v. 2.

APOSENTADORIA POR INVALIDEZ ACIDENTÁRIA E RECOLHIMENTO DO FGTS DURANTE A LICENÇA POR ACIDENTE DO TRABALHO

Luciano Martinez*

1 – RELAÇÃO JURÍDICA TRABALHISTA E RELAÇÃO JURÍDICA PREVIDENCIÁRIA: A CONSTATAÇÃO DA AUTONOMIA NA METÁFORA DAS ESTRADAS PARALELAS

O Estado brasileiro ressalta, em diversas passagens de sua carta constitucional, o compromisso com a *centralidade do trabalho*¹ e, consequentemente, com a “relação jurídica trabalhista”. Entretanto, apesar de toda a proeminência dessa relação, não se pode esquecer que, num feixe normalmente paralelo, se desenvolve também, autonomamente, a “relação jurídica previdenciária”, que, aliás, nem sempre depende de um vínculo trabalhista que lhe dê sustentação. Isso mesmo... Há situações em que, *a despeito de não existir relação trabalhista*, haverá, mesmo assim, relação jurídica previdenciária. É o que ocorre, por exemplo, (a) com os *segurados facultativos* – aqueles que não trabalham, não obstante tenham idade para tanto, e que, nessa conjuntura, baseados no princípio da universalidade de atendimento, manifestam, com avocação integral do custeio (*vide* parágrafo único, I, do art. 195 da CF/88), o desejo pela filiação previdenciária; ou (b) com os *desempregados* que, apesar de temporariamente fora do mercado laboral, ainda fruem de proteção social durante o período de manutenção da qualidade de segurado (*vide* art. 15 da Lei nº 8.213/91).

* Juiz do Trabalho, titular da 9ª Vara do Trabalho de Salvador – Bahia (TRT da 5ª Região); mestre e doutor em Direito do Trabalho e da Seguridade Social da USP – Universidade de São Paulo; professor adjunto de Direito do Trabalho e da Seguridade Social da UFBA – Universidade Federal da Bahia; membro da Academia Nacional de Direito do Trabalho.

1 Não são poucos os dispositivos constitucionais que dão relevo à essencialidade do trabalho na vida dos cidadãos: os arts. 4º, I, e 170 salientam a sociabilidade ética e interativa entre o trabalho e a livre-iniciativa; o art. 6º reconhece o direito social ao trabalho como condição da efetividade da existência digna e o art. 193 dispõe no sentido de que a ordem social tem como base o “primado do trabalho”.

Essas situações, além de outras tantas que serão aqui mencionadas, tornam clara a autonomia das relações jurídicas “trabalhista” e “previdenciária”, que podem, portanto, começar e/ou terminar em instantes diferentes e até mesmo existir de forma independente e autônoma. Cabe aqui, portanto, dizer que essas relações normalmente “transitam” em estradas paralelas, não interferentes uma na outra.

Por força dessa constatação, é possível concluir que eventos tipicamente trabalhistas, como, por exemplo, a ocorrência de “acidente do trabalho”, produzem efeitos sobre a relação jurídica trabalhista independentemente da necessária presença de relação jurídica previdenciária e de eventos tipicamente previdenciários, como, por exemplo, o “gozo de benefícios” produzem efeitos sobre a relação jurídica previdenciária independentemente da necessária presença de relação jurídica trabalhista. A coexistência de ambas as relações, entretanto, proporcionará apenas a cumulação de efeitos. Justifica-se:

Imagine-se a situação de um segurado empregado que sofreu acidente do trabalho e que, por conta disso e do regular recolhimento de suas contribuições previdenciárias, se afastou com a garantia do recebimento de auxílio-doença acidentário ou de aposentadoria por invalidez acidentária. *A relação jurídica previdenciária* lhe garantirá a percepção de um dos referidos benefícios por incapacidade ocupacional (a depender das circunstâncias), enquanto *a relação trabalhista de emprego* lhe garantirá, além da suspensão do contrato (*vide* o *caput* dos arts. 475 e 476 da CLT²), o direito à manutenção do recolhimento do FGTS (conforme disposto no § 5º do art. 15 da Lei nº 8.036/90, com redação dada pela Lei nº 9.711, de 20.11.98) e de estabilidade pelo prazo mínimo de doze meses após a cessação de um dos referidos benefícios por incapacidade acidentária (conforme previsto no art. 118 da Lei nº 8.213/91).

Imagine-se, agora, que esse mesmo empregado seja um aposentado que voltou a ser contratado por uma empresa e que, no transcurso de suas atividades, sofreu um acidente do trabalho... Por ser aposentado, esse empregado não fará jus a nenhum benefício previdenciário por incapacidade acidentária, ou seja, não receberá auxílio-doença acidentário (B-91), nem aposentadoria por invalidez acidentária (B-92), haja vista o disposto no § 2º do art. 18 da Lei

2 CLT, art. 475 – O empregado que for aposentado por invalidez terá suspenso o seu contrato de trabalho durante o prazo fixado pelas leis de previdência social para a efetivação do benefício.

CLT, art. 476 – Em caso de seguro-doença ou auxílio-enfermidade, o empregado é considerado em licença não remunerada, durante o prazo desse benefício.

nº 8.213/91³. Essa restrição a benefícios por compressão da relação jurídica previdenciária não impedirá, contudo, a invocação de efeitos próprios à relação jurídica trabalhista, entre os quais se destacam o direito, durante a “licença por acidente do trabalho”, à manutenção do recolhimento do FGTS (§ 5º do art. 15 da Lei nº 8.036/90, com redação dada pela Lei nº 9.711, de 20.11.98) e à estabilidade pelo prazo mínimo de doze meses, após a cessação de um dos referidos benefícios por incapacidade acidentária (art. 118 da Lei nº 8.213/91). Em que pese não ser juridicamente possível o gozo dos benefícios previdenciários por incapacidade acidentária, o trabalhador-aposentado poderá invocar durante a sua “licença por acidente do trabalho”, sem obstáculos produzidos pela relação jurídica previdenciária, o recolhimento do FGTS e a estabilidade de acidentado. É bom destacar que o TST já pacificou a questão em importante acórdão. Nos autos do RR 8544400-81.2003.5.04.0900, a 2ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho concluiu que empregado-aposentado, que sofre acidente de trabalho, *tem, sim, direito à estabilidade provisória*⁴ tão logo retorne de sua “licença por acidente do trabalho”.

O mesmo raciocínio seria aplicável em favor do empregado que, apesar de prestar serviços para uma determinada empresa, é mantido em situação de clandestinidade, sem anotação da existência do vínculo, sem o recolhimento de contribuição previdenciária. Se esse empregado vier a sofrer acidente do trabalho, não há que se discutir sobre a irregularidade de formação e de desenvolvimento da relação jurídica previdenciária para reconhecer que ele se encontra em “licença por acidente do trabalho”. Tal trabalhador clandestino pode até encontrar sérias barreiras para obter um “benefício previdenciário por incapacidade acidentária” junto ao órgão previdenciário, mas, decerto, ele não verá obstáculos para a invocação das vantagens próprias da “licença por acidente do trabalho” junto ao próprio empregador, entre as quais o pagamento do correspondente ao recolhimento do FGTS durante o período do afastamento,

3 Art. 18. (...)

§ 2º O aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social – RGPS que permanecer em atividade sujeita a este Regime, ou a ele retornar, não fará jus a prestação alguma da Previdência Social em decorrência do exercício dessa atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado.

4 Por unanimidade de votos, a Turma confirmou o voto do relator Min. Renato de Lacerda Paiva. Sob o ponto de vista do relator, que levou em consideração os princípios do direito do trabalho e a finalidade da norma, o empregado não poderia ser apenado por conta de um obstáculo criado pela própria lei. Como o aposentado que continua ou volta a trabalhar não tem direito ao recebimento de auxílio-doença, o empregado-aposentado jamais ingressaria no figurino do art. 118 da Lei nº 8.213/91 porque nunca seria destinatário de auxílio-doença acidentário. Para o ministro-relator a garantia de emprego mínima de um ano tem por objetivo proporcionar a readaptação do trabalhador, ainda que já aposentado, às funções desempenhadas antes do acidente ou em outra compatível com seu estado de saúde.

a estabilidade no momento de cessação da licença por acidente do trabalho e até mesmo, se for o caso, uma indenização civil-trabalhista por danos materiais, morais ou estéticos que o evento lhe tenha produzido.

Pois bem. O objetivo deste pequeno estudo é o de demonstrar que, ao contrário do que normalmente se entende nos tribunais do trabalho do país, o empregado em gozo de “licença por acidente do trabalho” terá o direito de ver efetivados recolhimentos no seu FGTS durante o seu afastamento da “relação jurídica trabalhista”, independentemente do benefício que lhe tenha sido concedido no âmbito de sua “relação jurídica previdenciária”, seja auxílio-doença acidentário, ou aposentadoria por invalidez acidentária.

2 – “LICENÇA POR ACIDENTE DO TRABALHO” E “BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO”: INSTITUTOS DIFERENTES EM VIAS JURÍDICAS IGUALMENTE DIVERSAS

Diante do disposto no tópico anterior, torna-se evidente a necessária distinção entre “licença por acidente do trabalho” e “benefício previdenciário”, institutos totalmente diferentes que “transitam” respectivamente e de forma autônoma, pelas “estradas” trabalhista e previdenciária.

A locução “licença por acidente do trabalho”, presente no § 5º do art. 15 da Lei nº 8.036/90, portanto, nada mais é do que o lapso temporal durante o qual o contrato de emprego permanece suspenso para a fruição do correspondente benefício previdenciário. É exatamente o íterim de “suspensão” a que se refere o art. 475 da CLT em relação à aposentadoria por invalidez e nada mais, nada menos do que a “licença não remunerada” contida no art. 476 do mesmo diploma legal.

A diferença entre “licença” (instituto de natureza trabalhista) e “benefício” (instituto de natureza previdenciária) é igualmente visível em outras situações, como, por exemplo, em relação às seguradas que, durante a licença-maternidade (instituto de natureza trabalhista), recebem o salário-maternidade (instituto de natureza previdenciária). Em qualquer dos casos – é bom que se destaque – a existência de um instituto não impõe a correspondente existência do outro.

Assim, poderá haver licença-maternidade sem salário-maternidade (como é o caso do período de sessenta dias previsto na Lei nº 11.770/08) ou “licença por acidente do trabalho” sem o correspondente auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez. Esse, aliás, é o caso – sublinhado no tópico anterior – do aposentado que volta a trabalhar e que, no transcurso do seu contrato de emprego, se torna incapaz por conta de acidente do trabalho. Tal trabalhador-aposentado,

apesar de não fruir da possibilidade jurídica de receber auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez, gozará, sem dúvidas, de “licença por acidente do trabalho”. Perceba-se que, em caso tal, o trabalhador-aposentado nem mesmo será submetido à perícia médica para aferição da suscetibilidade ou da insuscetibilidade de reabilitação para o fim especial de concessão de auxílio-doença ou de aposentadoria por invalidez. Afinal, ele não tem direito, pela sua especial condição de espontaneamente aposentado, a nenhum dos referidos benefícios previdenciários do RGPS. Ele, assim, simplesmente ingressará em situação de “licença por acidente do trabalho” (e não há, aliás, outro nome para definir o seu *status* de afastamento no âmbito trabalhista) e terá todos os direitos decorrentes de tal “licença”, especialmente, como antedito, o de ver recolhido o FGTS durante o período do afastamento (§ 5º do art. 15 da Lei nº 8.036/90) e também o de fruir da estabilidade prevista no art. 118 da Lei nº 8.213/91.

O mesmo ocorrerá com o segurado que se aposentar espontaneamente durante a fruição de licença por acidente do trabalho, ou seja, com o segurado que, tendo cumprido a carência previdenciária exigível, completar a idade mínima ou o tempo de contribuição indispensável à aposentação espontânea durante o período de fruição do auxílio-doença acidentário (a contagem do tempo de contribuição é juridicamente possível, mesmo durante o afastamento, diante dos termos do art. 60, IX, do Decreto nº 3.048/99).

Novo exemplo é possível se analisada a situação dos compulsoriamente jubilados, nos termos do art. 51 da Lei nº 8.213/91, durante o período em que estão na fruição de benefício previdenciário por incapacidade acidentária (auxílio-doença acidentário ou aposentadoria por invalidez acidentária). Em tal caso – sem que se pretenda analisar aqui o mérito da constitucionalidade de tal dispositivo⁵ –, o compulsoriamente aposentado continuará vinculado à empresa que tomou a iniciativa de atribuir-lhe a coacta aposentadoria etária.

5 A análise baseada no art. 51 da Lei nº 8.213/91 é feita apenas para dar completude ao estudo ora realizado. Ressalva-se isso porque a norma em destaque é evidentemente inconstitucional na medida em que fomenta discriminação bárbara e vil, sem arrimo na Constituição da República, contra aqueles que têm idade avançada. Em rigor, o art. 51 da Lei nº 8.213/91, além de discriminar as pessoas senis, é seletivo e somente atua contra o idoso que tenha cumprido a carência legalmente exigível. Há, portanto, duas discriminações: a primeira contra qualquer idoso que possa estar incluído na hipótese prevista na norma; a segunda contra idosos que tenham cumprido a carência exigível para a aposentadoria por idade, uma vez que somente a eles – e não os que não tenham cumprido a carência, apesar de igualmente idosos – se aplica a norma em exame. Veja-se o seu texto:

Art. 51. A aposentadoria por idade pode ser requerida pela empresa, desde que o segurado empregado tenha cumprido o período de carência e completado 70 (setenta) anos de idade, se do sexo masculino, ou 65 (sessenta e cinco) anos, se do sexo feminino, sendo compulsória, caso em que será garantida ao empregado a indenização prevista na legislação trabalhista, considerada como data da rescisão do contrato de trabalho a imediatamente anterior à do início da aposentadoria.

Com isso se deseja dizer que o beneficiário de auxílio-doença acidentário ou de aposentadoria por invalidez acidentária, conquanto, *in tesse*, possa ser compulsoriamente aposentado por idade, desde que tenha cumprido o período de carência e completado 70 (setenta) anos, se do sexo masculino, ou 65 (sessenta e cinco) anos, se do sexo feminino, *não deixará de estar licenciado sob o ponto de vista da relação trabalhista*. Em outras palavras: a atuação patronal pode convolar a natureza jurídica do benefício previdenciário do trabalhador afastado por incapacidade laboral – ele deixará de receber benefício por incapacidade para, em lugar deste, receber aposentadoria etária –, mas não terá o condão de transformá-lo em sujeito hígido e capaz de retornar ao serviço. Assim, como já se antecipou em tópico anterior, apesar de atingida a relação jurídica previdenciária, em nada será tangenciada a relação jurídica trabalhista. O trabalhador afastado por incapacidade laboral continuará licenciado e, por conta dessa licença, cujo fato gerador foi um acidente do trabalho, permanecerá destinatário dos depósitos do FGTS. E mais: quando retornar, deverá estar protegido contra a dispensa por pelo menos doze meses, por força do disposto no art. 118 da Lei nº 8.213/91.

Há casos, porém, que demonstram exatamente o contrário do que até aqui se analisou, ou seja, há situações em que, apesar de não existir uma válida “licença por acidente do trabalho”, haverá a concessão regular de “benefício previdenciário”. São, nesse ponto, mencionados os segurados que permanecem na fruição de benefício previdenciário por incapacidade (auxílio-doença acidentário ou aposentadoria por invalidez acidentária), embora as relações jurídicas trabalhistas em que estavam envolvidos tenham sofrido solução de continuidade. Nessa situação, os “empregados” deixam a condição de “licenciados” para assumir a posição de “desempregados”. Exemplo disso é encontrável entre trabalhadores contratados por entes políticos *sem concurso público* e que, apesar dessa irregularidade, fruem de recolhimentos previdenciários e recebem seus devidos salários.

Se esses contratados sem concurso público sofrem acidente do trabalho, mesmo diante da irregularidade da contratação (dita “nula”), ingressarão, no âmbito da relação jurídica trabalhista, em “licença por acidente do trabalho”, e, no âmbito da relação jurídica previdenciária, no campo de percepção do benefício previdenciário correspondente.

Se, entretanto, numa mudança de administração, um novo gestor público descobrir a irregularidade da relação jurídica trabalhista e, por conta dela, rescindir o contrato de quem tenha sido admitido sem concurso público – inclusive o do trabalhador que estava em fruição do benefício previdenciário por

incapacidade acidentária –, ocorrerá a cessação da “licença por acidente do trabalho”, mas nada acontecerá no plano da “relação jurídica previdenciária”. Apesar de a rescisão do contrato nulo ter arrebatado a “licença por acidente do trabalho” e, conseqüentemente, os direitos à manutenção do recolhimento do FGTS na forma do § 5º do art. 15 da Lei nº 8.036/90 e à estabilidade prevista no art. 118 da Lei nº 8.213/91, o benefício previdenciário continuará a ser oferecido até que cesse a incapacidade laborativa do trabalhador em fruição de auxílio-doença ou de aposentadoria por invalidez, independentemente da (in)existência da relação jurídica trabalhista de fundo.

Vê-se, assim, que é também possível fruir de benefício por incapacidade acidentária, conquistado durante um vínculo de emprego, sem que mais exista esse vínculo ou a correspondente “licença por acidente do trabalho”.

Arremata-se esse tópico com a lembrança de que a confusão conceitual entre “licença por acidente do trabalho” (instituto trabalhista) e “benefício” (instituto previdenciário) é atribuída à circunstância de que, nos termos das legislações previdenciárias vigentes no passado, a aposentadoria por invalidez transformava-se, depois de cinco anos, em benefício definitivo. Ocorria, então, um embaraço visual que impedia a clara distinção entre as relações jurídicas trabalhista e previdenciária.

Isso, porém, não mais acontece! A parte final do art. 42 da Lei nº 8.213/91 é bem clara no sentido de que a aposentadoria por invalidez será paga apenas enquanto o segurado permanecer inválido. Veja-se:

“Art. 42. A aposentadoria por invalidez, uma vez cumprida, quando for o caso, a carência exigida, será devida ao segurado que, estando ou não em gozo de auxílio-doença, for considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, e ser-lhe-á paga *enquanto permanecer nesta condição.*” (destaque não constante do original)

Recuperada a higidez, a aposentadoria por invalidez (e, conseqüentemente, a relação jurídica previdenciária) cessará e o segurado voltará – do mesmo modo que o beneficiário do auxílio-doença – às suas atividades normais. Essa é uma especial razão para dizer que a concessão de tal benefício não atinge a relação jurídica trabalhista e que, por isso mesmo, não viola direitos egressos da licença por acidente do trabalho.

3 – A LEI Nº 9.711/98 E O SEU *INTENTO LEGIS*: POR QUE OBRIGAR O EMPREGADOR A RECOLHER O FGTS EM FAVOR DE EMPREGADO LICENCIADO POR ACIDENTE DO TRABALHO? QUAL A NATUREZA JURÍDICA DOS RECOLHIMENTOS DO FGTS DURANTE A “LICENÇA POR ACIDENTE DO TRABALHO”? QUAL SUA BASE DE CÁLCULO?

Um reforço à evidência de que o § 5º do art. 15 da Lei nº 8.036/90 é indistintamente aplicável nas situações de fruição do auxílio-doença acidentário e da aposentadoria por invalidez acidentária provém da constatação do *intento legis* da Lei nº 9.711/98, norma jurídica que fez surgir a obrigatoriedade de recolhimento do FGTS “nos casos de afastamento para prestação do serviço militar obrigatório e licença por acidente do trabalho”. Pelo que se percebe do texto do mencionado dispositivo, que passou a vigor a partir de sua publicação em 21 de novembro de 1998, desejou-se, em rigor, oferecer vantagem compensatória em favor do trabalhador que, *independentemente de sua vontade*, se visse afastado da sua regular vida laboral na empresa.

O legislador, sensível ao estado dos envolvidos em acidentes do trabalho e aos convocados para a prestação do serviço militar obrigatório, acrescentou o § 5º no art. 15 da Lei nº 8.036/90 com o propósito de incrementar o sistema de vantagens compensatórias até então existentes. Desse modo, o empregador foi eleito para suportar a carga do recolhimento, sendo facilmente compreensíveis as razões para tanto no que diz respeito às situações de “licença por acidente do trabalho”. Enfim, foi ele quem – direta ou indiretamente – proporcionou o afastamento não desejado.

O mesmo raciocínio, entretanto, não é tão facilmente aceitável em relação ao afastamento do trabalhador para o cumprimento das obrigações próprias ao serviço militar obrigatório. Os recolhimentos impostos ao empregador – que, nesse caso, bem poderiam ser exigíveis do Estado – somente se justificam na medida da função social da empresa e das relações de colaboração existentes nos âmbitos público e privado.

O certo é que, em matéria correspondente a “licença por acidente do trabalho”, a natureza jurídica do FGTS não é – e nem poderia ser – a de mero salário diferido, como sói acontecer. Não há contrato de emprego vigente para dar suporte a essa conclusão.

O recolhimento do FGTS em favor de quem se afastou por conta de acidente do trabalho foi engenhado, na verdade, como um *plus do sistema de compensações*, sendo indicativo claríssimo disso o tratamento jurídico de

DOCTRINA

“interrupção contratual ficta” dada pelo parágrafo único do art. 4º da CLT às situações em que o operário se afasta por causas acidentárias do trabalho. Tudo, portanto, se opera no plano da chamada “relação jurídica trabalhista”, e não, por questões óbvias, no âmbito da “relação jurídica previdenciária”.

O empregador – que não pode restabelecer o trabalhador ao seu *status quo ante* – é, portanto, compelido pela norma jurídica a compensar, ainda que de modo fracionado, ao longo dos meses de inatividade, a perda de oportunidades de trabalho sofrida pelo trabalhador.

Essa ideia de “compensação” torna-se bem mais evidente na medida em que se constata que o trabalhador foi aposentado por invalidez, pois, ainda que a título precário, ele se tornou um incapaz multiprofissional, vale dizer, um incapaz que não pode exercer nenhum trabalho. Essa situação o torna ainda mais merecedor da fórmula compensatória adicional criada pelo legislador infraconstitucional com pleno arrimo no disposto no art. 7º, XXVIII, que claramente prevê a assunção de responsabilidade por parte do empregador no momento em que se fala em “indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa”.

Anote-se, por fim, em tom contributivo, que, depois de identificada a aplicabilidade do disposto no § 5º do art. 15 da Lei nº 8.036/90 em favor dos aposentados por invalidez, surge um novo questionamento: qual seria a base de cálculo desses recolhimentos?

A resposta não é simples, porque não é encontrada nos textos legais, mas apenas em norma regulamentar, interpretativa da própria lei. Perceba-se que o parágrafo único do art. 28 do Decreto nº 99.684/90 oferece a solução: a base de cálculo para a situação ora em análise corresponderá à dimensão salarial do mês do afastamento, que será revista sempre que ocorrer aumento geral na empresa ou na categoria profissional a que pertencer o trabalhador. Veja-se:

“Art. 28. O depósito na conta vinculada do FGTS é obrigatório também nos casos de interrupção do contrato de trabalho prevista em lei, tais como:

- I – prestação de serviço militar;
- II – licença para tratamento de saúde de até quinze dias;
- III – licença por acidente de trabalho;
- IV – licença à gestante; e
- V – licença-paternidade.

Parágrafo único. Na hipótese deste artigo, a base de cálculo será revista sempre que ocorrer aumento geral na empresa ou na categoria profissional a que pertencer o trabalhador.”

A forma de apuração da base de cálculo dos recolhimentos que devem ser produzidos por imposição do disposto no § 5º do art. 15 da Lei nº 8.036/90 deixa clara, portanto, a característica indenizatória adicional pretendida pelo legislador. Observe-se que não há incidência sobre a retribuição pelo trabalho, mas, sim, sobre o mero referencial salarial praticado, que, como dito, será revisto sempre que ocorrer aumento geral na empresa ou na categoria profissional a que pertencer o trabalhador.

4 – O ARGUMENTO *A MAIORI, AD MINUS*: COMO DAR TRATAMENTOS DIFERENCIADOS A BENEFÍCIOS QUE TIVERAM A MESMA ETIOLOGIA?

Em apoio aos fundamentos apresentados em cada um dos tópicos acima expendidos, é certo que, por força de um argumento *a maiori, ad minus*, aplicar o § 5º do art. 15 da Lei nº 8.036/90 aos destinatários de auxílio-doença acidentário e não aos aposentados por invalidez acidentária implicaria violação ao princípio da igualdade e, pior que isso, importaria tratar uma situação mais danosa de modo menos favorável.

Para bem entender o que se pretende dizer com isso, imagine-se a seguinte situação exemplificativa: dois motoristas de uma mesma empresa, A e B, estão na cabine de um caminhão; um está dirigindo o veículo enquanto o outro aguarda o momento de assumir, em substituição, a direção. Ocorre um acidente motivado por falta de manutenção do veículo. O trabalhador “A” sofre escoriações e quebra o pé, o que o torna incapaz de realizar temporariamente seu serviço, sendo-lhe, por isso, destinado o auxílio-doença acidentário. O trabalhador “B” sofre traumatismo craniano e ingressa em estado de coma, sem suscetibilidade de retorno às atividades e, conseqüentemente, sem perspectiva de reabilitação. Para o trabalhador “B” é concedida, diante da situação extrema, a aposentadoria por invalidez acidentária.

Pois bem. Pela tese de que o § 5º do art. 15 da Lei nº 8.036/90 somente se aplicaria a quem estivesse afastado por auxílio-doença acidentário, apenas o trabalhador “A” seria destinatário do direito de manutenção dos recolhimentos no FGTS, justamente aquele que menos sofreu os efeitos do acidente. O trabalhador “B”, mais lesado, haveria de contentar-se apenas com o benefício previdenciário.

DOUTRINA

Esse raciocínio é claramente equivocado, uma vez que não há como dar tratamentos diferenciados a benefícios que tiveram a mesma etiologia e, mais do que isso, não há como dar tratamentos diferenciados a benefícios igualmente acidentários apenas com arrimo em elemento que interessa à “relação jurídica previdenciária”, ou seja, com apoio na natureza do benefício previdenciário obtido.

5 – OS MAIS INVOCADOS FUNDAMENTOS PARA A NEGATIVA DE APLICAÇÃO DO § 5º DO ART. 15 DA LEI Nº 8.036/90 EM FAVOR DOS APOSENTADOS POR INVALIDEZ E AS RAZÕES DE SUA INCONSISTÊNCIA

Com a pretensão de acentuar ainda mais a necessidade de dar o mesmo tratamento, sob o ponto de vista da vantagem contida no § 5º do art. 15 da Lei nº 8.036/90, aos trabalhadores afastados por causas acidentárias do trabalho, foram identificados os mais invocados fundamentos para a negativa de aplicação do dispositivo ora em análise em favor dos aposentados por invalidez. Para tanto, foram cuidadosamente lidas dezenas de decisões proferidas por Varas do Trabalho, de acórdãos prolatados por distintos Tribunais Regionais do Trabalho e também de arestos de diferentes turmas do Tribunal Superior do Trabalho.

Nesse processo investigativo constatou-se que não se estenderia o direito de recolhimento do FGTS em favor dos aposentados por invalidez por conta de basicamente três fundamentos, que a seguir serão analisados e, dentro de suas especificidades, refutados.

O primeiro fundamento calca-se na interpretação segundo a qual a “licença por acidente do trabalho” seria um instituto unicamente relacionado ao auxílio-doença acidentário.

Trata-se de um argumento cuja consistência é fragilizada a partir do instante em que se conclui ser a “licença por acidente do trabalho” um instituto próprio da relação jurídica trabalhista, que nenhum efeito sofre em virtude da natureza do benefício concedido no âmbito da relação jurídica previdenciária.

Pouco importará, assim, se o órgão previdenciário ofereceu, ou não, ao segurado o benefício por incapacidade, tampouco se esse benefício foi um auxílio-doença acidentário (B-91) ou uma aposentadoria por invalidez acidentária (B-92). Relevante será, em verdade, saber se o afastamento teve, ou não, causa ocupacional. O tipo de benefício previdenciário outorgado ao segurado é tema secundário, que em absolutamente nada influi sobre as obrigações jurídicas que devem ser assumidas pelos empregadores, sendo disso prova as

diversas situações mencionadas em tópicos anteriores em que, apesar de não haver concessão de benefício previdenciário por incapacidade, subsiste o dever jurídico patronal de recolhimento do FGTS e de respeito à estabilidade em favor de quem, depois de um período de convalescença por conta de acidente do trabalho, retorna às suas atividades laborativas.

O segundo fundamento baseia-se na indefinição da situação do aposentado por invalidez e na indeterminação da data de seu possível retorno às atividades laborais.

Esse é mais um argumento que merece ser repellido, pois não tem a menor razoabilidade. Afirma-se isso porque a indefinição do momento de retorno às atividades não retira da licença o seu caráter de afastamento temporário. Quando se fala em “licença”, fala-se necessariamente em um lapso de tempo que impõe a suspensão da prestação dos serviços no âmbito do contrato de trabalho (os *caputs* dos arts. 475 e 476 da CLT tratam exatamente do mesmo instituto trabalhista: da licença com suspensão do contrato de emprego).

Para bem entender essa situação, basta imaginar que um trabalhador, que é digitador no turno diurno e professor no turno noturno, tenha se tornado incapaz para o trabalho por conta de severos calos em suas cordas vocais de origem ocupacional. Esse trabalhador se tornaria impedido para o exercício de suas atividades de docente, mas não para as de digitador. Se o problema com as cordas vocais se agravasse, o segurado, embora continuasse a realizar suas funções de digitador, estaria impossibilitado *por tempo indeterminado* de voltar à docência. Ora, nesse caso, o referido segurado não poderia ser destinatário de aposentadoria por invalidez, mas apenas de auxílio-doença, haja vista a inexistência de incapacidade multiprofissional. Essa situação é expressamente mencionada no *caput* do art. 74 do Decreto nº 3.048/99. Veja-se:

“Art. 74. Quando o segurado que exercer mais de uma atividade *se incapacitar definitivamente para uma delas, deverá o auxílio-doença ser mantido indefinidamente*, não cabendo sua transformação em aposentadoria por invalidez, enquanto essa incapacidade não se estender às demais atividades.” (destaques não constantes do original)

A despeito da indefinição da situação do segurado que recebe auxílio-doença, e da indeterminação da data de seu possível retorno às atividades laborais, ele, sem dúvidas, seria contemplado com o direito previsto no § 5º do art. 15 da Lei nº 8.036/90.

Por que, então, o mesmo não acontece com o aposentado por invalidez?

O terceiro e último fundamento arrima-se na possibilidade de levantamento do FGTS a partir do reconhecimento da aposentadoria por invalidez.

Outro argumento daqueles que sustentam a impossibilidade de aplicação do § 5º do art. 15 da Lei nº 8.036/90 aos aposentados por invalidez reside na circunstância de eles estarem autorizados a levantar os depósitos do FGTS realizados. Isso seria mesmo suficiente para afastá-los do direito de ver realizados novos depósitos a partir da aposentadoria por invalidez acidentária?

A resposta é evidentemente negativa. O fato de o aposentado por invalidez poder sacar o FGTS depositado apenas o coloca numa situação equivalente à de outros trabalhadores que, sem ter os vínculos de emprego cessados, fruem exatamente da mesma vantagem. Perceba-se que os trabalhadores acometidos de neoplasia maligna (*vide* o art. 20, XI, da Lei do FGTS, nº 8.036/90), ou que tenham idade igual ou superior a setenta anos (art. 20, XV), poderão sacar os depósitos do FGTS quando melhor lhes aprouver.

Imagine-se agora que esses referidos trabalhadores – acometidos de neoplasia maligna ou maiores de setenta anos – tenham sofrido acidente do trabalho e que estejam recebendo auxílio-doença acidentário. Eles terão, sem dúvidas, o direito à aplicação do § 5º do art. 15 da Lei nº 8.036/90 e, sem que se possa objetar a sua condição de licenciado por acidente do trabalho, poderão sacar, a qualquer momento, os depósitos do FGTS.

Por que, então, o mesmo não pode ocorrer com o aposentado por invalidez? Cabe lembrar que onde há a mesma razão deve haver a mesma disposição de direito: *ubi eadem ratio, ibi eadem iuris dispositio*.

6 – DECISÕES QUE SUSTENTAM OS FUNDAMENTOS POSTOS NESTE ESTUDO: A LÓGICA DO RAZOÁVEL

Não somente existem no plano da jurisprudência decisões que negam a aplicabilidade do § 5º do art. 15 da Lei nº 8.036/90. Muitas há, dos mais diversos órgãos jurisdicionais trabalhistas, que, baseadas na lógica do razoável, sustentam a exigibilidade do recolhimento do FGTS em favor dos aposentados por invalidez. Apenas a título de exemplo, e por conta de suas repercussões, destacam-se duas:

“DEPÓSITO DO FGTS. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ.

Em que pese o art. 475 da CLT utilizar a expressão suspensão do contrato de trabalho obriga a contagem do tempo de afastamento para efeito de indenização (nos termos dos arts. 477 e 478 da CLT), na hipótese de dispensa, por ocasião do retorno do Obreiro. É o que se extrai da análise

se do § 1º do mencionado dispositivo. Assim, se a indenização relativa ao período de afastamento é devida ao empregado, motivo não há para não se reconhecer, por similitude, que também é devido o recolhimento compulsório dos depósitos do FGTS enquanto perdurar a situação provisória (aposentadoria por invalidez). Recurso de Revista conhecido e não provido.” (Processo RR 23900-65.2005.5.15.0043, j. 18.12.07, Rel. Min. José Simpliciano Fontes de F. Fernandes, 2ª Turma, DJ 18.03.08)

“FGTS. DEPÓSITOS. SUSPENSÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. RECEBIMENTO DE AUXÍLIO-DOENÇA ACIDENTÁRIO E POSTERIOR CONVERSÃO EM APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. ARTS. 475 DA CLT E 15, § 5º, DA LEI Nº 8.036/90. PAGAMENTO DEVIDO. Nos casos em que a suspensão ocorre por motivo alheio à vontade do reclamante, o legislador determina, em algumas hipóteses, a mitigação os efeitos naturais da suspensão, distribuindo-se os ônus daquela suspensão do contrato de trabalho entre ambas as partes, ou seja, também em desfavor do empregador. Isso ocorre, por exemplo, na determinação de pagamento dos depósitos do FGTS na hipótese da suspensão do contrato em razão de licença por acidente do trabalho, conforme o § 5º do art. 15 da Lei nº 8.036/90, que prevê o seguinte: § 5º O depósito de que trata o *caput* deste artigo é obrigatório nos casos de afastamento para prestação do serviço militar obrigatório e licença por acidente do trabalho. Diante disso, conclui-se que os depósitos de FGTS deverão continuar a ser feitos mensalmente, enquanto o empregado estiver afastado do trabalho em razão de licença por acidente de trabalho, seja com o recebimento do auxílio-doença, acidentário ou não, ou da aposentadoria por invalidez, benefícios de caráter expressamente provisório, nos termos da lei previdenciária atualmente em vigor. A lei, como se observa, não faz nenhuma distinção entre o tipo de benefício recebido pelo empregado, limitando-se a prever que, uma vez verificado que o empregado se encontra licenciado do trabalho em razão de acidente laboral, deve continuar a ter depositado o FGTS relativo a todo o período de seu afastamento. Assim, consignado no acórdão regional que o reclamante recebia auxílio-doença acidentário, o qual, ato contínuo, foi convertido em aposentadoria por invalidez, é patente que continuou com seu contrato de trabalho suspenso em todo o período de gozo de ambos os benefícios previdenciários, fazendo jus, portanto, aos depósitos de FGTS de todo o período, na exata forma do art. 15, § 5º, da Lei nº 8.036/90.” (Processo AIRR 44540-95.2001.5.02.0462, j. 15.06.2011, Rel. Min. José Roberto Freire Pimenta, 2ª Turma, DEJT 24.06.2011)

A primeira decisão referenciada, de forma acertada, partiu do pressuposto da similitude de tratamento entre os benefícios previdenciários por incapacidade ao ressaltar que tanto o auxílio-doença quanto a aposentadoria por invalidez seriam vantagens oferecidas a título precário e que o direito contido no art. 15, § 5º, da Lei nº 8.036/90 decorreria, em rigor, da situação acidentária, e não de outro motivo. A segunda, por sua vez, fundou-se na ideia de que o acidente do trabalho produz uma situação de suspensão contratual por motivo alheio à vontade do trabalhador e de que a lei não teria realizado nenhuma distinção baseada no tipo de benefício previdenciário recebido pelo empregado. Ambas as decisões são complementares entre si e seus posicionamentos dão apoio a tudo o que aqui foi sustentado.

7 – CONCLUSÕES

Diante do que foi tratado no presente estudo, podem ser extraídas algumas conclusões fundamentais, que a seguir são oferecidas com o objetivo de arrematar a discussão:

a) Apesar de toda a proeminência da relação jurídica trabalhista, não se pode esquecer que, num feixe normalmente paralelo, se desenvolve, também, autonomamente, a “relação jurídica previdenciária”, que nem sempre depende de um vínculo trabalhista que lhe dê sustentação. Há situações em que, a despeito de não existir relação trabalhista, haverá, mesmo assim, relação jurídica previdenciária. A autonomia das relações jurídicas “trabalhista” e “previdenciária” justifica, portanto, que elas possam começar e/ou terminar em instantes diferentes e até mesmo existir de forma independente e autônoma. Essas relações normalmente “transitam” em estradas paralelas, não interferentes uma na outra;

b) “Licença por acidente do trabalho” e “benefício previdenciário” são institutos totalmente diferentes que “transitam”, respectivamente e de forma autônoma, pelas “estradas” trabalhista e previdenciária;

c) A locução “licença por acidente do trabalho”, presente no § 5º do art. 15 da Lei nº 8.036/90, nada mais é do que o lapso temporal durante o qual o contrato de emprego permanece suspenso para a fruição do correspondente benefício previdenciário. É exatamente o *interim* de “suspensão” a que se refere o art. 475 da CLT em relação à aposentadoria por invalidez e nada mais, nada menos do que a “licença não remunerada” contida no art. 476 do mesmo diploma legal;

d) A Lei nº 9.711/98 criou vantagem compensatória em favor do trabalhador que, independentemente de sua vontade, se visse afastado da sua regular vida laboral na empresa. O legislador, sensível ao estado dos envolvidos em

DOUTRINA

acidentes do trabalho e aos convocados para a prestação do serviço militar obrigatório, acrescentou o § 5º no art. 15 da Lei nº 8.036/90 com o propósito de incrementar o sistema de vantagens compensatórias até então existentes. Desse modo, o empregador foi eleito para suportar a carga do recolhimento, sendo facilmente compreensíveis as razões para tanto no que diz respeito às situações de “licença por acidente do trabalho”. Enfim, foi ele quem – direta ou indiretamente – proporcionou o afastamento não desejado;

e) O recolhimento do FGTS em favor de quem se afastou por conta de acidente do trabalho foi engehado como um *plus* do sistema de compensações;

f) Ao contrário do que normalmente se entende nos tribunais do trabalho do país, o empregado em gozo de “licença por acidente do trabalho” terá, sim, o direito de ver efetivados recolhimentos no seu FGTS durante o seu afastamento da “relação jurídica trabalhista”, independentemente do benefício que lhe tenha sido concedido no âmbito de sua “relação jurídica previdenciária”, seja auxílio-doença acidentário ou aposentadoria por invalidez acidentária;

g) A aplicação do § 5º do art. 15 da Lei nº 8.036/90 aos destinatários de auxílio-doença acidentário, e não aos aposentados por invalidez acidentária, viola o princípio da igualdade e, pior que isso, importa oferecimento de tratamento a uma situação mais danosa de modo menos favorável. Não há como dar tratamentos diferenciados a benefícios que tiveram a mesma etiologia e, mais do que isso, não há como dar tratamentos diferenciados a benefícios igualmente acidentários apenas com arrimo em elemento que interessa à “relação jurídica previdenciária”, ou seja, com apoio na natureza do benefício previdenciário obtido;

h) Pouco importa se o órgão previdenciário ofereceu, ou não, ao segurado o benefício por incapacidade, tampouco se este benefício foi um auxílio-doença acidentário (B-91) ou uma aposentadoria por invalidez acidentária (B-92). Relevante será, em verdade, saber se o afastamento teve ou não causa ocupacional. O tipo de benefício previdenciário outorgado ao segurado é tema secundário, que em absolutamente nada influi sobre as obrigações jurídicas que devem ser assumidas pelos empregadores;

i) A indefinição do momento de retorno às atividades não retira da licença o seu caráter de afastamento temporário. Quando se fala em “licença”, fala-se, necessariamente, em um lapso de tempo que impõe a suspensão da prestação dos serviços no âmbito do contrato de trabalho;

j) O fato de o aposentado por invalidez poder sacar o FGTS depositado apenas o coloca numa situação equivalente à de outros trabalhadores que, sem ter os vínculos de emprego cessados, fruem exatamente da mesma vantagem.

A TERCEIRIZAÇÃO REVISITADA: ALGUMAS CRÍTICAS E SUGESTÕES PARA UM NOVO TRATAMENTO DA MATÉRIA

Márcio Túlio Viana*

1 – A TERCEIRIZAÇÃO EM GERAL

Uma mesma palavra pode ter mais de um sentido. A palavra “terceirização” é assim. Pode-se terceirizar, de um lado, como faz a indústria de automóveis; de outro, como faz uma empresa de conservação e asseio.

No primeiro caso, a fábrica externaliza etapas do processo produtivo. Em vez de fabricar um automóvel inteiro, divide a produção com suas *parceiras*. No segundo caso, a empresa internaliza empregados de outras. Em vez de contratar pessoal de limpeza, ela contrata... quem os contratou.

O que há de comum nas duas formas é que em ambas a empresa externaliza custos e internaliza a lógica da precarização. No mesmo instante em que cobra mais responsabilidades dos que lhe prestam serviços, tenta crescentemente se desresponsabilizar.

A precariedade se liga com o desemprego, e o desemprego é sempre uma tragédia. Ele tensiona e enfraquece os laços familiares e ajuda (por isso mesmo) a isolar os indivíduos. Há alguns anos, por exemplo, as curvas das dispensas e do suicídio entre os trabalhadores franceses de 25 a 49 anos caminhavam lado a lado. Entre os precários em geral, o consumo de psicotrópicos era três vezes maior que o normal¹.

Quando perde o emprego, o trabalhador perde também a autoestima. De um lado, porque – mesmo sem ter consciência disso – deixa de se sentir parte de um todo, homem útil na construção (ou recriação) do mundo. De outro, porque o mesmo discurso que lhe exige adaptações e mobilidades também lhe cobra

* Professor nas Faculdades de Direito da UFMG e da PUC Minas; desembargador aposentado do TRT da 3ª Região.

1 BOLTANSKI, Luc; CHIAPELLO, Ève. *O novo espírito do capitalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 466.

performances e sucesso na vida, atribuindo-lhe culpas e responsabilidades. Assim, o gesto do patrão que o despede é sentido pelo empregado como um “fracasso pessoal”².

Por outro lado, em ambos os casos – e como veremos melhor adiante – a terceirização fragmenta a coletividade operária³. Ora, ao contrário do que acontece com o Direito Comum, o Direito do Trabalho está sempre questionado; vive sob tensão. Por envolver um embate constante entre trabalho e capital, exige um acúmulo maior de forças não só para se construir formalmente, como para se efetivar na realidade. Nem mesmo a existência de um forte aparato estatal – auditores fiscais, uma Justiça e um Ministério Público especializados, como acontece no Brasil – garante o equilíbrio de forças. Assim, a ação coletiva deve estar sempre presente, ainda que em potência. Quando o sindicato se enfraquece, é o *próprio Direito* que entra em crise.

Desse modo, para além de suas (reais ou falsas) justificações técnicas, a terceirização se insere numa estratégia de largo espectro, não apenas sob o prisma econômico, mas na dimensão política. É uma das formas mais potentes – e ao mesmo tempo mais sutis – de semear o caos no Direito do Trabalho, subvertendo os seus princípios e corroendo seus alicerces⁴. Além disso, num mundo em que tudo se move, ela oferece à empresa uma rota de fuga, não só confundindo responsabilidades como tornando menos visível a exploração da mão de obra. Assim, de certo modo, a terceirização não apenas pode conter fraudes, mas é *em si mesma* uma fraude.

1.1 – Para diferenciar as duas formas

Vimos que numa das formas de terceirização a empresa *leva para fora* etapas de seu ciclo produtivo; ao passo que na outra *traz para dentro* trabalhadores alheios.

Se atentarmos para o *lugar* onde essas duas formas de terceirização em geral se desenvolvem, podemos chamar a primeira de *externa* e a segunda de

2 *Idem*.

3 Observam Boltanski e Chiapello, a propósito da nova realidade empresarial, que “o fato de todos pertencerem à mesma comunidade de trabalho é modificado pelas novas formas de organização.” (Op. cit., p. 297)

4 Esse caráter estratégico fica ainda mais claro quando se percebe que, no mundo globalizado de hoje, a política dos que detêm o poder “é projetada basicamente para reduzir o preço do trabalho... algo semelhante a um processo de acumulação primitiva, um processo de reproletarização” (HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. *Império*. Rio de Janeiro: Record, 2011. p. 47).

interna. Mas ainda que adotemos essa terminologia – como faremos nesse trabalho – é preciso admitir que a diferença relacionada com o lugar é relativa.

De fato, pode acontecer – mesmo por exceção – que a empresa externalize etapas de seu ciclo produtivo, mas suas parceiras atuem na mesma planta, num único ambiente – como ocorre em algumas fábricas de automóveis. Outras vezes, inversamente, a empresa internaliza empregados de outra, mas esses trabalhadores permanecem fora dela – como é o caso de alguns *call centers*.

Assim, para entender melhor a diferença e o significado das duas formas de terceirização, talvez seja interessante voltarmos a uma velha e sábia lição de Olea, que compara o trabalho por conta própria com o trabalho por conta alheia⁵.

No trabalho por conta própria, o produto pertence ao trabalhador do início ao fim do processo produtivo. O artesão faz o seu balaio e só num segundo momento o transfere – se quiser – para as mãos do comprador.

Já no trabalho por conta alheia, o produto vai passando automaticamente para o empresário, *em tempo real*, na medida em que vai sendo fabricado. É como se, pouco a pouco, o balaio do artesão fosse escorrendo de suas mãos.

A terceirização externa, como dizíamos, lembra o trabalho por conta própria. Uma empresa contrata a outra, mas o que lhe interessa é o produto final. Por isso, só ao término da produção passa a ter propriedade sobre ele.

Ora, essa forma de terceirização, por si mesma, não afeta de forma negativa as subjetividades. Trabalhar numa fábrica que fornece peças não é substancialmente diferente do que trabalhar numa montadora. Estar aqui, ao invés de estar ali, não fere a dignidade de ninguém. Em última análise, trata-se do mesmo fenômeno que faz nascerem, de um lado, fábricas de relógios, e de outro, de doces de leite.

Naturalmente, nessa hipótese, não se pode dizer que o operário da fábrica de autopeças exerça uma atividade-meio, já que o fim da fábrica será exatamente produzir peças – ainda que, num segundo momento, sejam estas vendidas para a montadora. Na verdade, na terceirização externa, a discussão sobre atividade-meio ou fim *simplesmente não se coloca*.

Já a terceirização interna nos remete ao trabalho por conta alheia. Uma empresa se serve dos empregados contratados por outra, e o que lhe interessa,

5 OLEA, Alonso. *Introdução ao direito do trabalho*. Coimbra: Almedina, 1965. *passim*.

diretamente, é a própria prestação de serviços. Assim, à medida que o produto é construído, vai passando automaticamente para as suas mãos.

A terceirização interna desloca o empregador para fora da relação jurídica de emprego, como se ele fosse uma peça de xadrez⁶. Aliás, no fundo, o novo modelo produtivo tem feito muito esse jogo, embora quase sempre prefira deslocar não o *rei*, mas o *peão*, ou seja, o empregado – como acontece, por exemplo, nos contratos de estágio ou nas cooperativas de mão de obra. Mas isso em nada altera o resultado final, já que a relação jurídica, de um modo ou de outro, se desmonta. Assim, quando a Súmula nº 331 do TST taxa uma terceirização de ilícita, e reconhece o tomador como empregador, não faz mais do que recolocar as peças no lugar de onde nunca deveriam ter saído.

Quanto ao trabalhador terceirizado, não é diferente, sob alguns aspectos, do burro de carga ou do trator que o fazendeiro abastado aluga aos sitiantes vizinhos. Jogado daqui para ali, de lá para cá, é *ele próprio* – e não apenas sua força de trabalho – que se torna objeto do contrato, ainda que dentro de certos limites. Num passe de mágica, e sem perder de todo sua condição humana, o trabalhador se vê transformado em mercadoria⁷. Seu corpo está exposto na vitrine: a empresa tomadora *vai às compras* para obtê-lo, e de certo modo o pesa, mede e escolhe.

Falando do homem dos tempos modernos, Bauman o retrata como o peregrino – que segue firme o seu percurso, *procrastinando* sua felicidade, sua realização pessoal. Para esse homem, “o significado do presente está no futuro”⁸. E é esse futuro planejado, esperado, que “dá forma ao informe, transforma o fragmentado num inteiro, dá continuidade ao que é episódico”⁹. Já o homem pós-moderno está mais para o vagabundo ou para o turista. Ele se mexe, se move, mas com os olhos postos no presente. Sua vida é uma sucessão de recortes, de retalhos descosturados.

Mas o vagabundo e o turista, embora tenham aquele traço em comum, também são diferentes: o primeiro não tem um lugar, o segundo tem mil lugares.

6 Num tempo em que se valorizam a realização pessoal e a autonomia, o corte nos projetos de vida e nas relações humanas tende a ser visto (e sentido) como um fracasso pessoal, com abstração de suas causas reais (Boltanski e Chiapello, cit., p. 421)

7 É verdade que (pelo menos formalmente) o terceirizado expressa a sua vontade; mas também o faziam certos escravos e servos antigos, que contratavam (também formalmente) sua condição, em troca da proteção do senhor. Do mesmo modo, é verdade que há limites para o uso de seu corpo pelo capitalista; mas também não haverá limites (formalmente, mais uma vez) para a utilização de qualquer forma de propriedade (e por extensão, da própria empresa), à qual se atribui hoje uma “função social”?

8 BAUMAN, Zygmunt. *Modernità liquida*. Bari: Laterza, 2008. p. 181.

9 BAUMAN, Zygmunt. *La società dell'incertezza*. Biologna: Il Mulino, 1999. p. 33.

DOCTRINA

E a mesma diferença podemos encontrar entre o terceirizado e o seu oposto extremo – o trabalhador com vínculo direto, bem qualificado, que distribui currículos pela internet e se desloca por sua própria conveniência. Tanto um quanto o outro são como folhas ao vento. Mas – no limite – o terceirizado (ou o vagabundo) pode se tornar a sombra do trabalhador com vínculo direto (ou o turista), que hoje ainda consegue escolher onde ficar, mas no futuro corre o risco de ser apenas *escolhido*. Como naquelas téticas mensagens de alguns cemitérios, um sussurra para o outro: “eu sou você amanhã...”.

Um caso à parte é a empreitada. Uma empresa se desloca com seus homens, suas ferramentas e (às vezes) todo o material necessário para montar uma máquina, construir uma casa ou prestar serviços de manutenção em elevadores. Em relação ao tomador, a atividade lembra o trabalho eventual. Além disso, não há subordinação, nem pessoalidade (hipóteses em que a própria figura se desnaturaria). Mas o que realmente importa é que os trabalhadores se ligam efetivamente – até mesmo em termos psicológicos – à empresa prestadora de serviços. É como se toda a empresa se deslocasse junto com eles.

A terceirização *externa* quebra a classe operária em termos objetivos, na medida em que viabiliza a produção em pequenas unidades, na forma de rede; a *interna* a divide sobretudo em termos subjetivos, pois mistura num mesmo lugar trabalhadores efetivos da tomadora com uma categoria de empregados oscilantes, flutuantes, *ciganos*.

Somadas, ambas as formas servem para que o sistema capitalista supere a contradição histórica a que desde o início se viu submetido: ter de reunir para produzir, e não poder evitar os efeitos dessa união. Agora, torna-se possível *produzir sem reunir* (exemplo da indústria de automóveis), e até mesmo *reunir sem unir* (caso da empresa de asseio e conservação).

O que tem sido dito para justificá-las?

A primeira forma se explicaria, dentre outras razões, por ser a tecnologia cada vez mais complexa, o que exige especialidades sempre mais refinadas. Mas se é verdade que ela serve para isso, pode também se revelar um hábil instrumento para degradar as condições de salário e trabalho.

De fato, quanto mais se avança para as últimas malhas da rede, mais frágeis tendem a ser as empresas. Elas fazem aquele “serviço sujo” que a empresa principal – mais visível – não quer ou não pode fazer. E é também desse modo que as empresas menores lidam com a concorrência, cada qual tentando oferecer um contrato menos oneroso (e assim, mais apetitoso) para a grande. Na verdade, precarizar pode ser até mesmo uma questão de sobrevivência para

a contratada, pois a contratante desvia para ela as pressões que recebe (para inovar, melhorar a qualidade e vencer a concorrência).

Quanto ao outro tipo de terceirização, o discurso é quase o mesmo. Ela serviria para que a empresa principal se liberasse de suas atividades acessórias, concentrando-se no foco de suas atividades. No entanto – pelo menos em princípio –, não se trata, como no primeiro caso, de uma possível necessidade técnica. E as consequências sobre os trabalhadores são bem mais graves.

1.2 – A terceirização como parte de um processo

Quando falamos em terceirização, nem sempre percebemos sua real complexidade. Ao contrário do que às vezes parece, não se trata de um fenômeno isolado, muito menos de simples questão jurídica. Há todo um conjunto de tendências que pressionam em sua direção.

Hoje, tanto quanto os objetos que ela produz, a empresa quer ser volátil, inconstante, versátil. Quer se apresentar magra, ágil, leve, livre – reproduzindo, curiosamente, o ideal contemporâneo do corpo feminino. Isso lhe permite reduzir não só os custos, mas os riscos, reagindo mais facilmente às variações do mercado.

No novo modelo de produção, a forma animal que melhor representa a empresa já não é a do elefante, nem exatamente a do camundongo – mas a do camaleão, animal pequeno, ágil e ao mesmo tempo imprevisível e mutante. E a terceirização corresponde a essa imagem. Afinal, o que ela promete é exatamente a fuga, a máscara, a ambiguidade, a liberdade de movimentos. Aliás, nós mesmos estamos assim, ágeis, móveis, pragmáticos, flexíveis, em rede.

Mas a terceirização também entra em sintonia com uma paisagem cada vez mais fugaz, veloz, picotada. Os noticiários da TV nos dão um bom exemplo: o mundo chega à nossa casa em recortes, sequência de cenas sem ligação. Ao mesmo tempo, vários fatores – como a globalização, o pragmatismo, a relativização de tudo – têm multiplicado as misturas, colagens, composições, a ponto de se falar numa verdadeira *estética* do híbrido¹⁰. As redes que nos cercam são um bom exemplo – e nelas se insere a terceirização, que *em si mesma* é também um hibridismo, uma colagem.

10 É esse, por exemplo, o título de uma interessante obra sobre o cinema na pós-modernidade, de autoria de Barbara Maio e Christian Uva (Bulzoni, Roma, 2003).

Alguns autores, tratando das recentes transformações sociais¹¹, observam a tendência de se trocar a propriedade pela posse. Se viajamos para um lugar distante, às vezes preferimos alugar um carro. Nas *lan houses*, pagamos pelo uso de computadores. Nossa filha ou namorada aluga o vestido de noiva. Em cidades como Paris, pedalamos bicicletas públicas. Do mesmo modo, em grau crescente, as empresas utilizam coisas alheias – dentre as quais se incluem os trabalhadores coisificados, com todo o seu potencial (paradoxalmente) humano.

Talvez esse último fenômeno também possa ser explicado pelo velho Marx. Quem possui alguma coisa – diz ele – é igualmente possuído. Ora, quando a empresa terceiriza, de certo modo deixa de ser *dona*. Já não tem as máquinas, as instalações, os contratos de trabalho. Livra-se do peso do domínio.

Por fim, se dermos à palavra um sentido bem amplo, veremos que a terceirização invade cada vez mais as nossas vidas: são as babás da creche que cuidam de nossos filhos, os agentes de viagem que compram as nossas passagens, os cambistas do futebol que nos vendem os ingressos. De certo modo, o próprio empregador *terceiriza-se* no empregado, quando projeta dentro dele não só o desejo (ou a necessidade) de obedecer, mas o *próprio comando* – como se o transformasse também num híbrido, empregado e empregador de si mesmo¹².

No caso da terceirização interna, a própria descontinuidade (usual, embora nem sempre presente) dos contratos de trabalho pode encontrar suporte na ideia de que hoje tudo é fugaz e rápido. Nesse sentido, ele, terceirizado, é visto como o modelo (ou talvez o protótipo) do trabalhador do século XXI. Em sentido maior, seria a metáfora viva do homem pós-moderno, e isso faz sua condição ser mais aceita, mais *naturalizada*.

Tudo isso não significa, é claro, que a terceirização seja algo natural, e muito menos positivo. Ao contrário, ela se insere num movimento recorrente do sistema capitalista, que é capaz de absorver e metabolizar o ambiente – inclusive as críticas que lhe são feitas – em seu próprio benefício. Outros exemplos acontecem quando a empresa reduz suas hierarquias, promove a concorrência entre as equipes ou chama os empregados de “colaboradores”: em todos esses casos, e em muitos outros, ela acompanha tendências ou aspirações do homem pós-moderno, como as de maior igualdade e mais competitividade. E é assim, travestindo-se de novo, que o capitalismo se (re)legitima, confunde e neutraliza

11 Como FERRARESE, Maria Rosaria. *Le istituzioni della globalizzazione: diritto e diritti nella società transnazionale* – Il Mulino, Bologna, 2000. *passim*.

12 Também nesse sentido mais amplo, pode-se dizer que o próprio empresário é um terceiro, por se colocar entre quem produz (o trabalhador) e quem compra (o consumidor).

os seus adversários e chega a ponto de conquistar a adesão inconsciente do próprio trabalhador¹³.

Até mesmo as exigências de liberdade, que hoje parecem ainda mais fortes e disseminadas, ajudam a legitimar tudo o que a *livre*-iniciativa inventa – não só fortalecendo os acordos de vontade, em detrimento da lei, como abrindo espaços para novas práticas empresariais, do *just in time* ao trabalho escravo, da robotização às terceirizações (ou tudo isso de uma vez).

Por outro lado, também o trabalhador sofre os efeitos das mudanças econômicas, políticas, sociais e culturais. Mais individualista e pragmático, vivendo um presente quase sem futuro¹⁴, e sentindo-se muito mais inseguro, ele simplesmente agarra o que lhe aparece pela frente. Muito mais do que antes, *conforma-se* – ou seja, acompanha as formas da empresa e do produto que fabrica – e nesse sentido também se deforma.

Nas terceirizações internas, pode até acontecer, vez por outra, que ele se sinta exatamente como o tratam: objeto ou animal. No limite, porém, é também possível que nem mesmo o fato de se ver convertido – já agora, sem disfarces – em trator ou burro de carga consiga realmente tocá-lo. Sua nova qualidade de mercadoria se espalha de tal maneira em seu corpo e em sua alma que ele já não percebe sua verdadeira condição humana. E, nesse caso, *não sentir nada* talvez seja ainda pior do que sentir-se coisa. É mais ou menos essa a situação de Joseph K., o personagem de Kafka, em sua mesa de trabalho: “como o homem que estivesse condenado a se ver sempre num espelho côncavo, ele só se reconhece a si mesmo quando vê sua imagem deformada”¹⁵.

1.2.1 – O direito nesse mesmo processo

Pergunta-se: como o Direito se coloca diante dos novos tempos?

Segundo alguns autores¹⁶, ele hoje tende a aderir – bem mais do que antes – à realidade subjacente. Quando intervém, é mais reativo que ativo.

13 Nesse sentido, cf. BOLTANSKI, Luc; CHIAPELLO, Ève. *O novo espírito do capitalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. *passim*.

14 Fala-se em “hipertrofia do presente” (NASSIF, Elaine. *Conciliação judicial e indisponibilidade de direitos: paradoxos da “justiça menor” no processo civil e trabalhista*. São Paulo: LTr, 2000. *passim*).

15 VÁZQUEZ, Adolfo Sánchez. *As ideias estéticas de Marx*. São Paulo: Expressão Popular, 2011. p. 139. Acrescenta o autor, comentando ainda “O Processo”, de Kafka, que “a existência de Joseph K. só se torna problemática quando é abalada por um fato singular, que o afeta não em seu ser burocrático, abstrato, mas em seu ser concreto real, individual” (*idem*, p. 140). Transportando essa imagem para o terceirizado, pode-se pensar esse “fato individual” como o desemprego.

16 São exemplos os já citados Ferrarese e Boltanski, além do nosso José Eduardo Faria.

Dá respostas pontuais, casuísticas, de superfície. Não obedece a um projeto. Justifica-se, pura e simplesmente, por atender às contingências. Na verdade, é a própria incerteza que o legitima¹⁷. E é um Direito que concorre com outros Direitos, crescentemente sintonizados com os interesses das grandes corporações – elas próprias, direta ou indiretamente, produtoras de normas.

Em outras palavras: as regras jurídicas se mostram desafiadas umas pelas outras¹⁸. E entre essas regras em conflito se encontram exatamente as que viabilizam a terceirização. Vista como “vantagem comparativa” de um ordenamento sobre o outro, ela surge como uma suposta necessidade da economia, que por sua vez seria obra do destino: uma espécie de *tsunami* que afoga em suas vagas as normas de proteção. E a concorrência também se dá no plano interno. O Direito do Trabalho entra em choque com o Direito Civil e o Empresarial – e a tendência é perder terreno.

É verdade que esse último embate nem sempre tem resultados negativos. As normas *civilistas* que o Direito do Trabalho incorporou – como o combate às discriminações e aos assédios – avançaram a todo vapor, embora em descompasso com as regras intrinsecamente *trabalhistas* – que importam distribuição de renda¹⁹.

Além disso, o mesmo Direito que hoje parece tão precário também valoriza os princípios, em detrimento das regras; e, exatamente por ser mais pragmático, tende a se tornar mais “judicial”, à semelhança do que acontece nos países da *common law*²⁰. Desse modo, apesar da multiplicação de Súmulas e OJs, é cada vez mais amplo o papel criador do intérprete.

No entanto, mesmo esses aspectos positivos apresentam seus limites.

De um lado, a ênfase antidiscriminatória pouco nos aproveita, na medida em que a terceirização, em geral, não costuma ser vista como prática de discriminação.

17 MONGARDINI, Carlo. Prefazione. In: MONGARDINI, Carlo (Org.). *L'epoca della contingenza*. Milano: FrancoAngeli, 2009. p. 20.

18 FERRARESE, Maria Rosário. *Le istituzioni della globalizzazione*. Il Mulino, Bologna, 2000. p. 51. Mais adiante, acrescenta a autora que “a inovação jurídica se faz ela própria instrumento de concorrência. A contratação e a concorrência em torno dos institutos jurídicos se tornam em tal senso imprescindíveis elementos de dinamização dos mercados” (op. cit., p. 95).

19 A propósito, tecemos breves anotações no texto: “Direito Civil x Direito do Trabalho: caminhos que se cruzam”, *mimeo*.

20 *Idem*.

De outro lado, a mesma liberdade que induz a aplicação dos princípios abre espaço para sua releitura – e aqui, mais uma vez, pode entrar em cena a justificativa da contingência, da emergência. Assim, ao decidir pró-empresa – numa causa que em outros tempos seria decidida pró-empregado –, um juiz menos crítico pode invocar até mesmo o princípio da proteção, alegando que dessa forma estará defendendo postos de trabalho. Aliás, esse argumento – com raízes, talvez, em Adam Smith – tem sido usado com frequência por alguns economistas e juristas neoliberais, que matreiramente transferem para os seus próprios leitores e ouvintes a conclusão de que o melhor, então, seria acabar com *toda* a legislação trabalhista...

Seja como for, se os riscos existem, não são maiores que as oportunidades. A própria imagem do juiz – cada vez mais visível e questionada – conspira a favor do *bom direito*. Afinal, em razão mesmo de sua maior liberdade, já não lhe é tão fácil se esconder – seja por excesso de comodismo ou falta de idealismo – por detrás das palavras do legislador. No momento em que a letra da lei perde espaço em favor da alma do direito, o juiz (ou o procurador do trabalho, o auditor, o advogado) passa a ser visto pela sociedade não apenas como alguém que *sabe*, mas como alguém que *quer*.

É também verdade, por outro lado, que a norma jurídica não pode se abstrair da realidade; e a realidade, como estamos vendo, tem mudado profundamente. Mas até que ponto, e em qual sentido, essa correspondência deve acontecer? Se a norma jurídica se limitasse a registrar o fato, só nos restaria o triste papel de lamentar, rezando ou torcendo para que as coisas mudassem. Por essas e outras razões, o melhor é acreditar que – apesar de sua própria crise – o Direito pode e deve interagir positivamente com o contexto, transformando o que for possível transformar. E o Direito, nós sabemos, não é apenas o código; hoje, talvez mais do que ontem, é *cada um de nós*.

Sendo assim – pergunta-se –, como enfrentar as duas formas de terceirização?

É a questão que analisaremos a seguir.

2 – A REGULAÇÃO DA TERCEIRIZAÇÃO EXTERNA

A terceirização externa pode ser inserida no art. 2º, § 2º, da CLT, que responsabiliza solidariamente as empresas do mesmo grupo econômico. Mas para isso é preciso que se pense no grupo *de forma ampla*.

De um lado, porque nem sempre haverá uma empresa mãe, como a letra da lei exige. É preciso que se desconsidere essa limitação, já que o tráfico de

DOCTRINA

influência pode ser recíproco e horizontal, como pondera a melhor doutrina; e onde há a mesma razão, a mesma disposição há de haver. A interpretação gramatical deve ceder espaço à teleológica.

De outro lado, porque o grupo empresarial se constitui hoje de forma bem mais difusa, opaca e sutil do que antes. Desse modo, é preciso que haja – digamos assim – mais boa vontade ou mais sensibilidade para percebê-lo. O ideal será considerá-lo existente *sempre que houver organização em rede para produzir*.

Além disso, seria interessante concluir que a solidariedade é ativa e passiva, independentemente do que o contrato disser, para que se garantam direitos importantes aos trabalhadores – como a contagem do tempo de serviço, a hora extra e a equiparação salarial, e até mesmo o enquadramento sindical, só para citar alguns exemplos.

Ampliar o conceito de grupo significa garantir o pagamento dos créditos trabalhistas. Ampliar a ideia de solidariedade significa preservar a isonomia.

3 – A REGULIZAÇÃO DA TERCEIRIZAÇÃO INTERNA

Como sabemos, parte dessa matéria está regulada em lei; mas como a lei não diz tudo, a jurisprudência a completa, através da Súmula nº 331 do TST. Diz ela:

“CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) – Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011

I – A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.74).

II – A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III – Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.83) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

DOUTRINA

IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V – Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei nº 8.666, de 21.06.93, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.”

A propósito dessa Súmula, abordaremos a seguir os seguintes pontos: a) a necessidade de conter a terceirização interna; b) dentro desse tópico, os vários critérios possíveis; c) a questão da responsabilidade; d) a isonomia salarial; e) o enquadramento sindical.

3.1 – A necessidade de se contê-la

Não há dúvida de que essa forma de terceirização (tanto quanto a outra) é não apenas um fator de precarização como uma tendência forte atual. Assim, a Súmula nº 331 a um só tempo a restringe e a reforça – aceitando-a mesmo em hipóteses não previstas em lei, desde que atendidos alguns requisitos.

Na verdade, toda forma de terceirização interna deveria ser proibida. Trata-se de uma das mais claras violações à dignidade humana. Afronta os tão *badalados* direitos humanos. Sem meias palavras, trata-se de um tráfico de pessoas. Não parece haver qualquer diferença entre essa prática e a velha *marchandage*, contra a qual o Direito do Trabalho sempre lutou. Sua admissão implica verdadeira ruptura de paradigma, um episódio de *destruição criativa* tão profundo, no campo jurídico, quanto o que atingiu os meios de transportes ou as telecomunicações, no mundo tecnológico.

Além disso, pode-se muito bem concluir que essa terceirização, *por si só*, discrimina. Cria uma subespécie de trabalhadores, cujos corpos, como

dizíamos, são virtualmente negociados por um intermediário, que os aluga ou arrenda, nua e cruamente, como se fossem animais ou coisas²¹.

Ao mesmo tempo em que reduz salários e degrada as condições de saúde e segurança, a terceirização acelera os ritmos do trabalho. E isso acontece muitas vezes de forma oculta, pelas mãos do próprio trabalhador. Pressionado pelo medo, ele responde, aflito, com o que parece ser coragem. Para usar um verbo da moda, *turbina-se*.

Assim, paradoxalmente, enquanto reduz os custos do controle, a terceirização intensifica a exploração. E isso significa, em última análise, que quanto mais instável é o ambiente para o empregado, mais estável ele se torna para o empregador. E o que é pior: a instabilidade se naturaliza, como se fosse algo inevitável. O próprio trabalhador corre o risco de se acostumar com esse jogo – o que não significa, naturalmente, que o resultado lhe seja favorável.

Como dizíamos, a terceirização também fragmenta por fora e por dentro a classe trabalhadora, neutralizando os conflitos coletivos. A própria dissociação entre quem paga e quem dirige “tende a separar a reivindicação salarial (...) da contestação da organização do trabalho”²². De resto, como já notamos, o terceirizado de hoje pode se tornar o empregado direto amanhã, e vice-versa, o que leva cada um a ambicionar ou a temer o destino do outro.

Mas pode também acontecer um fenômeno inverso:

“Houve tempo nem tão distante em que os temporários eram vistos como fura-greves. Agora os operários veem seus filhos tornar-se temporários e ser submetidos a condições tão difíceis em seu ingresso na vida ativa que os perdoam até pelo fato de trabalharem enquanto eles mesmos estão em greve.”²³

21 Ressalve-se, mais uma vez, apenas a hipótese da empreitada, que toca as fronteiras desse tipo de terceirização, mas não se confunde com ela. Nesse caso, o importante não é a atividade em si, mas o seu resultado; por isso, as pessoas não são objeto do negócio. A propósito, diz o art. 455 da CLT: “Nos contratos de subempreitada responderá o subempreiteiro pelas obrigações derivadas do contrato de trabalho que celebrar, cabendo, todavia, aos empregados, o direito de reclamação contra o empreiteiro principal pelo inadimplemento daquelas obrigações por parte do primeiro. Parágrafo único. Ao empreiteiro principal fica ressalvada, nos termos da lei civil, ação regressiva contra o subempreiteiro e a retenção de importâncias a este devidas, para a garantia das obrigações previstas neste artigo.” Em relação ao dono da obra, completa a OJ nº 191 do TST: “CONTRATO DE EMPREITADA. DONO DA OBRA DE CONSTRUÇÃO CIVIL. RESPONSABILIDADE. Diante da inexistência de previsão legal específica, o contrato de empreitada de construção civil entre o dono da obra e o empreiteiro não enseja responsabilidade solidária ou subsidiária nas obrigações trabalhistas contraídas pelo empreiteiro, salvo sendo o dono da obra uma empresa construtora ou incorporadora.”

22 *Idem*, p. 298.

23 BOLTANSKI, Luc; CHIAPELLO, Ève. *O novo espírito do capitalismo*. Martins Fontes, São Paulo, 2009. p. 294.

Aliás, esse é mais um exemplo de como a terceirização produz novas subjetividades, a um só tempo precárias e precarizantes. De quebra, pressiona para baixo as condições de trabalho não só dos terceirizados, mas dos empregados da tomadora e – em sentido mais amplo – do mercado de trabalho em geral²⁴. E de forma análoga envolve não apenas um aspecto ou uma parte do Direito do Trabalho, mas todo ele, na medida em que – potencializando as diferenças e enfraquecendo as solidariedades – subtrai sua efetividade e dificulta sua vocação histórica de avançar sempre, reduzindo de forma crescente as desigualdades sociais.

Por tudo isso, em termos ideais, andaria bem o nosso o legislador se simplesmente *proibisse* terceirizar. Mas seria isso factível? Às vezes, sem força ou vontade para enfrentar a realidade, mas sentindo-se insatisfeito ou constrangido diante dela, o Direito busca soluções de meio termo – que podem expressar uma composição.

Ora, se esse parece ser o caso da terceirização interna, vejamos o que o Direito está fazendo e o que pode fazer ainda para restringi-la²⁵. É claro que essa opção menor não inviabiliza a outra. É possível defender a tese que nega radicalmente a terceirização, e ao mesmo tempo, de forma alternativa, propor novas formas de minimizá-la.

Sob esse último aspecto, não existe uma solução perfeita, e nem mesmo, talvez, uma resposta tecnicamente correta, no sentido de ser a única juridicamente possível. O que pode haver é uma solução *ótima*, no sentido de ser a mais conveniente ou estratégica para trazer maior dose de justiça.

Desse modo – e apesar de todo o relativismo que a palavra encerra – a justiça é a luz que nos deve guiar. Como observa Delgado²⁶, se nas ciências exatas inventamos ou descobrimos, no Direito fazemos principalmente escolhas.

Abstraíndo-nos da luta maior pelo fim das terceirizações, quais escolhas podemos fazer?

3.1.1 – *A falta de um critério geral*

Uma primeira possibilidade teórica seria a de eliminar, pura e simplesmente, o critério adotado pela Súmula, que proíbe as terceirizações nas

24 No limite, a terceirização pode afetar, às vezes, a *própria empresa tomadora*, que além de lidar com o embate histórico entre capital e trabalho, vê-se a braços com um conflito inédito entre trabalho e trabalho.

25 Note-se que a terceirização, mesmo quando interna, não é um fenômeno unívoco; conforme cada setor, apresenta peculiaridades. No setor bancário, por exemplo, temos hoje um interessante livro, escrito pelo amigo Grijalbo Coutinho (*A terceirização no setor bancário*. São Paulo: LTr, 2011).

26 DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2010.

atividades-fim (salvo o caso do trabalho temporário, previsto em lei). Em consequência, toda e qualquer terceirização se tornaria possível. Os abusos seriam resolvidos caso a caso.

Ora, essa escolha não seria reprovável apenas em termos políticos ou de conveniência, mas no sentido jurídico – pois romperia com princípios elementares do Direito do Trabalho e do Direito em geral, transformando em regra as exceções hoje admitidas²⁷.

As razões, já as mencionamos.

3.1.2 – O critério da precarização

Como uma espécie de desdobramento da posição anterior, parte da doutrina defende a ideia de que toda terceirização deve ser permitida, desde que não precarize as condições de trabalho e salário. Seria um critério alternativo ao da Súmula.

Ora, se o terceirizado é um homem que a empresa aluga ou arrenda, é evidente que a terceirização *sempre* precariza. Ela rouba a sua dignidade. Trata-o como um animal ou um objeto. E isso sem falar na instabilidade que esse modelo semeia – o que, naturalmente, é outro fator de precarização. Ao contrário do trabalhador qualificado, que se desloca de uma empresa a outra, fazendo-se tanto mais móvel quanto “empregável”, o terceirizado é movido – é semovente. Assim, terceirização que não precariza *é uma contradição em seus próprios termos*²⁸.

É verdade que a degradação das condições materiais de trabalho – como um baixo salário, ou más condições de saúde e segurança – também encerra uma dimensão subjetiva. No entanto, mesmo sem aquelas formas de precarização, a indignidade persiste.

27 Alguns autores, como Garcia Martinez, constroem analogias interessantes que nos permitem entender bem a importância dos princípios. Eles funcionam como “teia”, suportando impactos e praticando ajustes; como “filtros”, depurando conceitos e facilitando a aplicação da norma; como “diques”, impedindo a invasão de normas estranhas, inclusive de princípios de outros ramos jurídicos; como “cunha”, alavancando a interpretação do Direito num sentido sempre mais atual e progressista. Por outro lado, no entanto, é importante notar que a mesma liberdade que hoje o juiz reivindica e exerce, no plano dos princípios, pode levá-lo a inverter o sentido dos mesmos princípios – ou mais precisamente o sentido que corresponde à sua construção histórica e à sua teleologia. Aliás, o próprio valor liberdade pode levá-lo a ser mais tolerante com as inovações promovidas pelas empresas, dentre as quais a terceirização. Assim, os riscos são tão grandes quanto as oportunidades.

28 Como tem observado Jorge Luiz Souto Maior, em artigos e conferências, a terceirização desumaniza o trabalhador; e o que o Direito lhe oferece em troca é apenas uma compensação financeira, como se fosse esse o preço de sua dignidade.

Aliás, de certo modo, a pobreza visível pode ser vista como o retrato – ou a expressão concreta – daquelas outras pobreza. Cada uma se revela na outra, denuncia a outra, *aponta o dedo* para a outra.

Mas ainda que usemos a palavra “precarização” em sentido reduzido, de degradação material apenas, como iríamos medi-la? Comparando-se o terceirizado ao empregado comum? Mas e se não houver parâmetro de comparação? Aliás, se não distinguirmos atividade-meio e atividade-fim, uma empresa poderá terceirizar *toda* a sua mão de obra, o que dificultaria ainda mais a solução do impasse²⁹.

De toda forma, quando assumir o caráter de trabalho indigno em termos materiais³⁰, a precarização pode (e deve) servir como um critério a mais, cumulativo, sempre que se conseguir aferi-la. Em outras palavras: ainda que se trate de atividade-meio, e sem pessoalidade ou subordinação direta, o vínculo se fará diretamente com o tomador, sem prejuízo da responsabilidade solidária do fornecedor.

Sabemos que na atividade pública o problema é um pouco diferente, pois na prática o terceirizado (quase sempre indicado pelo gestor amigo) tende a se eternizar no posto; as empresas fornecedoras é que se sucedem ou se alternam. Mas isso apenas atenua – sem eliminar – a distorção. E ao mesmo tempo provoca outras, diferente, na medida em que permite o clientelismo e até mesmo inviabiliza, na prática, alguns direitos³¹.

3.1.2 – O critério da especialização

Alguns entendem que o melhor critério para definir a licitude seria o da especialização. Nesse sentido, a empresa tomadora poderia sempre tomar emprestada a mão de obra que lhe fosse difícil obter. Trata-se, no fundo, de uma tentativa – consciente ou não – de dar mais legitimidade à própria terceirização, que aparentemente decorreria de uma situação de verdadeira *necessidade*.

29 A observação nos foi feita pelo já citado juiz Lamartino França de Oliveira. É verdade que sempre se poderia imaginar uma saída, como, por exemplo, a de se estender à hipótese, por via interpretativa, o art. 460 da CLT. Em outras palavras, o juiz aplicaria ao terceirizado o salário pago em outras empresas para trabalho semelhante. Mas além da dificuldade de se aceitar essa interpretação, a regra se tornaria virtualmente inaplicável antes que houvesse (se houvesse) um processo judicial.

30 Já que a nosso ver, como dizíamos, a terceirização é sempre indigna, no sentido mais amplo.

31 A propósito, o colega e amigo Jorge Luiz Souto Maior tem contado, em palestras, o caso de uma servidora terceirizada que lhe confessou estar há oito anos sem férias – já que, com a sucessão de empresas fornecedoras, a cada novo contrato ela as recebe apenas em dinheiro, proporcionalmente.

Note-se que uma das hipóteses admitidas pela Súmula nº 331 é exatamente a dos “serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador”. No entanto, em geral, quem exerce um serviço especializado tende a se encaixar mais numa atividade-fim do que numa atividade-meio. Desse modo, se admitirmos sempre a terceirização de serviços especializados, sem distinguir meio e fim, estaremos, na prática, apenas invertendo os termos da equação, ou seja, permitindo a terceirização na atividade-fim. Qual seria a utilidade dessa inversão?

É certo que a Lei do Trabalho Temporário também exige que o trabalhador seja qualificado³² – mas se o faz é exatamente porque permite a terceirização em atividade-fim. E essa permissão é um pouco atenuada pelo fato de que se trata de algo temporário, emergencial.

Não custa ponderar, também, que o fato de uma empresa precisar, em caráter permanente, de um *expert* num tipo de solda altamente refinada não justifica a contratação de uma empresa especialista em fornecer – ou *fabricar* – soldadores, do mesmo modo que o fato de uma empresa necessitar de um advogado ou engenheiro não impede que ela o faça diretamente.

3.1.3 – Os critérios da Súmula: atividades-meio e fim

Como lembramos, a Súmula nº 331 elege como critério básico a divisão entre os exercentes de atividade-meio e os de atividade-fim. Muitos a criticam nesse aspecto, não só sob o argumento de que estaria havendo tratamento discriminatório, mas também porque a distinção seria artificial, provocando por isso dúvidas invencíveis.

De fato, o argumento da discriminação é forte, embora talvez se possa objetar que situações diferentes pedem regulações diferentes. No entanto, se concluirmos que há discriminação, a mesma linha de pensamento deveria ser usada, com razão maior, para eliminar *toda hipótese* de terceirização – seja em atividade-meio ou fim. Na verdade, também aqui, parece que o Direito faz o que pode, diante da relação de forças presente.

Quanto às dúvidas sobre o que será *meio* ou *fim*, não parecem ser tão frequentes. Afinal, a atividade é fim quando se relaciona em linha reta não só com o objeto da atividade empresarial, mas com a própria causa que deu origem à empresa – seja ela fabricar relógios ou divulgar conhecimento. Pode-se dizer, por exemplo, que o fim principal de uma escola é o ensino; que o ensino

32 Note-se que alguns entendem que a palavra indica apenas que o trabalhador deva ser individuado, identificado – o que seria, em nossa opinião, concluir que a lei diz o óbvio. Já o Decreto nº 73.841, que regulamenta a Lei nº 6.019, esclarece bem a questão ao se referir a trabalhador “especializado”.

depende basicamente dos professores; e que a atividade da secretaria viabiliza a atividade dos professores.

Lembre-se que o fato de uma atividade ser utilizada como simples meio não significa, evidentemente, que seja irrelevante para a consecução dos fins. Mas sua relevância maior pode fazê-la transpor seus limites, caindo no campo da atividade-fim. O serviço de limpeza de uma fábrica de parafusos, por exemplo, é indiscutivelmente atividade-meio; já não se pode dizer o mesmo (pelo menos com igual certeza) se ali se constrói um hospital.

De todo modo, para os casos de fronteira, há uma solução bem simples. Basta aplicar o princípio da interpretação mais favorável ao trabalhador, o que significará concluir – sempre ou quase sempre – que a atividade é *fim*. Aliás, talvez fosse o caso de se positivar esse princípio, inserindo-o explicitamente na Súmula.

A hipótese dos *call centers* pode se encaixar aí. Como sabemos, a lei permite a terceirização “inerente” a essa atividade. Mas como já fez notar a Ministra Rosa Maria, hoje abrilhantando o STF, os dicionários dão àquela palavra vários sentidos, que vão do *essencial* ao *pertinente*. Se adotarmos, como devemos, o benefício da dúvida, teremos de concluir que “inerente”, no caso, significa apenas “pertinente”.

Ora, sendo assim, devemos inferir também que a lei mantém o critério da Súmula. Ou seja: só pode haver terceirização na atividade-meio. Aliás, é o que também recomenda um princípio ainda mais importante, e que não é apenas do Direito do Trabalho – o princípio da dignidade humana.

Pois bem. A atividade da operadora de *call center* é fim, e não meio. Como certa vez ponderou a Ministra Maria Calsing, do TST, o atendimento ao cliente é previsto enquanto obrigação da empresa até pelo Código do Consumidor. No mínimo, teremos aqui, mais uma vez, dúvida razoável, que atrai o princípio do *in dubio pro operario*.

Na verdade, a importância de se restringir a terceirização em atividade-fim pode ser percebida até pela forte pressão contrária exercida pelas empresas que terceirizam.

Trataremos dessa questão a seguir.

3.1.4 – Ainda os critérios da Súmula: inexistência de pessoalidade e subordinação direta

A Súmula exige ainda, para que a terceirização seja lícita, a inexistência de pessoalidade e subordinação direta. Com isso, sinaliza que – fora da hipótese

do trabalho temporário – só pode haver terceirização quando a única relação jurídica que envolve a tomadora for a que esta mantém com a fornecedora. Um exemplo seria a empreitada: uma empresa contrata outra para executar uma obra, pagando-lhe em função do resultado.

Se houver subordinação ou pessoalidade, os pressupostos de *outra* relação – já agora, entre a tomadora e o trabalhador – estarão presentes. E é exatamente por isso que a Súmula conclui pelo vínculo jurídico de emprego, unindo o trabalhador não à empresa fornecedora, que o contratou, mas à empresa tomadora, que utilizou os seus serviços. Só não será assim com o trabalho temporário, pois nesse caso a lei elegeu como critério, para definir o empregador, não tanto o direito de dirigir o trabalho, mas a obrigação de pagar o salário – abstraindo-se também do fato de que, em última análise, o valor que paga a mão de obra *sai dos cofres do tomador*³³.

Ora, a pessoalidade é um dado muito relativo, quando se trata de grande empresa e trabalho desqualificado. A não ser em termos formais, muitas vezes ela será tão tênue no trabalho comum quanto na terceirização.

No tocante à subordinação, se a entendermos de forma objetiva ou estrutural – como sugere a melhor doutrina, para definir a relação de emprego³⁴ –, em poucos casos estará ausente, mesmo nas atividades-meio.

O ideal seria, então, aplicar os critérios da Súmula sem tirar os olhos da melhor doutrina, ou seja, sem reduzir os conceitos de pessoalidade e subordinação.

4 – A QUESTÃO DA RESPONSABILIDADE³⁵

Deve ser solidária.

É verdade que, pela lei civil, a solidariedade não se presume; vem da lei ou do contrato. Mas a palavra “lei”, a nosso ver, pode e deve ser entendida em sentido amplo, de “direito”. E os princípios do Direito do Trabalho podem ser invocados muito bem para justificá-la.

33 Essa forma de terceirização, talvez mais que as outras, permite que a empresa – que tudo vê e tudo sabe – disfarce seu verdadeiro papel. Pois no fundo, em *substância*, quem dirige o trabalho alheio com o fim de produzir riquezas deveria logicamente ser considerado empregador. Assim, pode-se dizer que as sombras ocultam já não apenas a mais valia, como diria o velho Marx, mas o *próprio sujeito* que dela se apropria.

34 A propósito, cf. especialmente os estudos de Ribeiro de Vilhena, Mauricio Godinho Delgado, Jorge Luiz Souto Maior, José Eduardo Chaves e Lorena Vasconcelos Porto, que – entre nós, mais ou menos nessa sequência – aprofundaram-se no tema.

35 Alguns dos parágrafos desse item foram extraídos de texto por nós anteriormente publicado.

Mas ainda que se pensássemos apenas em termos de lei, e não de Direito, o argumento de que “a solidariedade não se presume” não valeria também para a subsidiariedade? Em ambos os casos, quem paga a conta é um terceiro – e essa é a razão daquela regra³⁶.

Lembre-se que o Direito Comparado é uma das fontes do nosso Direito (art. 8º da CLT). E vários países, como França, Itália e Portugal, preveem a solidariedade. Aliás, a lei francesa de trabalho temporário – que nos serviu de modelo – estende-a para todos os casos de “inadimplemento” (*défaillance*). Mas o legislador brasileiro, como nota Catharino, parece ter-se enganado, traduzindo aquela palavra como “falência” (*faillite*)³⁷. Veio a Súmula e optou por uma solução de meio termo, compondo o fato do *inadimplemento* com o efeito da *subsidiariedade* para as terceirizações em geral.

A nosso ver, a opção por uma responsabilidade solidária, e não apenas subsidiária, teria dois aspectos positivos. De um lado, talvez inibisse um pouco mais a terceirização, ou levasse a empresa-cliente a escolher com mais cuidado o fornecedor. De outro, poderia simplificar e agilizar as execuções³⁸.

Parece-nos também interessante explicitar a responsabilidade (solidária, igualmente) da empresa fornecedora, no caso de terceirização ilícita. Nesse caso, a posição dos atores se inverteria, mantendo-se o mesmo resultado.

5 – A QUESTÃO DA ISONOMIA

Por outro lado, como também já notamos certa vez, é hora de garantir expressamente a *todos* os terceirizados os mesmos salários (em sentido amplo) dos empregados comuns. Trata-se de simples questão de isonomia. Afinal, o que importa ao Direito do Trabalho é a realidade, e eles trabalham, efetivamente, *na mesma empresa*.

Aliás, se trocarmos a forma pelo fundo, notaremos que – em última análise – quem desembolsa o valor que vai custear os salários é o tomador, embora quem os pague seja o fornecedor, depois de descontada a sua parte. De

36 A propósito, observa Jorge Luiz Souto Maior, valendo-se de Caio Mário, que “tem ganhado força entre os doutrinadores a noção que admite a presunção da solidariedade, para satisfação mais eficiente da obrigação, como se dá em outros países”; na Bélgica e na França, fala-se em “solidariedade jurisprudencial ou costumeira” (MAIOR, Jorge Luiz Souto. A terceirização sob uma perspectiva humanista. HENRIQUE, Carlos Augusto Junqueira; DELGADO, Gabriela Neves (Coord.). *Terceirização no direito do trabalho*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 63.

37 CATHARINO, José Martins. *Trabalho temporário*. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1984. p. 142.

38 O argumento tem sido usado recorrentemente por alguns doutrinadores, como Jorge Luiz Souto Maior.

resto, como indaga o Ministro Freire Pimenta, do TST, se até os temporários têm essa garantia, como negá-la aos permanentes³⁹?

Mas a isonomia não se deve deter na questão dos salários. Num contexto em que parcelas de natureza salarial cada vez mais se *dessalarizam*, será preciso estender aos terceirizados os benefícios concedidos aos empregados da tomadora, desde que compatíveis. Naturalmente, e não só pela razão isonômica, os terceirizados deverão fruir de condições dignas de saúde e segurança no trabalho.

6 – A QUESTÃO DO SINDICATO

Como já notamos, o Direito do Trabalho vive uma luta bem mais intensa que o Direito Comum. Ao contrário do que acontece em outras áreas, suas normas tendem a *não* se cumprir espontaneamente – pelo menos por inteiro. Se é raro o freguês de um bar não pagar a conta, muitos sonegam o salário ou parte dele. Por ser assim, tal como uma pessoa frágil de corpo, e que se apoia numa bengala, a norma trabalhista reclama suportes originais – dentre os quais se sobressai o sindicato.

Sem um sindicato forte, os terceirizados precisarão sempre – muito mais do que os outros trabalhadores – do apoio do Estado, ou seja, de uma solução que dependerá da vontade política de cada Governo ou Congresso que vier. Mesmo que eventualmente os seus salários não estiverem precarizados, essa ameaça estará sempre presente. Aliás, essa é exatamente uma das razões que explicam o fato de que os seus salários são quase sempre mais baixos.

O problema é que existe aqui um círculo vicioso – pois a terceirização, como dizíamos, conspira sempre contra o movimento sindical. Além de não reunir um coletivo estável e homogêneo, ela opõe terceirizados a trabalhadores comuns, introduzindo o princípio da concorrência no interior da própria força de trabalho.

É verdade que há uma possibilidade de se reduzir esse impacto, se os terceirizados puderem se organizar no mesmo sindicato dos empregados da tomadora – o que nos parece uma proposta interessante. Mas mesmo nesse caso pode ser que surjam entre eles interesses destoantes. Além disso, como construir aderências no caso de terceirizados que pulam incessantemente de uma empresa para outra, ou mesmo de uma categoria para a outra? Talvez o ideal fosse abrir espaço para que o trabalhador optasse, caso a caso, por um ou outro sindicato.

39 Ac. TRT da 3ª Região, 3ª T., RO 08157/94.

Sabemos que o nosso Direito limita a liberdade sindical. Mas a Convenção nº 87 da OIT, que a garante, só não pode servir de parâmetro nas hipóteses de choque frontal com a nossa Constituição. No mais, deve ser aplicada, mesmo não ratificada, já que *fundamental*. E os seus princípios terão de ser lembrados pelo menos no momento da interpretação.

Ainda que fosse diferente, o princípio da isonomia do salário e das condições de trabalho não deveria sofrer restrições pelo fato de os empregados da tomadora terem uma convenção coletiva diferente da que abrange os terceirizados. Ou seja: o valor fixado na convenção lhes será aplicável de todo modo, integrem ou não o sindicato⁴⁰.

Por fim, é sempre bom lembrar que a solidariedade tem duas mãos. De um lado, produz a norma coletiva. De outro, é produzida por ela. Sem lutas comuns, sem interesses semelhantes, não há coesão possível – pelo menos no mundo do trabalho.

7 – OUTRAS POSSIBILIDADES

Poderia a jurisprudência criar pelo menos dois outros critérios para reprimir as terceirizações. Ambos têm apoio no Direito Comparado.

O primeiro seria a proibição explícita de se valer do trabalho terceirizado no curso de uma greve – a não ser na hipótese do art. 9º, § 1º, da Lei nº 7.783. De outra forma estaríamos permitindo que o empregador contornasse a proibição de contratar empregados, traindo o espírito da norma.

O segundo seria a proibição de terceirizar nos seis meses⁴¹ posteriores a despedidas coletivas. Com isso se evitaria que a empresa criasse artificialmente um ambiente para aquelas despedidas, para em seguida reduzir custos através de terceirizações.

Souto Maior⁴² aventa ainda a possibilidade de se condenar a empresa por dano social – de modo que ela reponha à sociedade o dano que provocou.

40 Na Itália, há uma situação um tanto parecida: como inexistente lei fixando o salário-mínimo, mas a Constituição prescreve um salário digno, a jurisprudência considera mínimo o salário fixado na convenção coletiva aplicável ao trabalhador; não havendo nenhuma aplicável a ele, o juiz recorre a uma convenção pública análoga.

41 Esse número de meses é a solução italiana.

42 Em artigos e conferências.

8 – PARA ALÉM DO DIREITO

Para além do Direito, talvez seja hora de nos tornarmos *consumidores solidários*, privilegiando não só os produtos elaborados com respeito à natureza, como aqueles fabricados sem ferir a dignidade do trabalhador. Nesse sentido, a utilização, pelas próprias empresas, de certificações (como a AS 8000⁴³, por exemplo) pode ao mesmo tempo orientar o consumidor e lhe garantir uma boa imagem. Contra as empresas que descumprem o mínimo que a lei garante, a solução poderá ser a velha prática do boicote.

Por outro lado, exatamente porque parece em sintonia com tantas coisas desse mundo, a terceirização merece uma crítica de fundo – para que se perceba que nem todas as coisas desse mundo são inevitáveis ou positivas.

9 – A TERCEIRIZAÇÃO NO SETOR PÚBLICO

9.1 – Aspectos gerais

No setor público, a terceirização ganha alguns contornos diferentes. Em geral, tem servido não tanto para agilizar os serviços ou baixar salários, mas para burlar a exigência do concurso⁴⁴. Além disso, o próprio trabalhador, quase sempre, eterniza-se no posto, enquanto as fornecedoras se vão sucedendo. E isso, é claro, muda bastante – e de forma positiva – a sua condição.

Mas a própria permanência do trabalhador no emprego pode ser sinal de uma distorção – o apadrinhamento político, que, naturalmente, implica pessoalidade. Quanto à subordinação, costuma ser mais evidente ainda que na atividade privada.

Ora, havendo pessoalidade e subordinação, a terceirização se torna ilícita – mas, como se sabe, sem produzir a consequência normal, ou seja, sem que se forme o vínculo de emprego com a Administração Pública, já que falta o requisito do concurso.

É preciso acrescentar, no entanto, que pode haver outras ilicitudes. Em geral, os autores de Direito Administrativo costumam mencionar – além da subordinação e da pessoalidade – uma série de indícios, como a utilização de equipamentos da Administração, por parte do trabalhador, ou a sua transferên-

43 Social Accountability 8000.

44 Pelo menos na cidade de Brasília, sabe-se que as convenções coletivas do pessoal terceirizado lhes asseguram, em geral, salários melhores que os efetivos na mesma função.

cia ou dispensa, também pelo Poder Público, ou, ainda, a existência de cargo público correspondente à função que ele desempenha⁴⁵.

O mais interessante é observar como essa doutrina interpreta o § 1º do art. 71 da Lei nº 8.666/93, que motivou a recente decisão do STF, sobre a qual falaremos adiante. Como se sabe, aquela norma dispõe que “a inadimplência do contratado, com referência aos encargos estabelecidos neste artigo (comerciais, trabalhistas e fiscais), não transfere à Administração Pública a responsabilidade de pagamento”.

A interpretação daqueles administrativistas caminha no sentido de entender que: a) se a terceirização é lícita, aplica-se a norma em sua literalidade, ou seja, o Poder Público se exime de responsabilidade, mesmo porque o contrato se faz entre pessoas jurídicas autônomas, ambas capazes de responder por seus atos; b) se a terceirização é ilícita, o extremo oposto acontece, pois não só a Administração responde *solidariamente*, como o administrador paga por improbidade administrativa⁴⁶.

9.2 – A decisão do STF e as possibilidades que se abrem⁴⁷

Como sabemos, o STF declarou constitucional o já citado § 1º do art. 71 da Lei nº 8 666, mas ao mesmo tempo deixou claro que a Administração poderá vir a ser responsabilizada, desde que fique provada a sua culpa pelo inadimplemento de verbas trabalhistas por parte da empresa fornecedora. Assim, basicamente, o que mudou foi apenas o fato de que o Estado já não pode ser condenado pelo simples fato daquele inadimplemento. A responsabilidade, que em geral se tinha por objetiva, passou a ser considerada subjetiva.

Nesse sentido, a nova redação da Súmula nº 331 diz que só é responsável a Administração “caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das

45 Nesse sentido, DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Terceirização municipal em face da Lei de Responsabilidade Fiscal. FORTINI, Cristiana (Coord.). *Terceirização na administração: estudos em homenagem ao Professor Pedro Paulo de Almeida Dutra*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 74.

46 Nesse sentido, por ex., José dos Santos Carvalho Filho, para quem, no caso, “o contratante não tem qualquer tipo de ingerência nas relações trabalhistas derivadas do contrato de trabalho celebrado entre a empresa terceirizada e seus empregados”. FORTINI, Cristiana (Coord.). *Terceirização na administração: estudos em homenagem ao Professor Pedro Paulo de Almeida Dutra*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 51.

47 A propósito da terceirização no setor público e da decisão do STF, *vide* o seguinte artigo: DELGADO, Gabriela Neves, AMORIM, Helder Santos, VIANA, Márcio Túlio. Terceirização. Aspectos gerais. A última decisão do STF e a Súmula nº 331 do TST. Novos Enfoques. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, TST, v. 77, p. 54-84, 2011.

obrigações da Lei nº 8.666/93, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora”.

Note-se que tanto a decisão do STF como a Súmula do TST falam em culpa, mas não se referem ao ônus da prova. Seria possível, no caso, considerar uma presunção de culpa da Administração?

Dir-se-á que, sendo assim, tudo voltaria a ser como antes da decisão do STF. Mas também se pode responder que antes o que havia não era presunção de culpa, mas – como dizíamos – responsabilidade objetiva, que afastava a possibilidade de prova contrária.

Sabemos que atualmente, pelo menos, essa solução seria inviável. Aliás, pelo que se sabe, numerosas condenações do Estado já foram cassadas em reclamações perante o STF, em decisões monocráticas, mesmo com fortes indícios de culpa – embora a maioria dos ministros não aja assim.

Seja como for, a inversão do ônus da prova pode vir a ser uma ideia com mais possibilidades de êxito no futuro. Por ora, é possível entender, pelo menos, que haverá culpa sempre que a Administração deixar de cumprir à risca o seu duplo papel de *escolher bem* e de *fiscalizar com eficiência* a empresa contratada, nos termos da Lei de Licitações e das sucessivas instruções normativas que vêm sendo (e que vierem a ser) editadas a respeito do assunto⁴⁸.

10 – CONCLUSÕES

Em termos sintéticos, concluímos que:

1. A terceirização externa (de atividades empresariais) se rege pelo art. 2º, § 2º, da CLT;

2. A norma acima referida deve ter leitura expansiva, de modo a abarcar os grupos de formação horizontal e a abranger formas mais sutis ou disfarçadas de agregação empresarial;

48 Uma postura proativa do juiz pode minimizar esses problemas. Uma ideia seria requisitar – mesmo de ofício – documentos que comprovassem a diligência da Administração. Na falta dessa prova, haveria uma justificativa mais forte para a condenação, assim como acontecia, *mutatis mutandis*, quando se exigia, para a inversão do ônus da prova, que a empresa fosse intimada a apresentar controle de ponto. Mas há outras medidas possíveis. A juíza Ana Freitas, da 6ª Região, relatou-nos informalmente que vem exigindo o depósito judicial das parcelas incontroversas, sempre que a Administração retém faturas pendentes do contrato rompido com a fornecedora. Ela ressalva em ata que o cumprimento da ordem judicial não decorre de qualquer entendimento acerca da existência ou não de responsabilidade patrimonial, mas em face de reter um crédito da devedora principal – o que a equipararia a qualquer devedor trabalhista.

D O U T R I N A

3. A terceirização interna (de serviços) está disciplinada em parte pela legislação extravagante e completada pela Súmula nº 331 do TST, que a ela também se refere;

4. O ideal seria proibir qualquer forma de terceirização interna que fugisse aos termos precisos daquela legislação;

5. Não sendo isso possível, os critérios daquela Súmula devem prevalecer como regra geral, mas podem ser aperfeiçoados;

6. Para aperfeiçoá-los, parece-nos importante:

6.1. Adicionar ao critério que separa as atividades-meio das atividades-fim o critério da precarização das condições de trabalho e/ou salário, de tal modo que, mesmo em se tratando de atividade-meio, a relação, no caso, formar-se-ia com o tomador;

6.2. Em casos de dúvida, aplicar o princípio da norma mais favorável (*in dubio pro operario*);

6.3. Evitar a redução dos conceitos de subordinação e pessoalidade, para concluir se a terceirização é lícita ou não;

6.4. Estender a todos os terceirizados o princípio da isonomia das condições de trabalho e salário;

6.5. Reforçar as normas existentes, garantindo explicitamente aos terceirizados o grau necessário de segurança e higiene no trabalho;

6.6. Substituir o critério da responsabilidade subsidiária pelo da responsabilidade solidária;

6.7. Aplicar o critério da solidariedade entre contratante e contratada não só no caso da terceirização lícita, mas na hipótese de terceirização ilícita, independentemente do reconhecimento do vínculo de emprego com o tomador;

6.8. No caso de uma cadeia de tomadores e fornecedores, aplicar o critério de solidariedade entre todos;

6.9. Proibir a terceirização no curso da greve, salvo na hipótese do art. 9º, § 1º, da Lei nº 7.783;

6.10. Proibir a terceirização nos seis meses que se sucederem a despedidas coletivas.

7. No plano coletivo:

DOCTRINA

7.1. Construir uma interpretação que permita que o sindicato representativo dos terceirizados possa ser, indistintamente, tanto o que tem como correspondente o sindicato das empresas fornecedoras de mão de obra como o que tem como correspondente o das empresas tomadoras de serviço;

7.2. Não se considerando isso possível, que se procure construir uma interpretação que insira os terceirizados em sindicatos dos trabalhadores nas empresas tomadoras de serviço;

7.3. Não se considerando nenhuma das hipóteses como viáveis, que se assegure de todo modo aos terceirizados, ainda que sejam abrangidos por convenção ou acordo coletivo diferente, as mesmas condições de trabalho e de salário dos trabalhadores da tomadora, caso estas se lhe revelem mais benéficas.

8. No plano da administração pública:

8.1. Tentar construir, no futuro, a ideia da presunção relativa de culpa da Administração, na hipótese de inadimplemento das verbas trabalhistas por parte da empresa contratada;

8.2. No presente, adotar como critério, para aferir sua responsabilidade, a perfeita adequação do órgão público às normas que disciplinam o processo de licitação e à fiscalização que deve acompanhá-lo, no tocante ao cumprimento das obrigações trabalhistas e previdenciárias.

9. Como princípio geral:

Manter uma postura sempre restritiva no tocante às terceirizações internas (de serviços), sejam elas quais forem, e um olhar sempre crítico e vigilante em relação às terceirizações externas (de atividade empresarial).

10. Para além do Direito:

Estender a luta contra a precarização para o circuito do consumo, através de práticas como o boicote.

DIREITO IDEAL E CONCRETO SEGUNDO VICO

Moisés de Oliveira Biondi*

1 – INTRODUÇÃO

O filósofo, jurista, advogado e pedagogo Giambattista Vico (1668-1744) fala de “tradições” e “fábulas”, que são os termos que mais emprega para indicar os *mitos*.

De acordo com esse italiano de Nápoles, nos mitos o “leitor reconheceria a verdade que lhes tinha dado o fundamento para nascer e entenderia as razões pelas quais foram recobertos de falsidade”¹. Para o autor, qualificado como figura maior da filosofia na primeira metade do século XVIII² e celebrado como filósofo por excelência da história, os costumes que derivam dos mitos são manifestações do senso comum no que este tem de mais originário e espontâneo.

E, quando se fala de costumes, em Vico está a falar-se de direito. A noção viquiana distancia-se de uma concepção positivística ou utilitarista do direito e aproxima-se de uma concepção ética deste, de maneira que as duas esferas, ética e jurídica, acabam por confundir-se, o que sempre haverá de se ter em mente durante a leitura destas páginas.

Assim, esta exposição pretende ilustrar o liame entre mito e direito em Giambattista Vico, sobretudo na sua obra-prima, a *Ciência nova*, de 1744, no contexto da sua filologia e filosofia da história. A tal propósito, note-se, desde já, “filologia”, a qual faz par frequente com “filosofia”. Por ora, é suficiente dizer que os filólogos, para Vico, são gramáticos, históricos, juristas, críticos, eruditos... em suma, os estudiosos que assumem a tarefa de *apurar* a experiência humana.

Embora seja algo não demonstrativo, Vico defende que o mito traz uma peculiar lógica e veracidade. O homem na idade mítica não pode, nem tampouco

* *Analista judiciário do Tribunal Superior do Trabalho; doutor em Filosofia e bacharel em Direito.*

1 *Ciência nova* (1725), § 1.011. – N.B.: Vico é citado de acordo com as numerações e divisões da edição de sua obra completa realizada por Fausto Nicolini de 1914 a 1941, na qual se foram baseando edições posteriores.

2 REALE, Miguel. Giambattista Vico, a jurisprudência e a descoberta do mundo da cultura. In: REALE, Miguel. *Horizontes do direito e da história*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 113.

deve, explicar científica ou filosoficamente o que é narrado pelas suas tradições: é suficiente que estas expressem as suas crenças e justifiquem a eficácia dos seus princípios morais e jurídicos. A tradição mítica converte-se na expressão possível da realidade em dado momento histórico. O mito exprime

“em forma anedótica o que é metatemporal e permanente, o que acontece sempre incessantemente, o que, como paradigma, vale para todas as épocas. Mediante o mito, fica fixada a essência de uma situação cósmica ou de uma estrutura da realidade.”³

Essa mentalidade metafísica permeia a obra viquiana, a ponto de bastar a Vico uma velha biblioteca para que escreva um livro de valor perene, como a *Ciência nova*⁴, e o seu profundo estudo da civilização greco-romana para que compreenda as outras culturas, consideradas como partes de um esquema unitário e universal:

“Contemporâneo de Newton, Leibniz e Voltaire, Vico dialoga com os jusnaturalistas do século XVII, com os mitógrafos do século XVI, com os historiadores romanos. A sua ‘filologia’ gira em torno dos etimologistas que ainda dão crédito a Varrão, a Isidoro, a Festo, enquanto já estão a chegar Turgot e Dumarsais. (...) Mas o que importa destacar é a novidade dos resultados, alcançados não obstante a vetustez dos instrumentos utilizados. (...) Embora todas as pessoas cultas tivessem à disposição o registro dos tropos, adquirido com a educação retórica das escolas, ninguém antes de Vico tinha elaborado o conceito de universal fantástico. (...) E quem é que tinha sabido reconstruir a mentalidade dos antigos com a mesma eficácia da *Ciência nova*? Evidentemente, a modernidade não vem dos dados, quase todos trazidos de textos de pelo menos duas gerações antes.”⁵

2 – O INÍCIO DA SOCIALIZAÇÃO DA HUMANIDADE BESTIAL: JÚPITER

Giambattista Vico livra a tradição mítica da acusação de relato absurdo de mentes rudes, reconhecendo-a como material filológico inestimável no qual

3 ECHEVERRÍA Y AÑEZ, José. *Eritis sicut dii. Asomante*. San Juan, Puerto Rico: v. 17, n. 3, p. 7, 1961.

4 *Vide* ROSSI, Paolo. *Le sterminate antichità e nuovi saggi vichiani*. Scandicci: La Nuova Italia, 1999, p. 288-291. Do mesmo parecer é Arnaldo Momigliano: “As questões que o preocupavam tinham sido formuladas uma ou duas gerações antes em círculos protestantes (...). Os interesses intelectuais prevalentes na Itália, assim como na França, eram certamente diferentes dos seus” (MOMIGLIANO, Arnaldo. “Roman ‘Bestioni’ and Roman ‘Eroi’ in Vico’s *Scienza Nuova*”. In: MOMIGLIANO, Arnaldo. *Terzo contributo alla storia degli studi classici e del mondo antico*. Roma: Edizioni di Storia e Letteratura, 1966, t. 1, p. 154).

5 Nota do editor Andrea Battistini. In: VICO, Giambattista. *Opere*. Milano: Mondadori, 1990, v. 2, p. 1.473-1.474.

se lê como a humanidade começa o seu próprio caminho rumo à socialização. Toda a dificuldade da interpretação do mito no século XVIII residia em não se saber distinguir entre expressão e conteúdo, o que, ao invés, Vico realiza, ao sustentar que, “com falsos sentidos, os homens diziam com verdade”⁶; bem como ao falar de “sentidos, se bem que falsos na matéria, porém verdadeiros na sua forma”⁷, no que reserva à forma precisamente a verdade dos mitos.

Eis aqui o *leitmotiv* com que Vico enfatiza a verdade dessas fábulas: “Na sua origem, foram narrações verdadeiras e severas (donde *μῦθος*, a fábula, foi definida como *vera narratio*, como acima, por várias vezes, nós dissemos)”⁸. Deve-se a insistência viquiana ao fato de não haver ali falsidade formal, a qual será prerrogativa das idades seguintes. Se as fábulas são “falar natural”⁹ desses homens, só podem ser verazes. A afirmação da basilar veracidade das tradições é uma das afirmações mais originais de Vico, o qual cumprirá grandes esforços para encontrar o significado originário dos mitos, justamente devido às deformações sofridas nas idades sucessivas.

Estas, por já não compreenderem o sentido originário dos mitos, à medida que se separam da primeira mentalidade e entram numa *reflexão* tendencialmente deturpadora, tratam-nos como absurdos e alteram-nos, introduzindo impropriedades neles. Todas as incongruências dos mitos provêm de adulterações das idades gradualmente sofisticadas¹⁰. A primeira idade é “rude”, mas *espontânea* e sem falsidade, e o mito é a sua linguagem natural; tanto assim que, entre todas as chamadas figuras retóricas, “a ironia certamente não pôde começar senão a partir dos tempos da reflexão”¹¹.

A mentalidade cartesiana, já predominante no século de Vico, não podia captar o significado da mitologia nesses termos, nem mesmo diante do fenómeno de sociedades diversas, sem contato entre si, terem podido desenvolver *representações uniformes*. Vico fica perplexo pelo fato de tal uniformidade não atrair o olhar racionalista do seu tempo¹²: “Encontram-se os Hércules fundadores das primeiras nações gentias (...) (dos quais Varrão enumerou bem quarenta,

6 *Ciência nova (1744)*, II, 5, 5, § 630. – N.B.: Nas citações de *Ciência nova (1744)*, com variações onde se considerou oportuno, será usada a tradução portuguesa de Jorge Vaz de Carvalho e, quando assinalado, a de Marco Lucchesi (vide “Referências” abaixo).

7 *Ciência nova (1744)*, II, 3, § 502.

8 *Ciência nova (1744)*, III, 1, 5, 4, § 814.

9 *Ciência nova (1744)*, II, 2, 1, § 401.

10 Vide AMERIO, Franco. *Vico*. Brescia: La Scuola, 1944, p. 114-120.

11 *Ciência nova (1744)*, II, 2, 2, 4, § 408.

12 “Negligenciaram (os filósofos) o meditar sobre este mundo das nações, ou seja, mundo civil, do qual, porque o haviam feito os homens, dele podiam os homens conseguir a ciência” (*Ciência nova (1744)*, I, 3, § 331).

e os Egípcios diziam que o seu era o mais antigo de todos)¹³. Representações uniformes e universais, em sentido geográfico e sobretudo gnosiológico, além de autônomas:

“Vico prefere constituir uma tríade de caracteres poéticos autônomos entre si: Zoroastro no Oriente, Orfeu na Grécia e Pitágoras na Itália são os pontos cardeais da história universal concebida pelo filósofo como ‘genealogia dos mitos’ e escrita como ‘ciência poética da Terra’.”¹⁴

Pois bem, graças ao conceito de *universal fantástico* (ou fantasístico), que considera a grande *descoberta* da sua *Ciência nova*, Vico pode desenhar o quadro da história originária. Encontram-se as origens no momento em que os homens, “estúpidos, insensatos e horríveis brutos”¹⁵ despertam do seu estado ferino. Isso acontece pela poderosa impressão do trovão, quando, “assustados e atônitos pelo grande efeito, cuja razão desconheciam, ergueram os olhos e atentaram para o céu”¹⁶, como se vissem no alto um grande corpo que, mediante trovões e raios, exprimia a sua própria paixão e vontade.

O que importa aqui não é tanto a descrição imaginosa do filósofo – ainda que fascinante – quanto *o conceito do início da socialização*, por meio do mito do deus que exprime a sua vontade em eventos físicos. Daí o primeiro universal fantástico: *Júpiter* fulminante, pai dos deuses e dos homens, a indicar, primordialmente, a ideia latente de *Providência*.

Chegamos, assim, ao ponto crucial da *Ciência nova*, no qual Vico reconstrói o ponto de partida da socialização mediante uma operação metaforizante, aliás, perfeitamente coerente com a mentalidade correspondente à idade mítica. Na passagem provavelmente mais famosa da *Ciência nova*, descreve-se esse primeiro ato de restauração da humanidade, traumático e tenso, já que se origina do terror do raio.

Com uma explicação de caráter físico, patentemente conjectural (como se vê das locuções “tiveram de reencontrar” e “devem ter sido”), leia-se integralmente a descrição viquiana:

13 *Ciência nova* (1744), § 14.

14 RUGGIERO, Raffaele. La “volgar tradizione”: prove di critica testuale in Giambattista Vico. Lecce: Pensa Multimedia, 2001. p. 38.

15 *Ciência nova* (1744), II, 1, 1, § 374. Com efeito, o Napolitano hiperbolicamente chama os primeiros homens “brutos” e também “gigantes”: “Ora, com razões tanto físicas como morais, para lá da autoridade das histórias, comprova-se terem sido tais gigantes de disformes forças e estaturas”, *Ciência nova* (1744), § 13. (“Brutos” é como Lucchesi traduz *bestioni* para o português; Vaz emprega “bestiagas”)

16 *Ciência nova* (1744), II, 1, 1, § 377 (tradução de Lucchesi).

“Os primeiros homens nas nações gentílicas, como crianças do nascente gênero humano, como divisamos nas Dignidades¹⁷, de suas ideias criavam as coisas, mas com infinita diferença, todavia, da criação feita por Deus: pois que Deus, em seu puríssimo entendimento, conhece e, conhecendo, cria as coisas; aqueles, pela robusta ignorância, faziam-no em virtude de uma corpulentíssima fantasia, e, porque era corpulentíssima, faziam-na com maravilhosa sublimidade, de tal ordem ingente e formidável que os perturbava excessivamente, os quais, fingindo, criavam-nas, razão pela qual foram chamados ‘poetas’, que em grego soa como ‘criadores’¹⁸. Que são os três trabalhos que deve fazer a grande poesia, isto é, inventar fábulas sublimes, adequadas ao entendimento popular, e que o perturbe excessivamente para atingir o fim a que ela se propôs, de ensinar o vulgo a virtuosamente agir, como eles o ensinaram a si mesmos; o que agora iremos mostrar. E desta natureza de coisas humanas ficou a eterna propriedade, explicada com nobre expressão por Tácito: que, em vão, os homens assustados *fingunt simul creduntque*¹⁹.”

Com tais naturezas, tiveram de reencontrar os primeiros autores da humanidade gentílica quando – duzentos anos após o Dilúvio pelo resto do mundo, e cem, na Mesopotâmia, como se disse num postulado (tal foi o tempo necessário a fim de que a terra, do estado em que se achava, se ressecasse da umidade da universal inundaçã, produzindo exalações secas, ou seja, matérias ígneas no ar, engendrando os raios) – o céu, finalmente, iluminou-se com raios e trovões assustadores, como deve ter ocorrido para produzir no ar, pela primeira vez, uma impressão tão violenta. Assim, poucos gigantes, que devem ter sido os mais robustos, dispersos pelos bosques, no alto dos montes, como feras em seus covis, assustados e atônitos pelo grande efeito, cuja razão desconheciam, ergueram os olhos e atentaram para o céu.”²⁰

O filósofo prepara aí um cenário para esse homem: o terror bestial é proporcional ao impacto inédito desses fenômenos. Vico deduz que aos mon-

17 Os Axiomas, ou Dignidades, do Livro I da *Ciência nova*, são enunciados gerais, quase postulados, dos quais Vico se serve para interpretar o material histórico. “Dignidade” (“proposição digna de ser conhecida”) é precisamente latinização do grego *ἀξίωμα* (axioma), que deriva de *ἀξιος* (digno).

18 A propósito da etimologia do termo “poesia”, note-se como o autor joga com o seu significado de expressão fantástica e com o de *criação* figurativa.

19 Vico menciona passagem em que Tácito critica os Gregos, que avidamente “supunham e acreditavam” o que era novo e maravilhoso (*fingebant simul credebantque*): TÁCITO, Públio Cornélio. *Anais* (V, 10). Rio de Janeiro: Jackson, 1964. p. 207.

20 *Ciência nova* (1744), II, 1, 1, §§ 376-377 (tradução de Lucchesi, com ressalva *in fine*, por se preferir “atentaram” a “descortinaram”).

tes devem ter *subido* os mais fortes, os mais robustos: eis o *reerguimento* da humanidade.

Na parte “atentaram para o céu”, atentar (tradução do italiano *avvertire*) é verbo que se reencontra após o LIII Axioma (“Os homens primeiro sentem sem atentar, depois atentam com ânimo perturbado e comovido, finalmente refletem com mente pura”)²¹, e que remete a uma conjectura frequente na época clássica. Com efeito, só o homem ereto pode *erguer os olhos* e declarar a presença da divindade, segundo um lugar comum trazido, por exemplo, pelas *Metamorfoses* de Ovídio, texto cosmológico no qual canta o poeta latino: “Ao homem o Factor conferiu sublime rosto, erguido para o céu lhe deu que olhasse”²². Vico desenvolve essa imagem clássica, segundo a qual o homem é o único dos seres vivos com postura ereta e, portanto, o único que pode levantar os olhos e que tem o senso da divindade.

Na reconstrução de Vico, o trovão é atribuído à voz de uma divindade tremenda, entendida como ser antropomórfico, que ordena aos homens comportarem-se retamente. Esses primeiros homens atribuem ao céu tempestuoso a sua própria natureza, isto é, projetam a sua natureza de seres coléricos e violentos e pensam que o céu manifesta as suas próprias “violentíssimas paixões”; o céu é identificado como “um grande corpo animado, que por esse aspecto chamaram Júpiter, o primeiro deus das gentes chamadas ‘maiores’, como se com o silvo dos raios e com o fragor dos trovões lhes quisesse dizer algo”²³. Portanto, *a primeira metafísica é poética*, já que surge da *metáfora*, ou seja, da passagem de algo inanimado a algo animado que, por sua vez, se personifica, numa relação de semelhança estabelecida pelo engenho. Além da metáfora, nessa operação a fantasia intervém com outra figura: a *metonímia*, na substituição do efeito (o trovão e o raio) pela sua causa (Júpiter).

Sob o olhar de Júpiter, logo, a humanidade coloca-se em movimento. Depois de Júpiter, surgem os auspícios, a adivinhação para compreender os auspícios, os sacrifícios para obtê-los. Em resumo, o homem na idade mítica conhece, projetando de si, a realidade reduzida à fantasia, considerando em si e por si mesmo a realidade das suas composições, em virtude dos dados à sua disposição. E é *poeta*, porque se expressa mediante as figuras linguísticas (metáfora, metonímia, sinédoque, etc.) que ele mesmo *faz*.

21 *Ciência nova* (1744), § 218.

22 OVÍDIO NASO, Públio. *Metamorfoses* (I). Tradução de: Manuel Maria de Barbosa Du Bocage. São Paulo: Hedra, 2000, p. 38.

23 *Ciência nova* (1744), II, 1, 1, § 377 (tradução de Lucchesi).

A capacidade de reconduzir a multiplicidade à unidade no universal fantástico é mais que uma reação instintiva ou irracional às forças da natureza:

“A compenetração da *vis rationis* (força da ideia) na sensibilidade não deve, com efeito, ser entendida como sobreposição de uma sobre a outra, nem tampouco como sua complementaridade, mas como fusão que dá vida a uma peculiar faculdade do espírito que não pode ser identificada nem com o sentido animal, nem com a sensibilidade suprassensível, mas que tem dos sentidos a aderência do particular, e da razão a abertura a um horizonte de universalidade. Essa faculdade, caracterizada pela tensão emocional, Vico a denomina fantasia.”²⁴

A concepção do mundo em termos fantásticos é historicamente anterior à feita em termos metafísicos. A primeira totalidade ordenada vem da fantasia, por meio das suas figuras pré-reflexivas. O napolitano Vico afirma que *homo non intelligendo fit omnia*²⁵, ou seja, o homem constitui o seu mundo por meio de uma atividade mental *concreta e antropomórfica*, na qual a faculdade *prevalente* é a fantasia. Mais ainda: por isso, Vico considera que o homem, assim, “faz de si a regra do universo”²⁶. Todo o mundo é visto como um conjunto divino: eis a idade dos deuses, na qual os homens creem viver sob o mando divino, um tempo em que se pode dizer *Jovis omnia plena* (tudo é repleto de Júpiter)²⁷. O filósofo observa que

“agora nos é naturalmente negado poder entrar na vasta imaginativa daqueles primeiros homens, cujas mentes em nada eram abstratas, em nada eram sutis, em nada espiritualizadas, porque estavam todas imersas nos sentidos, todas reprimidas pelas paixões, todas sepultadas nos corpos.”²⁸

24 JACOBELLI ISOLDI, Angela Maria. *Vico, per una “Scienza nuova”*. Roma: Armando, 1985, p. 46. Quanta fantasia terá sido necessária a Joseph John Thomson para que propusesse em 1898 o primeiro modelo atômico, aliás completamente obsoleto com relação aos atuais? Contudo, não se teria chegado aos atuais modelos sem aquele esforço imaginativo, pois faltava uma verificação do átomo. O cientista aqui fantasia ou imagina a solução do problema, ainda que se baseie no seu patrimônio de conhecimentos. Gerald Holton, entre outros, começou a valorizar o papel da imaginação na ciência moderna, destacando a sua importância. No laboratório entram em jogo metáforas e analogias que estabelecem nexos ousados, mas explicativos e confirmadores. Holton oferece, portanto, uma rara visão, complexa, mas certamente mais realista, de como os cientistas teriam usado a sua mente desde o século XVII e do papel cognoscitivo, nunca extinto, da fantasia. Vide HOLTON, Gerald. *The scientific imagination: case studies*. Cambridge: Cambridge University, 1978.

25 “O homem, não compreendendo, torna-se todas as coisas”. *Ciência nova* (1744), II, 2, 2, 1, § 405.

26 *Ciência nova* (1744), § 120.

27 *Ciência nova* (1744), II, 1, 1, § 379, que refere as *Bucólicas* (III, 60) do poeta latino Públio Virgílio Marão (70-19 antes de Cristo).

28 *Ciência nova* (1744), II, 1, 1, § 378.

Não obstante tais dificuldades, que, aliás, o pensador itálico não perde ocasião de sublinhar hiperbolicamente, poderá existir uma *ciência* do universal fantástico produzido por um pensamento *todo corpóreo*, contanto que se tenha um conceito adequado da função da fantasia espontânea, a faculdade hegemônica nas primeiras mentes.

Enfim, segundo o mesmo Vico, os universais fantásticos são o grande achado da sua filosofia madura, que ele afirma ter vindo da “pesquisa obstinada de quase toda a nossa vida literária”, de importância tal que não vacila em considerá-los a “chave-mestra” da sua obra-prima desde as primeiras páginas²⁹. O mestre Partenopeu afirma sem meias palavras que esses “retratos ideais” “constituem a essência das fábulas”³⁰ ou, o que para ele é o mesmo, “a essência da própria poesia”³¹.

3 – A CONCEPÇÃO DE DIREITO ENTRE O *DIREITO UNIVERSAL* E A *CIÊNCIA NOVA*

Dados os limites objetivos de um artigo, opta-se por frisar um ponto central da doutrina jurídica de Vico, nas suas produções maiores. Trata-se da *origem* natural do direito, ou seja, da existência de um direito que surge espontaneamente em cada sociedade, de acordo com o estágio em que se encontra, sem haver necessidade de que uma o aprenda de outra, como ensina emblematicamente o caso da Lei das XII Tábuas, surgida em Roma sem nada dever a Atenas. Por outro lado, se ocorre variedade de leis e costumes entre as sociedades, tais são modos diversos de expressar o mesmo princípio jurídico, assim como os diversos Jupiteres das mitologias são todas formas diversas de expressar a mesma origem da progressão social.

Vico discorre com frequência sobre o problema do direito. Exemplo disso é passagem da *Ciência nova* em que ensina com precisão que é a Providência³² que faz nascer o direito, o qual, não obstante toda a diversidade entre os povos, necessariamente se encontra em qualquer grupo social:

“Aquilo que deve causar maior admiração é que a Providência, tal como, enquanto fazia nascerem as famílias (que tinham nascido

29 *Ciência nova* (1744), § 34.

30 *Ciência nova* (1744), § 209.

31 *Ciência nova* (1744), III, 1, 4, § 808.

32 Há de se ter em mente que o objeto específico de Giambattista Vico é a Providência ordinária, cognoscível com a luz natural da razão, sem embargo das referências na *Ciência nova* à Providência extraordinária, objeto de revelação: “Deus fundou a verdadeira religião aos hebreus, de onde surgiu a nossa de cristãos” (*Ciência nova* (1744), II, § 365).

todas com alguma cognição de uma divindade, embora, devido à sua ignorância e desordem, nenhuma delas conhecesse a verdade, possuindo cada uma religiões, línguas, terras, núpcias, nomes, armas, governos e leis próprias), ao mesmo tempo, tinha feito nascer o direito natural das gentes maiores.”³³

O direito é resultado da ação da Providência no mundo humano, por meio das necessidades do homem. É eterno e imutável, ao mesmo tempo em que se concretiza na contingência das vicissitudes humanas. Assim, o direito é aquele “ordenado pela Providência divina com os ditames das humanas necessidades ou utilidades, observado igualmente em todas as nações”³⁴.

A partir de 1720, data de publicação do *De universi juris uno principio et fine uno (De uno)*, que integra a obra *Direito universal*, Vico concretiza vigorosamente um dos estudos que mais lhe interessavam desde a juventude, de acordo com o testemunho da sua *Autobiografia*: a busca de um direito ideal e universal em cujo sistema se harmonizem filosofia e filologia. Como acrescenta Amerio, no *Direito universal*

“Vico colocou definitivamente o seu interesse e esforço especulativo no problema do homem, cuja compreensão acredita poder encontrar somente à medida que o colhe na sociedade e na civilização que o revela e que o condiciona. E, já que a atitude humana mais significativa lhe parece aqui ser o direito, trata-se, portanto, de compreender o direito na sua concretude, ou seja, no seu devir histórico, e de justificar as diversas modalidades sob as quais se apresentou nos vários povos e idades, mas especialmente em Roma, onde esse direito teve o seu curso mais desdobrado e completo.”³⁵

Dessa maneira, a investigação viquiana, a qual se dedicaria propriamente à história na *Ciência nova*, teve ponto de partida na pesquisa jusfilosófica, ou seja, no estudo de um direito natural de cunho racional que se integre com as normas e instituições concretamente vigentes no curso histórico.

Como diz o título completo da edição de 1725, a *Ciência nova* trata da “natureza das nações pela qual se reencontram os princípios de outro sistema do direito natural das gentes”³⁶, estando esse “outro” do título em relação

33 *Ciência nova (1744)*, II, 5, 5, § 630.

34 *Ciência nova (1725)*, I, 4.

35 AMERIO, Franco. Vico. In: CENTRO DI STUDI FILOSOFICI DI GALLARATE. *Dizionario dei filosofi*. Firenze: Sansoni, 1976, p. 1.227.

36 *Principi di una scienza nuova intorno alla natura delle nazioni per la quale si ritrovano i principi di altro sistema del diritto naturale delle genti*.

com o sistema grociano: no dizer de Miguel Reale, “o certo é que a Ciência nova tem como ponto de partida o estudo do Direito Natural, uma crítica do jusnaturalismo utilitarista, racionalista e anti-histórico de Grócio, Hobbes e Pufendorf”³⁷; desse jusnaturalismo, em suma, ao qual se pensa, ainda hoje, ao se falar do termo. A propósito, corrobora Cesare Vasoli:

“Em primeiro lugar, de fato, creio que o leitor ‘histórico’ da *Ciência nova* deva ter bem em mente a gênese dessa grande obra, que (como mostra o seu primeiro título: *Princípios de uma ciência nova em torno da natureza das nações, pela qual se reencontram os princípios de outro sistema do direito natural das gentes*) devia ser, originariamente, uma pesquisa dedicada à fundação de uma distinta doutrina do direito natural, como é confirmado pela crítica ampla e constante dos sistemas de Grócio, Selden e Pufendorf.”³⁸

No tocante a Hugo Grócio (ou Grotius, 1583-1645), considerado o pai do jusnaturalismo moderno, de cunho racionalista, observe-se que Vico inicialmente reconhece a sua contribuição positiva à medida que o jurista holandês sustenta um sistema de direito universal. Tal reconhecimento é atestado pelo *Direito universal*; todavia, na *Ciência nova*, transforma-se em vivaz crítica. O estudioso Guido Fassò aponta essa atitude ambivalente perante Grócio: “Vico (...) expressou, na *Autobiografia*, que é contemporânea da primeira edição da *Ciência nova* (gratidão a Grócio), precisamente enquanto professava publicamente a sua própria oposição ao jusnaturalismo”³⁹.

Como primeiro reparo a Grócio, o pensador itálico refuta como “presunção dos doutos” a tentativa grociana de construir ou pensar um direito natural sem se apoiar no homem concreto.

Ora, Vico põe-se no mesmo campo em que se punham, variadamente, os contemporâneos Thomas Hobbes, Hugo Grócio, Samuel von Pufendorf e John Selden, ou seja, aceitando como ponto de partida da progressão social o homem bruto⁴⁰; com a ressalva, porém, de levar em conta a estrutura do próprio homem, de condição *decaída*, sob pena de tomar um ponto de partida arbitrário

37 REALE, Miguel. Giambattista Vico, a jurisprudência e a descoberta do mundo da cultura. In: REALE, Miguel. *Horizontes do direito e da história*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 119.

38 VASOLI, Cesare. Vico, Tommaso d’Aquino e il tomismo. *Bollettino del Centro studi vichiani*. Napoli: v. 4, p. 24-25, 1974.

39 FASSÒ, Guido. *I “quattro autori” del Vico: saggio sulla genesi della scienza nuova*. Milano: Giuffrè, 1949. p. 21.

40 São os “violentos de Hobbes, os estúpidos de Grócio e os desprovidos de Pufendorf” (*Ciência nova* (1725), Tábua das Descobertas Gerais, VII).

e irreal. Eis a função, que se poderia chamar estratégica, da queda original na hermenêutica histórica, na polêmica contra o jusnaturalismo racionalista⁴¹.

Essa escola ainda apresenta outro limite: a *identificação* do direito das gentes com o direito natural dos filósofos, e *o conseqüente erro de estudar o direito das gentes só na sua forma mais avançada, deixando de lado as modalidades históricas diferenciadas que Vico demonstra pela tese do ritmo histórico*. Critica-se aqui o intelectualismo que não permite harmonizar as condições históricas particulares e a universalidade das ideias, considerando incompatível o direito natural “eterno na sua ideia” com os “costumes das nações”; a “conservação de todo o gênero humano” com a “conservação privadamente dos povos”, enfim, a “necessidade” das razões explicativas que se remetem a uma “ordem eterna” com as “ocasiões”, “guisas” e “tempos” concretos⁴².

Segundo Vico, tais erros dependem, em suma, de um conceito inadequado do homem originário. Ora, os jusnaturalistas modernos reconhecem a condição de carência dos primórdios (não somente cronológicos, mas sobretudo gnosiológicos), na condição de simplicidade inocente e autossuficiente descrita por Grócio, ou na condição radicalmente abandonada, solitária e hostil ensinada por Hobbes. Por outro lado, o homem viquiano é de condição decaída e corrompida, conservando, todavia, a *capacidade* de dar começo ao mundo social, graças à relação preternatural com a Providência, por meio da primeira noção inteligível: o universal fantástico de Júpiter.

Logo, para Vico, o conhecimento da mente ou da natureza humana constitui meio indispensável para conhecer verdadeiramente o curso histórico e, no específico, aproximar-se do direito, sem cair no anacronismo inerente ao jusnaturalismo moderno.

41 “(Deus) ordenou e dispôs de tal modo as coisas humanas, que os homens, caídos da inteira justiça pelo pecado original, (...) pela própria utilidade foram eles levados como homens a viver com justiça e conservar-se em sociedade e, assim, a celebrar a sua natureza sociável; a qual, na obra, se demonstrará ser a verdadeira natureza civil do homem e, assim, existir um direito natural” (*Ciência nova* (1744), § 2). Nesse ponto, como lembra Amerio, pode-se levantar uma dúvida comum: se não se comprometa a cientificidade ou filosoficidade da investigação ao construir a pesquisa histórica sobre um dado revelado, como a queda original (*Livro do Gênesis*, Capítulo III). Responde-se que Vico acaba dando ao problema da história o tratamento, a seu ver, objetivamente viável, fora do qual só lhe restaria a escolha entre a incompletude greco-romana ou a redução racionalista. Portanto, ele escolhe a história *concretamente* ocorrida. O dado revelado é assumptível quando e enquanto a revelação seja razoável, isto é, justificável racionalmente, algo de que devia ser bem consciente o filósofo partenopeu. *Vide* AMERIO, Franco. *Vico*. Brescia: La Scuola, 1944, p. 71-75.

42 *Vide* *Ciência nova* (1725), I, 5, e ainda o estudo de BOTTURI, Francesco. Caduta e storia: note sul “peccato originale”. G.B. Vico. In: TUNDO FERENTE, Laura (Org.). *La responsabilità del pensare: scritti in onore di Mario Signore*. Napoli: Liguori, 2004, p. 113-140.

Por outro lado, a experiência jurídica, por exprimir um trabalho multisecular, é utilíssima para penetrar o mundo histórico. “Compreende-se, assim, como a mente de Vico, sequiosa de concreção, adversa ao abstracionismo racionalista dos cartesianos e ao anti-historicismo dos jusnaturalistas, tenha encontrado no mundo do Direito o seu *habitat* natural”⁴³.

Assim, a visão que Vico tem do direito articula tanto a exigência de universalidade e perenidade quanto o desdobramento concreto da socialização, de formas espontâneas a formas reflexivas. Nesse sentido, o filósofo percorre três tipos de direito, ligados respectivamente às idades de “deuses”, “heróis” e “homens”, nos quais divide a história de cada sociedade: um direito *divino*, “pelo qual (os antigos) acreditavam que eles próprios e as suas coisas pertenciam todos por direito aos deuses, baseados na opinião de que tudo era ou o faziam os deuses”; um direito *heroico*, “ou seja, da força, mas já moderada pela religião, a única que pode submeter ao dever a força, onde não existem (ou, se existem, onde não servem) as leis humanas para a refrearem”; e, enfim, um direito *humano*, “ditado pela razão humana completamente desenvolvida”⁴⁴. Elucida Vincenzo Miceli:

“*Já que o direito de Vico é um direito que se faz, não pode nascer perfeito, mas vai aperfeiçoando-se, à medida que a consciência humana se desenvolve, à medida que esta vai desdobrando os seus elementos racionais, à medida que a vontade vai determinando-se por obra da mente com a força do verdadeiro; à medida, em suma, que os germes eternos do verdadeiro, depositos pela divindade na consciência humana, vão pouco a pouco abrindo-se e produzem os seus frutos, aplicando-se às utilidades da vida e regulando-as segundo o justo.*”⁴⁵ (grifos nossos)

Não esclarece Vico se os referidos “germes do verdadeiro”⁴⁶ são, entre possíveis soluções, confusa memória de tipo platônico, ou *cognitio in rationibus aeternis* (conhecimento nas razões eternas) de tipo agostiniano⁴⁷, ou obscura

43 REALE, Miguel. Giambattista Vico, a jurisprudência e a descoberta do mundo da cultura. In: REALE, Miguel. *Horizontes do direito e da história*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 120.

44 *Ciência nova (1744)*, IV, 3, §§ 922-924.

45 MICELI, Vincenzo. Il diritto eterno di Vico. In: MICELI, Vincenzo et al. *Per il secondo centenario della Scienza Nuova di G.B. Vico (1725-1925)*. Roma: Edizioni della “Rivista internazionale di filosofia del diritto”, 1925, p. 112.

46 “No homem corrompido não estão completamente extintos os germes do eterno verdadeiro (*aeterni veri semina in homine corrupto non prorsus extincta*)” (*De uno*, XXXIV).

47 “Mas esses filósofos (os platônicos), tão verdadeiramente dignos de preferência aos demais, souberam distinguir entre o que o espírito descobre e o que o sentido apreende, sem que aos sentidos nada tirassem do que podem, nem lhes atribuissem poder que não têm. Disseram existir certa luz das inteligências que ensina todas as coisas e é o próprio Deus, por quem todas as coisas foram feitas” (AGOSTINHO, Santo. *A cidade de Deus* (VIII, 7). São Paulo: Editora das Américas, 1964. p. 398. V. 1).

visão em Deus, de acordo com Malebranche, ou, ainda, divina concessão, segundo Descartes; pelo que o leitor há de se ater à função do *inatismo* viquiano: esses germes não se originam nem da mente humana nem tampouco das coisas, mas de Deus, “o autor das eternas verdades em nós”⁴⁸.

À vista disso, colocadas tais premissas metafísicas, gnosiológicas e antropológicas, Vico chega à síntese entre o *ideal estático* do direito (como única e exclusivamente o concebiam os autores do jusnaturalismo clássico, Grócio por todos)⁴⁹ e a *dinâmica histórica* (que, duas gerações após, seria realçada por Friedrich Carl von Savigny, de quem, não por acaso, Vico é apontado como precursor)⁵⁰. Ora, os princípios são imutáveis, mas as concretizações que ocorrem nas sociedades os inserem em realidade espacial-temporal que não pode ser negada. Em simples palavras, o direito é eterno e desenvolve-se no tempo. Os clássicos do direito natural (Grócio, Selden, Pufendorf)

“retratavam o homem antigo em estado de natureza simplesmente tomando o homem ‘como ele é agora’ e abstraindo a sociedade. Para Vico, o estado de natureza, como já vimos, era o tempo dos *bestioni*, seres meio animais e bem diferentes do homem atual. E se o direito natural era, de fato, ‘eterno em sua ideia’, ele não deixava de passar, necessariamente, por vários estágios e assumir diferentes formas em diferentes períodos (as três idades), pois a própria natureza humana desenvolveu-se por estágios no decorrer da história.”⁵¹

Por isso, enquanto essa escola do direito natural⁵² se ocupa dos conceitos de direito, lei e Estado, descuidando, porém, “as instituições jurídicas como fatos sociais, como realidades formadas em virtude de uma elaboração histórica em conexão com outros elementos determinantes da vida espiritual” e preferindo o “Direito que ‘deve ser’” ao “Direito que ‘é’, que existe como experiência humana, segundo normas emanadas pelo legislador ou manifestadas pelos usos

48 *De uno, Principium*.

49 MARTINS FILHO, Ives Gandra. *Manual esquemático de filosofia*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 292.

50 *Vide* CONTRERAS PELÁEZ, Francisco J. *Savigny y el historicismo jurídico*. Madrid: Tecnos, 2005. p. 42-44.

51 FIKER, Raul. *Vico, o precursor*. São Paulo: Moderna, 2002. p. 61.

52 É tendência corrente designar, ao se falar de “jusnaturalismo” ou de “escola do direito natural” sem mais qualificativos, a linha grociana, como se a paternidade do direito natural não remontasse ao próprio Platão, como recorda Bruno Amaro Lacerda, que também observa: “Os filósofos do Direito continuam desinteressados pelo pensamento jurídico grego, o que termina por afastá-los de uma série de reflexões que poderiam, se devidamente resgatadas, iluminar os debates atuais acerca de diversos conceitos, como *lei, equidade, igualdade e justiça*, dentre outros” (LACERDA, Bruno Amaro. *Direito natural em Platão: as origens gregas da teoria jusnaturalista*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 13).

e costumes”⁵³, há de se notar o aspecto de realismo e concretude que leva o Napolitano a enfrentar o positivismo e o abstracionismo jurídico por meio do argumento da eticidade e das formas históricas do direito. Se ideia e fato vão juntos, não é possível separar direito e ética, separação que começa emblematicamente com Nicolau Maquiavel (1469-1527) e culmina em Immanuel Kant (1724-1804).

4 – CONCLUSÃO

Em resposta à recorrente questão da “falácia naturalística”, segundo a qual partir de um fato (*ser*) para chegar a uma conclusão normativa (*dever ser*) é um passo arbitrário, Vico objetaria que todos os fatos históricos observados geram a possibilidade de inferir um dever ser, já que, como admirador de Bacon, estendeu ao extremo a sua base empírica, que é *toda a história*. Essa é a base na qual ocorrerá examinar o que as sociedades fazem de comum sem terem contato entre si, para concluir que certas práticas éticas e jurídicas não surgem originariamente de convenção, mas do *senso comum*⁵⁴.

Assim, primeiramente, em Vico não existirá contraste radical entre direito natural e direito positivo, pois esses termos hão de indicar dois aspectos da mesma realidade: no *Direito universal*, o autor mostra como a relação entre direito ideal e direito instituído manifesta a relação entre filosofia e filologia, entendidas como busca do ideal e exame do concreto, respectivamente.

Ainda, é nesse diapasão que Vico reabilita o mito – forma meta-histórica e expressão linguística – ao reconstruir sobre o primeiro (Júpiter) a sociedade e a história. E os mitos, enquanto “narrações verdadeiras e severas”⁵⁵, primeira linguagem, aperfeiçoam o homem e, no específico, ocasionam o primeiro direito: com efeito, os homens na idade mítica *partem de um fato empírico*, ou considerado tal – Júpiter –, o qual ocasionará costumes e normas.

Ao falar dos fenômenos propriamente humanos, Vico recorda que a “natureza das coisas não é senão o seu nascimento em certos tempos e em certas circunstâncias que, sempre que são tais, as coisas nascem tais e não outras”⁵⁶,

53 REALE, Miguel. Giambattista Vico, a jurisprudência e a descoberta do mundo da cultura. In: REALE, Miguel. *Horizontes do direito e da história*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 113.

54 “Observamos que todas as nações, tanto bárbaras como humanas, se bem que fundadas separadamente, afastadas entre si por imensos espaços de lugares e tempos, conservam estes três costumes humanos: que todas têm alguma religião, todas contraem matrimônios solenes, todas sepultam os seus mortos”, *Ciência nova (1744)*, I, 3, § 333.

55 *Ciência nova (1744)*, III, 1, 5, 4, § 814.

56 *Ciência nova (1744)*, § 147.

indicando aí que a natureza se manifesta no reiterado *nascimento* de formas “independentes, incoercíveis e difusas”⁵⁷. É assim que, no mundo empírico, se pode descobrir a universalidade, dando-se em Vico o encontro ideal entre Platão e Bacon: descobre-se o universal na disseminada individualização de Júpiter, feita por uma natureza irremediável que há de chamar a atenção do leitor *filósofo e filólogo*.

Confirma-se que o mestre napolitano estuda a natureza humana não no seu aspecto estático somente, mas no histórico: dessa maneira, instituições da mesma natureza, ainda que com aparência distinta, têm nascimento em “momentos correspondentes do processo histórico”⁵⁸.

É assim que Vico, diga-se de passagem, personifica bem o filósofo, que não tem a cabeça nas nuvens, de acordo com o estereótipo corrente, mas tem os pés no chão para observar os *fatos* e tirar deles o *porquê*. A atenção à concretude existencial é algo que flui, em definitivo, do “realismo ideal” de Vico⁵⁹, sendo a sua, como já se notou, “uma filosofia da primazia da existência”⁶⁰.

5 – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGOSTINHO, Santo. *A cidade de Deus*. São Paulo: Editora das Américas, 1964.
- AMERIO, Franco. Vico. In: CENTRO DI STUDI FILOSOFICI DI GALLARATE. *Dizionario dei filosofi*. Firenze: Sansoni, 1976, p. 1.225-1.234.
- _____. *Vico*. Brescia: La Scuola, 1944.
- BIONDI, Moisés. *Tradizione volgare: il mito in Giambattista Vico*. Genova: ECIG, 2006.
- BOTTURI, Francesco. Caduta e storia: note sul ‘peccato originale’ in G.B. Vico. In: TUNDO FERENTE, Laura (Org.). *La responsabilità del pensare: scritti in onore di Mario Signore*. Napoli: Liguori, 2004, p. 113-140.
- CONTRERAS PELÁEZ, Francisco J. *Savigny y el historicismo jurídico*. Madrid: Tecnos, 2005.
- DEL NOCE, Augusto. *Da Cartesio a Rosmini: scritti vari, anche inediti, di filosofia e storia della filosofia*. Milano: Giuffrè, 1992.

-
- 57 LIMONE, Giuseppe. “Il vero alla prova del certo. Il certo alla prova del vero. Vico oltre il suo millennio”. *Quaderno del Dipartimento di Scienze giuridiche della Seconda Università degli Studi di Napoli*. Milano: n. 3, 2008. Disponível em: <<http://www.unina2.it/dipscienzegiuridiche/Interventi/Interventi%20Prof.Limone/Interventi%20Limone%20in%20PDF/Quaderni3-antigone-intro%20Limone..pdf>>. Acesso em: 17 jun. 2012.
- 58 Comentário de Franco Amerio. In: VICO, Giambattista. *Scienza nuova*. Brescia: La Scuola, 1951. p. 42.
- 59 TRAVERSA, Guido. La tradizione di appartenenza dell’universale fantastico: il realismo ideale di Vico. In: KELEMEN, János; PÁL, József (Org.). *Vico e Gentile*. Soveria Mannelli: Rubbettino, 1995. p. 90.
- 60 DEL NOCE, Augusto. *Da Cartesio a Rosmini: scritti vari, anche inediti, di filosofia e storia della filosofia*. Milano: Giuffrè, 1992. p. 527.

DOCTRINA

ECHEVERRÍA YÁÑEZ, José. Eritis sicut dii. *Asomante*. San Juan, Puerto Rico: v. 17, n. 3, p. 7-36, 1961.

FASSÒ, Guido. *I “quattro autori” del Vico*: saggio sulla genesi della scienza nuova. Milano: Giuffrè, 1949.

FIKER, Raul. *Vico, o precursor*. São Paulo: Moderna, 2002.

HOLTON, Gerald. *The scientific imagination: case studies*. Cambridge: Cambridge University, 1978.

JACOBELLI ISOLDI, Angela Maria. *Vico, per una “scienza nuova”*. Roma: Armando, 1985.

LACERDA, Bruno Amaro. *Direito natural em Platão*: as origens gregas da teoria jusnaturalista. Curitiba: Juruá, 2009.

LIMONE, Giuseppe. Il vero alla prova del certo. Il certo alla prova del vero. Vico oltre il suo millennio. *Quaderno del Dipartimento di Scienze giuridiche della Seconda Università degli Studi di Napoli*, Milano: n. 3, 2008. Disponível em: <<http://www.unina2.it/dipscienzegiuridiche/Interventi/Interventi%20Prof.Limone/Interventi%20Limone%20in%20PDF/Quaderni3-antigone-intro%20Limone..pdf>>. Acesso em: 17 jun. 2012.

MARTINS FILHO, Ives Gandra. *Manual esquemático de filosofia*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2010.

MICELI, Vincenzo. Il diritto eterno di Vico. In: MICELI, Vincenzo et al. *Per il secondo centenario della Scienza Nuova di G.B. Vico (1725-1925)*. Roma: Edizioni della “Rivista internazionale di filosofia del diritto”, 1925, p. 112-122.

MOMIGLIANO, Arnaldo. Roman “Bestioni” and Roman “Eroi” in Vico’s Scienza Nuova. In: MOMIGLIANO, Arnaldo. *Terzo contributo alla storia degli studi classici e del mondo antico*. Roma: Edizioni di Storia e Letteratura, 1966, t. 1, p. 153-177.

OVÍDIO NASO, Públio. *Metamorfoses*. Tradução de Manuel Maria de Barbosa Du Bocage. São Paulo: Hedra, 2000.

REALE, Miguel. Giambattista Vico, a jurisprudência e a descoberta do mundo da cultura. In: REALE, Miguel. *Horizontes do direito e da história*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 113-127.

ROSSI, Paolo. *Le sterminate antichità e nuovi saggi vichiani*. Scandicci: La Nuova Italia, 1999.

RUGGIERO, Raffaele. *La “volgar tradizione”*: prove di critica testuale in Giambattista Vico. Lecce: Pensa Multimedia, 2001.

TÁCITO, Públio Cornélio. *Anais*. Rio de Janeiro: Jackson, 1964.

TRAVERSA, Guido. La tradizione di appartenenza dell’universale fantastico: il realismo ideale di Vico. In: KELEMEN, János; PÁL, József (Org.). *Vico e Gentile*. Soveria Mannelli: Rubbettino, 1995, p. 87-92.

VASOLI, Cesare. Vico, Tommaso d’Aquino e il tomismo. *Bollettino del Centro studi vichiani*. Napoli: v. 4, p. 5-35, 1974.

VICO, Giambattista. *A ciência nova*. Tradução de Marco Lucchesi. Rio de Janeiro: Record, 1999.

DOUTRINA

_____. *Ciência nova*. Tradução de Jorge Vaz de Carvalho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

_____. *Opere*. Editor: Andrea Battistini. Milano: Mondadori, 1990.

_____. *Opere giuridiche*. Editor: Paolo Cristofolini. Firenze: Sansoni, 1974.

_____. *Tutte le opere*. Editor: Francesco Flora. Milano: Arnoldo Mondadori, 1957.

DANO MORAL TRABALHISTA-PREVIDENCIÁRIO

Océlio de Jesus C. Morais*

Aline Eddie Torres de Morais**

1 – INTRODUÇÃO

Nosso principal objetivo é comprovar que os crimes penais de apropriação indébita previdenciária e de sonegação das contribuições sociais da relação de emprego/contrato de trabalho configuram uma espécie diferente de dano moral, o dano moral previdenciário-trabalhista. De par dessa tipificação, o segundo objetivo é sustentar que a Justiça Federal do Trabalho é competente para o julgamento da causa por força de critério normativo-constitucional, mas também pretendo comprovar que somente um julgamento guiado pelos princípios da dignidade humana e da cidadania previdenciária é capaz de encontrar a interconexão entre essa espécie de dano moral e o contrato de trabalho. Atemática é relativa à proteção social previdenciária e à competência jurisdicional da Justiça do Trabalho. O método de abordagem é sistemático-teleológico.

2 – DESENVOLVIMENTO

2.1 – Função garantista e função promocional das contribuições sociais da decisão judicial trabalhista

A contribuição social decorrente da decisão trabalhista é fundamental à inclusão previdenciária do trabalhador e é obrigatória em face da decisão judicial.

* Juiz do Trabalho, titular da 3ª Vara de Ananindeua (TRT da 8ª Região); doutorando em Relações Sociais na área de Direito Previdenciário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP); mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Pará (UFPA); especialista em Direito Público pela Universidade da Amazônia; especialista em economia do trabalho pelo CESIT/Unicamp (SP) em convênio com o TRT da 8ª Região; bacharel em jornalismo pela Universidade Federal do Pará; formação superior incompleta em Teologia e Filosofia pelo Instituto de Teologia da CNBB Norte II; autor dos livros “Linhas de um destino” (Salomão Larêdo Editora); “Dos Dilemas e da Arte de Julgar” (LTr); “Execução Previdenciária Trabalhista – Competência da Justiça Federal do Trabalho e Procedimentos Práticos” (LTr); vencedor do Prêmio Nacional de Jornalismo Impresso da FENAJ/1993; professor da Pós-Graduação em Direito da Universidade da Amazônia e professor colaborar da Escola Judicial da Justiça do Trabalho da 8ª região.

** Advogada; mestra em Direito das Relações Sociais – UNAMA/Belém/Amazônia/Brasil.

Quando se trata da finalidade previdenciária, que do recolhimento dela decorre, estamos diante da função de imperativo de tutela de direito fundamental¹. E seu caráter compulsório é voltado ao empregador, ao juiz da causa e ao órgão previdenciário.

Tal como ocorre na aplicação dos direitos fundamentais em geral, por força dos efeitos imediatos e vinculantes *erga omnes* aos particulares e ao Estado², na ordem jurídica brasileira³, as contribuições sociais da decisão judicial da Justiça Federal do Trabalho também são configuradas normativa-axiológica-principiológicamente para a concreção do direito social fundamental à previdência.

Portanto, a nossa compreensão das contribuições sociais da decisão trabalhista é orientada pela “incindibilidade”, decorrente da “unidade constitucional”, marcada pela “interligação sistêmica e dialética dos direitos fundamentais sociais”, de que trata a teoria unitária relativa a esses direitos fundamentais; mas, ao mesmo tempo, não despreza o “caráter estrutural” da ordem jurídica, contudo, voltada com os seus destinatários (os trabalhadores e seus dependentes), com alinhamento à “função promocional” da teoria dualista do Direito, naquele sentido adotado por Bobbio, de “promover a realização de atos socialmente desejáveis”⁴.

-
- 1 Barcha Correia adota o critério normativo-constitucional para qualificar o direito à previdência como um direito fundamental, ao afirmar que “os direitos sociais também são direitos fundamentais, tendo em vista que se encontram, na Constituição Federal, no mesmo título II, que trata dos direitos e garantias fundamentais”. In: *Direitos fundamentais sociais*. Saraiva, 2010. p. 40. A concepção reproduz – até porque não poderia ser diferente tendo em vista a estrutura dinâmica da ordem jurídica brasileira, formatada com normas, valores e princípios – a *teoria dualista*, a qual, na compreensão de Schäfer, indica “a posição realizadora do Estado, ao estabelecer uma interligação entre o conteúdo do direito e a função do Estado diante de sua realização”. Esse autor, prega a necessidade da superação da teoria dualista, para a adoção da compreensão *unitária* dos direitos fundamentais, dada as suas características de *incindibilidade*, decorrente da unidade constitucional, de *interligação sistêmica e dialética* entre todas as espécies de direitos fundamentais, e o *caráter principiológico* de todos os direitos fundamentais. Cf. *Classificação dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: 2005, p. 69-70.
 - 2 Canaris, na obra *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, teoriza que os direitos fundamentais possuem função vinculante imediata e automática em face dos particulares e do Estado, para fins de consecução dos objetivos sociais do Estado. O autor rejeita a ideia liberal da Constituição alemã (a denominada Constituição de Weimar), segundo a qual “os direitos fundamentais deveriam ser qualificados como meras ‘asserções programáticas’”. Coimbra: Almedina, 2009. p. 22-31.
 - 3 Ingo Wolfgang Sarlet, acerca dos direitos fundamentais na ordem jurídica brasileira, identifica uma “conexão entre as categorias da segurança jurídica e da segurança social”, para os fins da concreção dos objetivos do Estado social. In: *Direitos fundamentais sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 71-09.
 - 4 Segundo Norberto Bobbio, da ampliação e aprofundamento estrutural do ordenamento jurídico, o Estado assume a função garantista dos direitos; mas, admitido o caráter funcional, o Estado passa à condição de “dirigista”, com o Direito tendo o caráter ou natureza de direção social, isto é, com o perfil de função promocional o Estado passa a “promover a realização de atos socialmente desejáveis” (2007, p. XII, 1-32). Para Celso Lafer, “a análise estrutural examina o direito como um sistema, a partir do ângulo interno ao jurídico, sem maiores elaborações sobre as funções em relação aos destinatários das normas, enquanto que a função promocional do direito é voltada para impulsionar e para sustentar condutas positivas para alcançar uma direção social de condutas. Cf. “Apresentação à edição brasileira” à obra *Da Estrutura à Função*, de Norberto Bobbio (Barueri: Manole, 2007. p. LI-LVII)

Então, só sob o olhar da função vinculante dos direitos fundamentais⁵ é possível, no âmbito de uma decisão trabalhista, torná-la (a decisão judicial) instrumento de realização desse direito social, cujo resultado prático ao trabalhador é a inclusão previdenciária.

A proibição de não retrocesso, um dos efeitos vinculantes do direito social fundamental à previdência, exige dos Juízes e dos Tribunais do Trabalho que, em suas decisões condenatórias ou homologatórias de acordo, determinem as medidas úteis e necessárias ao recolhimento das contribuições sociais devidas à Previdência Social⁶.

Essa imposição normativa (no art. 276, §§ 7º, 8º e 9º, do Decreto nº 3.048/99, no art. 43 da Lei nº 8.212/91 e no art. 876, parágrafo único, da CLT) está harmônica com o conteúdo da norma fundamental que relaciona a previdência na categoria de direito social fundamental (art. 6º da CRFB/88).

Por conseguinte, nisso repousa a legitimidade, ou autorização, ou competência dos Juízes e Tribunais do Trabalho, para, em litígios que envolvem recolhimento das contribuições sociais próprias das decisões, também processar e julgar causa relativa ao dano moral previdenciário-trabalhista, como veremos à luz do art. 114, VIII e IX, da Emenda Constitucional nº 45/04⁷.

O aspecto normativo que formaliza as contribuições sociais da decisão trabalhista com caráter de direito fundamental e a configuração constitucional da competência jurisdicional para processar e julgar essa matéria são relativos ao aspecto estrutural da ordem jurídica brasileira.

E sob o aspecto da estrutura, para que seja mantida a coerência interna da ordem jurídica, as contribuições sociais decorrentes das sentenças condenatórias ou das decisões homologatórias de acordo da Justiça Federal especializada do Trabalho, de que resultem obrigações à Previdência Social, se destinam ao

5 J. J. Canotilho, sobre a natureza e a função do direito fundamental, leciona que: “1) a positivação dos ‘direitos sociais’, através da consagração constitucional de garantias institucionais, obriga o legislador a proteger a essência de certas instituições (família, administração local, saúde, pública) e a adotar medidas estritamente conexas com o ‘valor social eminente’ dessas instituições” e a “2) positivação dos direitos sociais como direitos subjetivos públicos, isto é, como direitos inerentes existencial dos cidadãos”. In: *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra e RT, 2008, p. 37-38.

6 Acerca do tema, remoto à leitura dos nossos artigos científicos: 1) Previdência social e as decisões judiciais trabalhistas. In: *Revista Brasileira de Direito Previdenciário*, Porto Alegre: Magister, 2011, p. 37-62, v. 3. jun./jul. 2011. 2) O problema dos efeitos das contribuições sociais do contrato de trabalho. In: *Revista Brasileira de Direito Previdenciário*. Porto Alegre: Magister, 2012, p. 66-87. v. 7, fev./mar. 2012.

7 A EC nº 24/04 amplia a competência da Justiça do Trabalho às causas previdenciárias decorrentes das relações de trabalho, inclusive quanto aos acréscimos legais decorrentes da sentença que proferir. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 5 out. 2012.

custeio da Seguridade Social, como objetivo geral, e ao cômputo do tempo de contribuição do trabalhador, como finalidade específica.

Do cômputo das contribuições previdenciárias, recolhidas ao Fundo Previdenciário com vinculação ao Número de Identificação do Trabalhador (NIT), resulta a finalidade específica, a inclusão social previdenciária do trabalhador-segurado, especialmente a aposentadoria por tempo de contribuição, além de vários benefícios previdenciários que passa a fazer jus em razão do adimplemento dos prazos carenciais.

Adotando as medidas úteis, necessárias, obrigatórias e corretas ao recolhimento (art. 43 da Lei nº 8.212/91 e art. 876, parágrafo único, da CLT) e à execução *ex officio* das contribuições pelos Juizes e Tribunais do Trabalho (arts. 876, 877, 877-A e 878 da CLT), o Estado-Juiz, um dos destinatários da norma (constitucional e infraconstitucional), exerce a função garantista à realização desse direito.

É do recolhimento e execução *ex officio* das contribuições sociais vinculadamente às suas finalidades próprias que resulta a natureza incidível do direito fundamental social à previdência decorrente da decisão trabalhista, portanto, aspecto relativo ao conteúdo e ao objetivo da proteção social ao qual está estruturada a ordem social brasileira (arts. 193 e 194 da CRFB/88).

Na natureza incidível e inescusável das contribuições sociais, como elemento de realização do direito fundamental social à previdência, repousa o fundamento do caráter promocional do Estado do bem-estar, para “promover a realização de atos socialmente desejáveis”⁸

No âmbito da ordem jurídico-constitucional brasileira, as contribuições sociais da decisão trabalhista são destinadas à realização dos “atos socialmente desejáveis”, equivalentes à efetividade do “bem-estar e a justiça sociais”, objetivos estruturais e teleológicos da ordem social (art. 193 da CRFB/88).

Logo, por vinculação às finalidades do aspecto estrutural da ordem jurídica, as contribuições previdenciárias da decisão trabalhista devem ser recolhidas para as suas finalidades próprias, pois disso resultará a efetividade do direito fundamental à previdência (inclusão previdenciária do trabalhador) ou a paralisia das funções garantista e promocional do Estado quanto à tutela normativo-principiológica desse direito, se desviadas as suas finalidades, se sonegadas ou se apropriadas indevidamente pelo empregador.

8 Cf. Mario Losano, no prefácio à edição brasileira do livro *Da Estrutura à Função*. Manole, 2007, p. XII-XIII.

2.2 – *Apropriação indébita previdenciária e sonegação das contribuições sociais do contrato de trabalho*

Configuramos às contribuições sociais oriundas da decisão judicial trabalhista a natureza de direito social porque, pela sua finalidade específica, são destinadas à realização da inclusão social na previdência do trabalhador-segurado, portanto, são previstas na ordem jurídico-constitucional para a promoção dos objetivos do bem-estar e da justiça sociais no Brasil.

A base substancial dessa configuração é a qualificação da previdência como direito fundamental social, logo, direito que é balizado pela Constituição como norma-princípio, ou princípio-garantia⁹, voltada à concreção do princípio da dignidade humana, este, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, III).

Delineada, sob as luzes do princípio da dignidade humana, as contribuições sociais da decisão judicial trabalhista se apresentam como um direito de cidadania, na medida em que pela inclusão das contribuições na base de dados do Cadastro Nacional de Informações Sociais (CNIS) com vinculação ao NIT do trabalhador-segurado o Estado garante os benefícios previdenciários e promove juridicamente os objetivos do bem-estar e da justiça sociais.

Portanto, alinhadas aos objetivos da ordem social brasileira, as contribuições sociais da decisão trabalhista são destinadas, em última análise funcional e teleológica, ao exercício do direito de cidadania¹⁰, este, igualmente um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

Com efeito, essas contribuições sociais, admitidas como “direito de garantias para os cidadãos” (no caso, os trabalhadores-segurados), são compulsoriamente impostas ao empregador, quanto ao recolhimento mensal sobre o salário de contribuição referente ao contrato de trabalho (art. 276 do Decreto nº 3.048/99).

9 Citando Canotilho (2001, p. 202), Eros Grau (2008, p. 157-158) define o princípio-garantia, aquele que visa “instituir directa e imediatamente uma *garantia* dos cidadãos; a eles é ‘atribuída a densidade de autêntica norma jurídica e uma força determinante positiva e negativa’; por se traduzirem no estabelecimento direito de garantias para os cidadãos, são chamados de ‘princípios em forma de norma jurídica’”.

10 Ferrajoli, quando se refere “à moderna natureza supranacional de grande parte dos direitos fundamentais”, inclui “o direito de cidadania”, mas como “pressuposto de todos os direitos fundamentais, inclusive aqueles da pessoa, a começar pelos direitos civis, que, em todos os ordenamentos evoluídos, não dizem respeito apenas ao seu nome, aos sujeitos enquanto cidadãos, mas unicamente enquanto pessoa”. Cf. *Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 31-32.

Sob esse aspecto, por conseguinte, a inclusão social previdenciária que a contribuição social visa, no seu fundamento teleológico, é relativa aos direitos da solidariedade entre gerações, também denominados por Schafer como “direitos da solidariedade humana”¹¹ porque “têm por destinatário toda a coletividade em sua acepção difusa”¹².

Essa dupla dimensão aplicativa – de direito individual e de direito da solidariedade coletiva – das contribuições sociais derivadas das decisões judiciais trabalhistas com trânsito em julgado as torna inescusáveis porque, delas, o trabalhador individualmente adquire diversos direitos prestacionais junto à Previdência Social, ao mesmo tempo em que também são destinadas ao custeio solidário e coletivo da Seguridade Social.

Por todos esses aspectos que a ordem jurídica brasileira configura como crime de apropriação indébita previdenciária:

ACHISTER “Art. 168-A, § 1º – Reter e deixar de repassar à previdência social as contribuições sociais, quando: I – deixar de recolher, no prazo legal, contribuição ou outra importância destinada à previdência social que tenha sido descontada de pagamento efetuado a segurados, a terceiros ou arrecadada do público; II – deixar de recolher contribuições devidas à previdência social que tenham integrado despesas contábeis ou custos relativos à venda de produtos ou à prestação de serviços; III – deixar de pagar benefício devido a segurado, quando as respectivas cotas ou valores já tiverem sido reembolsados à empresa pela previdência social.”

Interessa ao estudo a hipótese do § 1º, inciso I, do art. 168-A do Código Penal, pois é relativa ao contrato de trabalho, aqui compreendido conforme a configuração normativa no art. 442 da CLT, ou específica da relação de trabalho, no espírito sistêmico do art. 114 da Emenda Constitucional nº 45/04.

Por essa norma jurídica, será crime de apropriação indébita previdenciária a conduta do empregador ou do tomador de serviços que deixar de recolher as contribuições sociais no prazo legal, desde que estas tenham sido retidas do salário do trabalhador-segurado, mas não repassadas à Previdência Social.

A conduta comissa é consciente e dolosa do empregador ou do tomador de serviços, viola abertamente o direito individual do trabalhador-segurado de ver computado em seu tempo de contribuição as referidas contribuições sociais

11 Cf. Schäfer. Op. Cit. 2005, p. 32.

12 *Idem, ibidem.*

e atenta contra o princípio da proteção social, porque, subtraindo as contribuições previdenciárias, causa fissura no sistema de custeio da Seguridade Social.

E tipifica o crime de sonegação de contribuição previdenciária e de quaisquer de seus acessórios quando o tomador de serviços (na relação de trabalho) ou empregador (no contrato de trabalho), consoante dispõe o art. 337-A, incluído pela Lei nº 9.983/00, do Código Penal brasileiro, “Suprimir ou reduzir contribuição social previdenciária e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas”:

“I – omitir de folha de pagamento da empresa ou de documento de informações previsto pela legislação previdenciária segurados empregado, empresário, trabalhador avulso ou trabalhador autônomo ou a este equiparado que lhe prestem serviços; II – deixar de lançar mensalmente nos títulos próprios da contabilidade da empresa as quantias descontadas dos segurados ou as devidas pelo empregador ou pelo tomador de serviços; III – omitir, total ou parcialmente, receitas ou lucros auferidos, remunerações pagas ou creditadas e demais fatos geradores de contribuições sociais previdenciárias.”

Aqui, as hipóteses de sonegação previdenciária também denotam a conduta comissiva, consciente e dolosa do agente. A vítima sempre é o trabalhador, no primeiro momento – porque é a parte hipossuficiente que não tem nenhum controle sobre a forma de descontos previdenciários de seus salários – e, sob o aspecto da coletividade, a massa difusa de segurados e dos beneficiários em geral das prestações e benefícios da Seguridade Social, porque as referidas contribuições também são destinadas ao custeio securitário.

A Lei nº 12.692/2012, que acrescenta o inciso VI ao art. 32 da Lei nº 8.212/01, cria um mecanismo de controle jurídico ao trabalhador em face do empregador, quanto ao recolhimento mensal de suas contribuições, bem como indica a intenção preventiva do Estado em prevenir os crimes de apropriação indébita e sonegação previdenciária, quando normatiza que “A empresa é também obrigada a comunicar, mensalmente, aos empregados, por intermédio de documento a ser definido em regulamento, os valores recolhidos sobre o total de sua remuneração ao INSS”.

Deflui, essa norma, que a comunicação ao trabalhador-segurado acerca dos valores recolhidos sobre o total de suas remunerações ao INSS é obrigatória e compulsória, portanto, independe de solicitação do trabalhador.

Essa norma também propicia o controle social de forma individual pelo trabalhador, ou de forma coletiva pelo sindicato da categoria profissional, na

medida em que lhe cabe “a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas” (inciso III do art. 8º da CRFB/88).

Sob o aspecto do controle jurídico, sem prejuízo das iniciativas do trabalhador-segurado e de sua representação sindical, incumbe ao Ministério Público do Trabalho esse controle, pois, no conjunto normativo brasileiro, incumbiu-lhe “a defesa da ordem jurídica, do regime democrático, dos interesses sociais e dos interesses individuais indisponíveis” (art. 1º da LC nº 75/93). Tal ocorre por força de suas funções institucionais, entre as quais estão “a defesa dos interesses sociais e dos interesses individuais indisponíveis” e “zelar pela observância dos princípios constitucionais relativos à seguridade social” (art. 5º, I e II, da LC nº 75/93).

Assim, a norma legitima esse controle jurídico em face do empregador porque o crime de apropriação e de sonegação previdenciária afeta a ordem jurídica, e porque as contribuições sociais da decisão trabalhista, como vimos, são relativas ao direito fundamental social à previdência e ao custeio da Seguridade Social, portanto, cabe-lhe fazer “zelar pela observância dos princípios constitucionais relativos à Seguridade Social”, consoante a norma de ordem pública inserida no inciso II, *d*, do art. 5º da Lei Complementar nº 75/93.

Natural, portanto, que esse plexo normativo legitime o Ministério Público da União ao controle jurídico quanto ao regular recolhimento das contribuições decorrentes da decisão trabalhista, inclusive sendo legítimo e competente materialmente para o ajuizamento da ação penal específica em face do empregador que se apropriou ou que sonegou as contribuições previdenciárias do contrato de trabalho.

2.3 – Tipificação do dano moral previdenciário-trabalhista

O conteúdo de direito fundamental social está imbricado nas contribuições sociais da decisão judicial trabalhista. Por conseguinte, quando o Estado criminaliza essas condutas (apropriação indébita e sonegação previdenciária), o faz com o objetivo de garantir a incolumidade do direito prestacional aos segurados e com a finalidade de proteger as contribuições sociais em face de condutas ilícitas, eis que elas são, também, essenciais à realização de sua função promocional na ordem social, promover o bem-estar e a justiça sociais.

As condutas de apropriação indébita previdenciária e de sonegação previdenciária violam o patrimônio imaterial do trabalhador-segurado (o direito à

DOCTRINA

inclusão previdenciária) e atentam contra o princípio da solidariedade humana, disso tudo tipificando o dano moral previdenciário-trabalhista.

A violação ao patrimônio imaterial do trabalhador-segurado, nas tipificações criminais que estamos tratando e no âmbito do contrato de trabalho ou na relação de trabalho, caracteriza o dano moral previdenciário-trabalhista, isto é, esse dano moral ocorre quando, por omissão ou ação voluntária, o empregador omite da folha de pagamentos da empresa ou de documento de informações previsto pela legislação previdenciária segurado empregado ou quando deixar de lançar mensalmente nos títulos próprios da contabilidade da empresa as quantias descontadas dos segurados ou as devidas pelo empregador ou pelo tomador de serviços, conforme normativos no Código Penal Brasileiro.

Na prática, os efeitos danosos de condutas ilícitas dessa natureza excluem o trabalhador segurado da percepção de benefícios previdenciários que exigem os requisitos relativos aos prazos carenciais, afetando-lhe, por consequência, um direito fundamental social relativo à proteção, previdência e ao princípio da dignidade humana.

A conduta ilícita atinge, então, a cidadania previdenciária do trabalhador-segurado, pois esse direito é instituído, sob o seu aspecto teleológico, para a promoção da dignidade humana, fundamento máximo da República Federal do Brasil, e para a promoção do bem-estar geral (eliminação das necessidades materiais) e da justiça social (eliminação das desigualdades sociais), objetivos da ordem jurídico-constitucional e social brasileira.

A apropriação indébita previdenciária e a sonegação das contribuições previdenciárias também podem tipificar o dano moral coletivo porque, destinadas ao custeio securitário, são relativas ao princípio básico do Regime Geral de Previdência Social, o princípio da solidariedade humana, ou princípio da solidariedade coletiva, ou ainda princípio da solidariedade entre gerações.

Assim, a configuração do dano moral previdenciário-trabalhista, em face do obreiro, também se evidencia quando trabalha à empresa e, essa, mensalmente de seus salários desconta as contribuições previdenciárias, mas não as repassa ao Fundo Previdenciário. E também quando deixa de integrar na base do salário de contribuição parcela de natureza remuneratória, subtraindo-lhe, com isso, contribuição superior à Previdência Social, o que refletirá negativamente, ao final, na apuração da sua média de benefícios.

De seu contrato de trabalho, o segurado alimenta a certeza da inclusão previdenciária, com a expectativa da percepção presente ou futura, quando ne-

cessitar, quanto aos benefícios previdenciários que as contribuições recolhidas lhe assegurariam.

Portanto, se o trabalhador-segurado não concorre aos atos ilícitos do empregador e por este é prejudicado com a falta de recolhimentos previdenciários tempestivos ou com a apropriação indébita, é possível a configuração do dano moral trabalhista-previdenciário capaz de ensejar a indenização respectiva.

Quando a Constituição Federal inclui a previdência como direito fundamental social, significa que esse direito constitui direito inalienável, eis que diz respeito a dois princípios da ordem jurídica brasileira: o princípio da proteção social, que é implementado pela Seguridade Social, e o princípio da primazia da dignidade humana – um dos pilares fundamentais da República Federativa.

Com efeito, a sonegação e a apropriação das contribuições previdenciárias do contrato de trabalho violam o direito social fundamental à previdência, violam o princípio da dignidade da obreira e atentam contra o princípio da inclusão social previdenciária.

As condutas (de apropriação indébita previdenciária e de sonegação previdenciária) causam dano ao patrimônio imaterial do trabalhador-segurado (o direito à inclusão previdenciária) e atentam contra o princípio da solidariedade humana, disso tudo tipificando o dano moral previdenciário-trabalhista.

A natureza desses atos ilícitos e a sua repercussão negativa na vida previdenciária do trabalhador-segurado – repercussão que é de natureza moral no presente e ao seu futuro projeta prejuízo material – constituem fundamentos jurídicos importantes para, também, justificar a indenização por dano moral previdenciário-trabalhista. É essa compreensão sistêmica que está fluente na ordem jurídico-constitucional de 1988, e dessa compreensão emerge a obrigação de indenizar (art. 5º, X, da CFRB/88) pelos danos morais causados à dignidade do trabalhador. Então, quando questão dessa natureza é judicializada, não se refere apenas a uma questão de Direito positivo, mas, substancialmente, trata-se de um princípio fundamental, a dignidade da pessoa humana, porque unida pelo fundamento da República (art. 1º, III, da CRFB/88). E como tal exige um julgamento orientado pelos métodos sistemático e teleológico da ordem jurídica, iluminados pelos princípios da proteção social e da dignidade humana.

2.4 – Competência jurisdicional trabalhista na ordem jurídica brasileira para julgar o dano moral previdenciário-trabalhista

A concepção positivista pura da norma exclui da Justiça Federal do Trabalho a competência para processar e julgar o dano moral previdenciário-

trabalhista. E o faz porque não vê conexão entre o contrato de trabalho e o dano previdenciário decorrente da apropriação indébita previdenciária ou da sonegação das contribuições sociais. Mas, um ponto de vista restritivamente positivista e literal da norma, dissociado dos fins sociais ao quais fora concebida, não é apropriado para concluirmos por uma conexão entre a apropriação indébita/sonegação previdenciária e a competência material da Justiça Federal do Trabalho. Afirimo isso porque a interpretação e a aplicação herméticas da norma distorcem o seu sentido sistemático-teleológico, congelam o pensamento jurídico àquele primitivismo liberal de sempre justificar que o sentido da norma não está além do que ali consta, ou seja, é o que está literalmente escrito. Contudo, uma norma é um universo dinâmico onde o operador do Direito pode descobrir inúmeras interconexões. A interconexão no âmbito de um contrato de trabalho entre a apropriação indébita previdenciária e a sonegação das contribuições sociais do contrato de trabalho dá-se pela vontade consciente de produzir o resultado criminoso.

Somente do ponto da interpretação sistemática e teleológica da norma é possível enxergar com maior clareza e reconhecer a competência material da Justiça do Trabalho nessa matéria. Isso ocorre porque, como leciona Balera, “o método sistemático resume e compendia todas as modalidades de exegese”¹³ e permite “a identificação clara dos principais focos de resistência que, certamente, se oporão à superação da questão social”¹⁴.

Assim, encontramos na sistematicidade normativa da ordem jurídica brasileira elementos suficientes para legitimar a competência material da Justiça Federal especializada do Trabalho ao julgamento dessa matéria.

O primeiro elemento é a interconexão entre a relação de emprego/contrato de trabalho e as obrigações trabalhistas/previdenciárias decorrentes. De ordem fática, essa interconexão revela a causa de pedir, matriz substancial que define a competência em razão da matéria da Justiça do Trabalho, à luz do art. 114, I, da CRFB/88.

E desse critério normativo-constitucional, configurador da competência originária às ações oriundas das relações de trabalho, advém um segundo critério especificador, com mesmo *status* constitucional, dessa competência: está ali no inciso IX do art. 114, outras controvérsias também decorrentes da relação de trabalho, seio que alberga a obrigação previdenciária das próprias decisões judiciais trabalhistas.

13 Cf. BALERA. In: *Sistema de seguridade social*. São Paulo: LTr, 2009. p. 172.

14 *Idem, ibidem*.

Conexo, por conseguinte, à relação de emprego/contrato de trabalho, o recolhimento da contribuição social é inerente à competência executória da Justiça do Trabalho (inciso VIII do art. 114), visto que também é próprio da competência jurisdicional dessa Justiça federal especializada determinar as medidas práticas para o recolhimento das contribuições sociais devidas à Previdência Social incidentes sobre os salários pagos ou creditados, a qualquer título, ao trabalhador (art. 195, I, *a*, da CRFB/88) ou incidentes nos salários pagos no período contratual reconhecido, portanto, ao empregado (art. 876, parágrafo único, da CLT). Portanto, a questão específica do dano moral previdenciário-trabalhista não é de natureza civil, nem genuinamente previdenciária, mas porque guarda conexão com a relação de emprego/contrato de trabalho, e intrínseca à competência trabalhista.

É desse nexo trabalhista/previdenciário, no âmbito da relação empregatícia/contrato de trabalho que deve partir a interpretação sistemática e teleológica para identificar essa espécie diferente desse dano moral, que não é uma mera falta administrativa da empresa, nem um dano simples ao trabalhador, mas um dano grave porque afeta o direito social fundamental à previdência do trabalhador e de seus dependentes e corrói o princípio da proteção social brasileira. Assim, quando ocorre o crime de apropriação indébita previdenciária e o crime de sonegação das contribuições previdenciárias da relação de emprego/contrato de trabalho também resta configurada, do ponto de vista do princípio, uma injustiça por causa do dano imposto ao trabalhador/dependente, pois lhe priva o direito aos benefícios previdenciários, seja no presente ou seja no futuro, em decorrência dos riscos sociais ou laborais aos quais está sujeito.

5 – CONCLUSÕES

A apropriação indébita previdenciária e a sonegação das contribuições sociais da relação de emprego/contrato de trabalho, além da configuração do ilícito penal, tipificam o dano moral previdenciário-trabalhista. Se o dano previdenciário-trabalhista decorre da relação empregatícia/contrato de trabalho, a competência material da Justiça Federal do Trabalho é definida pela causa de pedir, e o julgamento da questão deve ser balizado pelos princípios da dignidade da pessoa humana e da cidadania previdenciária, ínsitos do princípio da proteção social securitária brasileira. O julgamento do dano moral previdenciário-trabalhista pela Justiça do Trabalho é, pois, um julgamento de princípio, não puramente positivista. A análise do dano moral previdenciário-trabalhista pelo critério positivista liberal é incompatível e inadequada em face do feixe de

princípios constitucionais que orienta a interpretação e aplicação da norma na decisão judicial em casos dessa natureza.

6 – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BALERA, Wagner. *Sistema de seguridade social*. São Paulo: LTr, 2009.

BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função – novos estudos de teoria do direito*. Barueri: Manole, 2007.

BRASIL. *Consolidação das Leis do Trabalho*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 8 set. 2012.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 5 out. 2012.

_____. *Decreto nº 3.048/99*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 8 set. 2012.

_____. *EC nº 24/2004*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 5 out. 2012.

_____. *Lei nº 2.848/1940*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 9 out. 2012.

_____. *Lei nº 8.212/91*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 8 set. 2012.

_____. *Lei nº 8.213/91*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 8 set. 2012.

_____. *Lei nº 12.692/2012*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 set. 2012.

_____. *Lei Complementar nº 75/93*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 11 set. 2012.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Coimbra: Almedina, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra Editora (POR) e RT (BRA), 2008.

_____. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Coimbra, 2011.

CORREIA, Érica Paula Barcha. A relação homoafetiva e o direito de seguridade social – uma leitura a partir dos direitos fundamentais. In: *Direitos fundamentais sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2008.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

LAFER, Celso. Apresentação à edição brasileira da obra *Da estrutura à função – novos estudos de teoria de direito* de Norberto Bobbio. Barueri: Manole, 2007.

MARTINS, Sergio Pinto. *Fundamentos jurídicos – direito de seguridade social*. Coordenação: Alexandre de Moraes. São Paulo: Atlas, 2011.

DOUTRINA

MORAIS, Océlio de Jesus C. Previdência social e as decisões judiciais trabalhistas. In: *Revista Brasileira de Direito Previdenciário*, Porto Alegre: Magister, p. 37-62, v. 3, jun./jul. 2011.

_____. O problema dos efeitos das contribuições sociais do contrato de trabalho. In: *Revista Brasileira de Direito Previdenciário*, Porto Alegre: Magister, p. 66-87, v. 7, fev./mar. 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. Segurança social, dignidade da pessoa humana e proibição de retrocesso: revisando o problema da proteção dos fundamentais sociais. In: *Direitos fundamentais sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SCHÄFER, Jairo. *Classificação dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: 2005.

DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS À AFIRMAÇÃO DA IDENTIDADE E À PROTEÇÃO DA SUBJETIVIDADE NO TRABALHO

Renata Queiroz Dutra*

1 – INTRODUÇÃO

Os contornos dos direitos sociais relacionam-se à “questão social”, aqui compreendida como as complexas relações desenvolvidas a partir da existência de uma classe de cidadãos livres que vive da alienação do seu trabalho aos detentores dos meios de produção.

Nesse contexto, a afirmação e a evolução histórica dos direitos sociais constitui um “contramovimento”¹ assecuratório do patamar mínimo de direitos aos trabalhadores em face dos mecanismos produtivos do capitalismo, que se desenvolve e se reinventa na sociedade.

Desse modo, a leitura dos direitos sociais, hoje, depende da análise da nova face do capitalismo, à luz da reestruturação produtiva responsável pela ascensão do modelo toyotista de produção, que tem por característica uma apropriação e um controle mais intensos da subjetividade e do tempo dos trabalhadores, com concomitante e paradoxal afrouxamento dos vínculos de afirmação individual e coletiva construídos a partir do trabalho.

Com vistas a contribuir no debate acerca da efetividade dos direitos sociais e partindo da estreita vinculação desses direitos com as políticas públicas essenciais, dentre as quais se incluem as medidas de garantia dos direitos trabalhistas, esse ensaio persegue uma releitura do rol de direitos fundamentais sociais da Constituição de 1988, vislumbrando o reconhecimento, a partir do Texto Constitucional, de um complexo de direitos sociais relacionados à subjetividade dos trabalhadores, que viabilize a proteção da sua dignidade contra as novas formas de exploração engendradas pelo capital.

* *Mestranda em Direito, Estado e Constituição na Universidade de Brasília; integrante do Grupo de Pesquisa Trabalho, Constituição e Cidadania (UnB); assessora de Ministro do Tribunal Superior do Trabalho.*

1 POLANYI, Karl. *A grande transformação: as origens de nossa época*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

DOUTRINA

O estudo se atém às premissas da reestruturação produtiva pós-fordista e da persistência da centralidade do trabalho, considerando a afirmação de identidades individuais e coletivas sólidas como fonte de reconhecimento e inserção social.

2 – A CENTRALIDADE DO TRABALHO E SUA IMPRESCINDIBILIDADE À AFIRMAÇÃO DE IDENTIDADES INDIVIDUAIS E COLETIVAS

O debate em torno da centralidade do trabalho na sociedade capitalista, após a mais recente reestruturação produtiva, é decisivo para a análise da questão.

A reestruturação do modelo produtivo, que se caracterizou pela transição para o padrão toyotista, acarretou a fragmentação, complexificação e heterogeneização da classe trabalhadora².

Dentre os diversos fatores envolvidos no processo, a grande crise vivenciada pelo capitalismo na década de 1970, o advento da Terceira Revolução Tecnológica³, a crise do Estado Social, a larga substituição do trabalho humano pela mecanização e o crescimento do setor de serviços em detrimento do setor industrial compuseram o cenário, cujas consequências foram o aumento do desemprego estrutural e a desvalorização do trabalho humano (condições salariais e, sobretudo, condições de contratação, prevalecendo as formas precárias), numa decorrência direta da demanda por flexibilidade e desregulamentação. O fenômeno contou ainda com a incisiva colaboração do discurso neoliberal.

Esse panorama, contudo, não autoriza corroborar a crença, alardeada por muitos doutrinadores das ciências sociais, no sentido de que o trabalho teria perdido sua centralidade.

Ricardo Antunes é incisivo ao refutar tal compreensão: a fragmentação, complexificação e heterogeneização da classe trabalhadora (fenômeno que responde às mudanças pelas quais o capitalismo tem passado) não representam o fim do trabalho, nem mesmo a perda da sua centralidade. O recuo do “trabalho vivo” em favor do “trabalho morto” vem acompanhado pela intensificação da

2 ANTUNES, Ricardo. *Adeus ao trabalho?* Ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade no mundo do trabalho. São Paulo: Cortez, 2010.

3 Entende-se por Terceira Revolução Tecnológica o conjunto de inovações e aperfeiçoamentos tecnológicos, representados principalmente pelos avanços no campo da microeletrônica, robotização, microinformática e telecomunicações, que, por sua profundidade, acarretaram mudanças no processo de trabalho (DELGADO, Mauricio Godinho. *Capitalismo, trabalho e emprego*. São Paulo: LTr, 2006. p. 36-37).

exploração do “trabalho vivo”, de modo a explicar que, em verdade, os trabalhadores não são cada vez menos necessários: do contrário, assiste-se a uma intensificação e sofisticação da exploração do trabalho daqueles que continuam empregados como forma de seguir aumentando a produtividade na mesma proporção em que cresce o desemprego estrutural⁴.

O sistema capitalista se remodela mais uma vez no intuito de reduzir custos produtivos e maximizar os lucros: num movimento que percebe o trabalho humano como qualquer outro fator produtivo material, faz cortes nos quadros de trabalhadores mediante intensificação da exploração dos que persistem trabalhando. Não consegue, contudo, se desfazer do imprescindível labor humano.

De outro lado, o sistema se reinventa utilizando o chamado “tempo livre” dos obreiros em proveito da reprodução capitalista. Faz isso por meio do controle ideológico das massas, construindo uma conjuntura na qual, embora se dispense cada vez mais a mão de obra de trabalhadores, maior é o controle e a difusão dos princípios e valores do sistema produtor de mercadorias, a ponto de que se possa falar que hoje “o trabalho também é o *não trabalho*”⁵.

O mecanismo é complexo: a partir da difusão de valores fundantes do sistema por meio da mídia, da propaganda, da arte e do seu complexo superestrutural, o sistema produtivo tem utilizado o tempo livre dos trabalhadores para a construção subjetiva do perfil de trabalhador que se deseja aproveitar nos processos de produção (competitivo, proativo, preparado para responder com rapidez e agilidade às demandas tecnológicas e comunicacionais do capital). Concomitantemente, a significação do lazer dos trabalhadores é aproximada da noção de consumo. Desse modo, a reprodução capitalista passa a persistir nos momentos de *não trabalho* e se difunde pela sociedade, por meio das esferas comunicacionais e científicas.

Nesse contexto, a difusão do trabalho e do controle da produção do trabalhador na sociedade atual revela, embora de forma diferenciada dos primeiros momentos da organização capitalista, a intensa relevância do trabalho na sociedade moderna, desconstruindo a ideia de dispensabilidade do trabalho e perda da sua centralidade.

A partir da relevância do trabalho na sociedade capitalista volta a ser afirmada a relevância do trabalho na construção das experiências individuais de cada um dos trabalhadores e na atribuição de sentido à sua existência.

4 ANTUNES, Ricardo. *Adeus ao trabalho?* Ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade no mundo do trabalho. São Paulo: Cortez, 2010.

5 ALVES, Giovanni. *Trabalho e subjetividade*. São Paulo: Boitempo, 2011. p. 151.

Desse modo, afirma-se como premissa teórica que a crise atual do trabalho decorre mais da falta de sentido do trabalho alienado e precarizado em uma sociedade de consumo do que da perda de relevância ou centralidade desse elemento na vida da classe trabalhadora. A problemática afirmação identitária por meio do trabalho não significa a redução da importância do trabalho dentro da sociedade, mas, sim, a sua deturpação em razão do avanço do capital sobre a mão de obra de modo a ofendê-la, de diversas maneiras, em sua construção subjetiva.

Manuel Castells define identidade como a fonte de significado e experiência⁶. Entende-a como o “processo de construção de significado com base em um atributo cultural, ou ainda um conjunto de atributos culturais inter-relacionados, o(s) qual(ais) prevalece(m) sobre outras fontes de significado”⁷.

O autor diferencia identidade de papel social, esclarecendo que, embora possam coincidir, essa coincidência não é necessária, pois os papéis sociais representam funções, ao passo que as identidades organizam significados por meio do processo de individuação pelo qual passam. As identidades constituiriam fontes de significado para os seus próprios atores e, embora se forjem a partir de instituições dominantes, somente assumem a condição de identidades quando os atores sociais as internalizam, construindo seu significado com base nessa internalização⁸.

Assim, o papel social ocupado pelo trabalhador, por si só, não assegura a construção de uma identidade, embora possa fornecer as principais condições para tanto, numa sociedade salarial. A construção identitária pode ser obstada se o sujeito, para além dos intensos processos de alienação que o capitalismo engendra, não alcança condições mínimas de individuação, reconhecimento e estabelecimento de vínculos sociais a partir do trabalho⁹.

Essa identidade, que Castells denomina primária, estruturaria as demais identidades construídas a partir das interações coletivas. A identidade, portanto, também revela sua dimensão coletiva. O individualismo, para Castells, é uma forma de identidade coletiva tanto quanto aquelas baseadas em vínculos de solidariedade. O modo pelo qual se constroem as relações coletivas haverá de

6 CASTELLS, Manuel. *O poder da identidade – a era da informação: economia, sociedade e cultura*. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 22. V. 2.

7 *Idem, Ibidem*.

8 CASTELLS, Manuel. *O poder da identidade – a era da informação: economia, sociedade e cultura*. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 23. V. 2.

9 *Idem*, p. 23.

determinar que espécie de dimensão coletiva da identidade que se forma, mas não a sua negação¹⁰.

Partindo da premissa do trabalho como principal fonte de integração e reconhecimento dentro da sociedade salarial¹¹, conclui-se que a afirmação que o indivíduo alcança por meio do trabalho é de viés individual, no sentido ontológico da atribuição de significado à sua existência, mas também coletivo, no sentido da construção de um sentimento de pertencimento a coletividades e do estabelecimento de vínculos de solidariedade que permitam o reconhecimento.

Karl Marx, ainda que tenha sustentado que só o trabalho não alienado permite a afirmação da identidade plena da classe trabalhadora, reconhecia a potencialidade do trabalho nesse sentido mesmo dentro do sistema capitalista de produção. Para ele, o trabalho consiste em categoria ontológica chave, mantendo, portanto, a centralidade do trabalho como força identitária dentro da relação de capital, como ação e atividade.

Isso porque, ao mesmo tempo em que figura como fonte de subjugação (relação objetivada), o trabalho opera no sentido da criação (relação subjetiva, criativa, política e comunicativa)¹². Do mesmo modo pelo qual produz mais-valia por meio do seu labor, atendendo, portanto, ao viés objetificado do trabalho, que se reifica, o trabalhador também se produziria a partir do trabalho, construindo-se enquanto sujeito¹³.

Ainda que alienado, o trabalho é fonte central de afirmação identitária pelos sujeitos trabalhadores, que, ao mesmo tempo em que se afirmam individualmente enquanto tal, o fazem em diálogo com uma determinada identidade coletiva que os representa e à qual pertencem.

Portanto, as categorias chave são *identidade*, *reconhecimento* e *pertencimento*, que são proporcionadas pelo trabalho de forma decisiva nos marcos de uma sociedade capitalista, embora com limitações¹⁴.

10 *Idem*, p. 23.

11 CASTEL, Robert. *As metamorfoses da questão social*. Rio de Janeiro: Vozes, 1998.

12 ALVES, Giovanni. *Trabalho e subjetividade*. São Paulo: Boitempo, 2011. p. 151.

13 “Quando o homem age sobre a natureza, dominando suas forças, ele está, ao mesmo tempo, agindo e modificando a si mesmo.” (MARX, Karl. *Manuscritos econômico-filosóficos*. São Paulo: Boitempo, 2010. p. 198)

14 O trabalhador que produzia de forma não alienada, como artesão no sistema feudal, por exemplo, o experimentava diferenciadamente (Ref. BENDASSOLLI, Pedro Fernando. *Trabalho e identidade em tempos sombrios: insegurança ontológica na experiência atual com o trabalho*. São Paulo: Ideias & Letras, 2007. p. 56-61).

A avaliação de Cristophe Dejours, psiquiatra e psicanalista, a respeito da relevância do trabalho na afirmação de identidade, mesmo no atual contexto de crise e reestruturação do mundo do trabalho, também merece ser reportada.

Para o autor, na atual conjuntura crítica, o trabalho não diminui: muda de lugar, se concentra em indivíduos, se intensifica com relação aos poucos que trabalham. E dispara: “O trabalho continua sendo o único mediador da realização do ego no campo social, e não se vê atualmente nenhum candidato capaz de substituí-lo”¹⁵. No entanto, reconhece que a reformulação das relações sociais, com a atribuição de uma condição precária ao trabalho, o coloca como fonte de sofrimento, numa deturpação da afirmação identitária, da qual ele continua a ser principal mediador. Vale a transcrição:

“O reconhecimento não é uma reivindicação secundária dos que trabalham. Muito pelo contrário, mostra-se decisivo na dinâmica da mobilização subjetiva da inteligência e da personalidade no trabalho (o que é classicamente designado pela psicologia pela expressão ‘motivação no trabalho’).

O reconhecimento esperado por quem mobiliza sua subjetividade no trabalho assume formas extremamente reguladas, já analisadas e elucidadas há alguns anos (juízo de utilidade e juízo de beleza), e implica a participação de atores, também estes rigorosamente situados em relação à função e ao trabalho de que espera o reconhecimento. (...) Quando a qualidade do meu trabalho é reconhecida, também meus esforços, minhas angústias, minhas dúvidas, minhas decepções, meus desânimos adquirem sentido. Todo esse sofrimento, portanto, não foi em vão; não somente prestou uma contribuição à organização do trabalho, mas também fez de mim, em compensação, um sujeito diferente do que eu era antes do reconhecimento. O reconhecimento do trabalho, ou mesmo da obra, pode ser reconduzido pelo sujeito ao plano da construção da sua identidade. E isso se traduz afetivamente por um sentimento de alívio, de prazer, às vezes de leveza d’alma ou até de elevação. O trabalho se inscreve então na dinâmica da realização do ego. A identidade constitui a armadura da saúde mental.”¹⁶

Pedro Bendassolli, analisando a questão sob o prisma da Psicologia Social, explica: “do ponto de vista social, a identidade emerge quando as pessoas

15 DEJOURS, Christophe. *A banalização da injustiça social*. Rio de Janeiro: Fundação Getulio Vargas, 2006. p. 43.

16 DEJOURS, Christophe. *A banalização da injustiça social*. Rio de Janeiro: Fundação Getulio Vargas, 2006. p. 34-35.

começam a se descrever e a se perceber como indivíduos à parte dos grupos ou identidades onde antes eram tratados como seres indiferenciados de regras, valores e hábitos coletivos¹⁷.

O autor chega a afirmar que é a “desmontagem” do trabalho, ocasionada na segunda metade do século XX, que enfraquece suas dimensões objetiva e subjetiva, dando-lhe caráter ambíguo. Para ele, embora continue a ser a fonte principal para alcançar renda e organizar sua vida pessoal e social, o trabalho não mais assegura a expressão da identidade como outrora figurara nos primórdios do capitalismo. Ele não mais se prestaria a figurar como a grande narrativa pública que liga o indivíduo à sua identidade, entregando o indivíduo a um grande vazio ontológico¹⁸.

É a partir dessas premissas teóricas que se identifica o trabalho como fonte primordial de afirmação de identidades individuais e coletivas.

3 – NEOLIBERALISMO, CRISE ECONÔMICA E ASCENSÃO DO MODELO TOYOTISTA DA PRODUÇÃO: UM PARADOXO SOBRE A SUBJETIVIDADE DOS TRABALHADORES

O panorama descrito como chave para a emergência de teses a respeito do fim da centralidade do trabalho novamente será resgatado para a compreensão dos novos artifícios por meio dos quais o capitalismo se reinventou.

O final do século XX foi marcado por grandes transformações na ordem econômica mundial. Ao cabo da década de 1970, o capitalismo enfrentou significativa crise, decorrente da redução dos níveis de produtividade (com a queda da taxa de lucros, esgotamento dos modelos taylorista e fordista de produção, que não se mostraram aptos a responder ao desemprego estrutural), da hipertrofia da esfera financeira, da excessiva concentração de capitais decorrente da formação de monopólios e oligopólios, da falência do modelo de Estado Social,

17 BENDASSOLLI, Pedro Fernando. *Trabalho e identidade em tempos sombrios*: insegurança ontológica na experiência atual com o trabalho. São Paulo: Ideias & Letras, 2007. p. 221.

18 Cumpre esclarecer que o autor, cujos conceitos são aqui emprestados, defende que hoje se trabalha com identidades múltiplas, que se sobrepõem, relativas às esferas moral-disciplinar, romântico-expressiva, liberal, consumista e gerencialista. Portanto, ele nega a centralidade do trabalho. Contudo, em suas conclusões, converge em relação ao pensamento aqui desenvolvido porque afirma que essa sobreposição de identidades múltiplas acarreta uma insegurança ontológica para a qual os indivíduos não estão preparados, porque essas outras esferas de afirmação identitária não proporcionam ao sujeito uma metanarrativa ou instituição que os ampare (BENDASSOLLI, Pedro Fernando. *Trabalho e identidade em tempos sombrios*: insegurança ontológica na experiência atual com o trabalho. São Paulo: Ideias & Letras, 2007. p. 140).

do crescimento acentuado das privatizações e da tendência à flexibilização e desregulamentação dos mercados e do trabalho¹⁹.

Esse contexto foi marcado também pelo desenvolvimento do processo de globalização, que decorreu da generalização do sistema capitalista, da nova revolução tecnológica (a chamada Terceira Revolução Industrial) e da hegemonia financeiro-especulativa, com a priorização da reprodução capitalista através da especulação, sem compromisso com as capacidades produtivas, da qual decorreu o endividamento dos países de capitalismo periférico²⁰.

Somou-se a isso a hegemonização de um pensamento econômico orientador das políticas dos Estados, que se intitulou neoliberalismo, a ascensão de lideranças políticas neoliberais em países ocidentais de destaque (Margaret Thatcher na Inglaterra, Ronald Reagan nos EUA e Kohl na Alemanha) e a ausência do contraponto político à maximização ideal do bloco capitalista, decorrente da queda do bloco soviético²¹.

A Terceira Revolução Industrial, com mecanização e robotização intensivas, compõe esse cenário reduzindo drasticamente os postos de trabalho. Paralelamente, o modelo fordista de produção é superado por diversas técnicas produtivas, destacadamente o toyotismo, que trouxe a lógica de empresas enxutas, com cadeias produtivas horizontalizadas, largo uso da mão de obra terceirizada e produção na medida da demanda (*just in time*), além de um forte apelo por flexibilidade²².

Harvey apresentou como fatores da transição do modelo fordista para o modelo *just in time* de produção, destacadamente, o surgimento de uma organização horizontalizada do trabalho, um forte apelo por desregulamentação e flexibilidade e a categorização dos trabalhadores em dois grupos: um grupo central, composto por trabalhadores qualificados e detentores de empregos formais e estáveis, e um grupo periférico, composto por terceirizados, temporários, autônomos e subcontratados em geral, que prestariam serviços sem segurança no posto de trabalho e em condições precárias²³.

O novo modelo toyotista de produção, além de promover um enxugamento dos quadros de trabalhadores, se prestou a atuar sobre a subjetividade dos trabalhadores, eis que representou a transferência do controle da produ-

19 ANTUNES, Ricardo. *Os sentidos do trabalho: ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho*. São Paulo: Boitempo, 1999. p. 31-32.

20 DELGADO, Mauricio Godinho. *Capitalismo, trabalho e emprego*. cit. p. 13-27.

21 *Idem, ibidem*.

22 DELGADO, Gabriela Neves. *Direito fundamental ao trabalho digno*. cit. p. 163-169 e 177-182.

23 HARVEY, David. *A condição pós-moderna*. São Paulo: Loyola, 2003. p. 167-169.

vidade e da qualidade para pequenas equipes de trabalho, agora remuneradas pessoalmente, a partir dos resultados alcançados, com intensificação do ritmo de trabalho. A larga utilização do trabalho em equipe, envolvida com valores motivacionais, revelou a horizontalização do controle da produção.

De outro lado, a ideia de desenvolvimento de trabalhadores polivalentes, aptos a exercer diversas funções (controlando várias e não mais apenas uma máquina, como ocorria no fordismo/taylorismo), revelou a intensificação do ritmo de trabalho, visto que, dentro da mesma jornada antes praticada ou até em jornadas mais reduzidas, o trabalhador se ativava em diversas funções. A organização toyotista se vale, para tanto, da tomada de compromisso de cada um dos trabalhadores – a qual, em regra, é forjada pelo medo de perder o emprego – e da extração de todas as suas potencialidades e habilidades para o trabalho em favor da reprodução capitalista.

O discurso da motivação em favor da empresa, que se transforma numa nova ética para o trabalho, é acompanhado de um discurso para a vida dos trabalhadores: a exacerbação do individualismo faz com que cada um se torne responsável pelo seu sucesso ou seu fracasso, que será mera consequência dos esforços empreendidos. Assim, a remuneração por produção, o envolvimento e a disposição absoluta para o capital como condição para promoções e para garantia do emprego revelam que cada um, e não a voracidade do sistema capitalista, é responsável por sua graça e por sua desgraça. Vencedores e perdedores se separam, inclusive na (im)possibilidade de desenvolvimento de vínculo de solidariedade, a partir das suas qualidades e empenhos individuais. O que prevalece, nessa lógica, é a competitividade e o individualismo.

Como resultado, o trabalhador deixa de ter a mente livre como ocorria no padrão fordista, no qual se buscava eliminar por completo o elemento volitivo do trabalho, mecanizando, ao limite extremo, o labor humano, a ponto de identificá-lo com a máquina, como Chaplin bem representou em “Tempos modernos”²⁴.

O padrão toyotista, do contrário, se ampara em premissas diversas. Longe de mecanizar o trabalhador, ele deseja a participação ativa da sua inteligência e da sua habilidade, desde que apropriáveis pela dinâmica da reprodução capitalista.

Não basta mais colher o tempo do trabalhador por jornadas extenuantes, exigindo do seu corpo até o limite da exaustão. O novo modelo produtivo quer,

24 *Tempos modernos*. Direção: Charles Chaplin. Produção: Charles Chaplin, Paulette Goddard, 1936. Rio de Janeiro: Continental Home Video. 1 fita de vídeo (87 min), HI-FI, VHS.

além dessa dimensão do trabalho, o comprometimento psicológico dos obreiros, que devem “vestir a camisa da empresa”, trabalhar durante toda a jornada sem “tempos mortos”, num ritmo intenso, comprometer-se com os resultados, fiscalizar a si e aos demais colegas.

Nesse processo, a afirmação da identidade coletiva dos obreiros é minada de modo decisivo, na medida em que a coletivização da produção e o estabelecimento de vínculo de solidariedade são substituídos pelo individualismo e pela competição, que transforma trabalhadores alocados lado a lado na empresa em adversários, seja porque são divididos em categorias (centrais e precários), cujos empregos são reciprocamente ameaçados uns pela existência dos outros, seja porque precisam esforçar-se individualmente, independentemente das eventuais dificuldades dos demais, para alcançarem resultados pré-definidos.

A afirmação da identidade individual, que não se desvincula dessa identidade coletiva, ainda que se efetive com relação aos funcionários centrais, o faz por meio de uma apropriação tão intensa pelo capital, que subverte os limites mesmo do trabalho alienado, a ponto de gerar o adoecimento psíquico da classe obreira.

É que a atribuição de sentido à vida a partir do trabalho fica prejudicada pelo intenso compromisso que a mente dos trabalhadores possui em relação à atividade desempenhada, que alcança os tempos de repouso e ocupa a existência psíquica dos trabalhadores como um todo. Trata-se da construção de uma “subjetividade inautêntica”, como preconizado por Nicolas Tertulian²⁵.

Giovanni Alves comunga dessa avaliação: “A intensa densidade manipulatória do capitalismo global, seja na instância do consumo, seja na instância da produção propriamente dita, atinge a subjetividade do trabalho vivo, impedindo que se possa despertar no homem necessidades reais do desenvolvimento da personalidade”²⁶.

O tempo livre cada vez mais é demandado para o desenvolvimento, por conta dos trabalhadores, de atividades de aperfeiçoamento profissional (resultado do discurso difundido de que o sucesso de cada um, no trabalho, só depende dos esforços envidados) ou para o consumo vazio. Essa construção identitária deturpada (que alcança os poucos trabalhadores centrais, porquanto os trabalha-

25 TERTULIAN, Nicolas. *Le concept d'aliénation chez Heidegger et Lukács*. Archives de Philosophie – Reserches et Documentation, n. 56, jul.-set., Paris, 1993, p. 443 apud ANTUNES, Ricardo. *Os sentidos do trabalho: ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho*. São Paulo: Boitempo, 1999. p. 128.

26 ALVES, Giovanni. *Trabalho e subjetividade*. São Paulo: Boitempo, 2011. p. 120.

dores periféricos, à míngua de reconhecimento, sequer conseguem se afirmar pelo trabalho) tem sido a raiz de um profundo adoecimento da classe obreira.

As chamadas doenças da alma, presentes na medida em que se afirma o “vazio ontológico”, tem crescido em larga escala, ocasionando picos de *stress*, focos de depressão, alcoolismo, síndrome do pânico, síndrome de *burnout*²⁷, e, em mais casos do que os noticiários permitem conhecer, suicídios²⁸.

3.1 O avanço do capital sobre a subjetividade

A reestruturação produtiva pós-fordista se caracterizou pela flexibilização das relações de trabalho, com larga utilização de mão de obra terceirizada e manutenção de apenas um mínimo de trabalhadores com vínculos sólidos, permeados por uma massa de temporários e precários, cujos empregos podem oscilar ao sabor dos mercados.

Essa divisão dos trabalhadores atinge não apenas os precários, mas também os “centrais”, que ficam reféns do medo de se tornarem também precários, seguindo o caminho (sem volta) da precarização ou do desemprego. Trata-se de conformação nociva, cujos efeitos vão muito além da natureza jurídica precária dos contratos firmados com a maior parte dos trabalhadores ou do sentimento de insegurança que assola os poucos trabalhadores centrais.

Isso porque, concomitantemente ao afrouxamento dos vínculos de trabalho, seja por meio da descartabilidade precária dos periféricos, seja pela ameaça constante aos “centrais” (temor do desemprego estrutural, que empurra os trabalhadores para programas de demissão incentivada, substituição da mão de obra de gerações anteriores pelos jovens, etc.), esses dois grupos indistintamente são alvo de uma subordinação nunca antes vista no capitalismo, pela sua intensidade e pela predisposição ao domínio das habilidades, da inteligência e da sensibilidade dos trabalhadores.

Giovanni Alves desenha o panorama:

“Ao desespecializar os operadores e constituir novas equipes de trabalho, o toyotismo racionaliza o trabalho por meio de uma nova forma

27 GRANGEIRO, Maria Vanessa T.; ALENCAR, Denyse Torquato de; BARRETO, Julyanne de O. Paes. A síndrome de *burnout*: uma revisão da literatura. In: *Revista eletrônica Saúde Coletiva*: coletânea, n. 2, novembro de 2008. Disponível em: <<http://coletanea2008.no.comunidades.net/index.php?pagina=1225285076>>. Acesso em: 25 ago. 2012, 9:10:40.

28 O denominado *karoshi* no Japão é uma realidade que já se aproxima das fábricas brasileiras e que já é enfrentada em outros países, conforme revelam os estudos de Dejours (DEJOURS, Christophe. *A banalização da injustiça social*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2006).

de subsunção do trabalho ao capital: não mais a subordinação formal-material (em sentido próprio), mas subordinação formal-intelectual (ou espiritual) do trabalho ao capital.”²⁹

“Para fazer funcionar os novos dispositivos técnico-organizacionais da empresa toyotizada, o trabalho vivo é obrigado não apenas a ‘vestir a camisa’ da empresa, mas a ‘dar a alma’ (corpo e mente) ao capital.”³⁰

Mészáros denuncia a contradição: um dos traços mais paradoxais do novo complexo de reestruturação produtiva do capital é ativar, por um lado, intensos dispositivos de envolvimento estimulado do trabalho vivo com a lógica da produção do capital e, por outro lado, transformar uma proporção cada vez maior de “trabalho vivo” em força de trabalho supérflua do ponto de vista do capital³¹.

Na análise de Giovanni Alves, a rede informacional oriunda do que se denominou Quarta Revolução Tecnológica³² é uma rede controlativa, que atua na captura da subjetividade dos trabalhadores. O autor se reporta a um controle sociometabólico pelo capital, que não se restringe mais ao espaço da relação de emprego, mas invade o lazer e a casa dos trabalhadores. O novo nexos psicofísico com o trabalho teria duas faces diversas: a captura da subjetividade no trabalho e a extensão de valores da produção para a vida, acarretando o que se denomina eticidade do econômico³³.

Alves identifica três mecanismos do processo de captura da subjetividade dos trabalhadores pelo capital: as novas formas de pagamento, as equipes de trabalho e o engajamento estimulado³⁴.

Com relação às formas de remuneração, a sistemática de pagamento por produtividade, de bônus produtividade e de participação nos lucros e resultados tem contribuído para a relação de compromisso subjetivo dos trabalhadores com os resultados da produção, a fim de se beneficiarem individualmente com isso.

A contraface da moeda é o fato de que, desse modo, se transfere aos trabalhadores o controle do ritmo e da duração do trabalho, pois esses elementos determinarão a remuneração auferida. A ânsia por uma remuneração satisfa-

29 ALVES, Giovanni. *Trabalho e subjetividade*. São Paulo: Boitempo, 2011. p. 57.

30 *Idem*, p. 153.

31 MÉSZÁROS, István. *Para além do capital*. São Paulo: Boitempo, 2011.

32 A Quarta Revolução Tecnológica ou “Quarta Idade da Máquina” é definida por Giovanni Alves como a “revolução das redes informacionais”, desdobramento da Terceira Revolução Tecnológica, que consistiria na “revolução informática” (ALVES, op. cit. p. 70-71).

33 ALVES, op. cit.

34 *Idem*, p. 120.

tória, e mesmo a necessidade de alcançá-la, conduz os obreiros a um nível de produtividade excessivo que compromete a saúde e desvirtua limites máximos de jornada de trabalho já conquistados.

Exemplo latente disso são os cortadores de cana do Estado de São Paulo que, remunerados por produtividade, se expõem a jornadas exaustivas para alcançarem o patamar que reputam desejável de remuneração. Em alguns casos, noticiou-se até a morte de trabalhadores por exaustão³⁵.

Marx já anunciara: “o salário por peça é a forma de salário mais adequada ao modo capitalista de produção” porque “a quantidade e a intensidade do trabalho são controlados pela forma de salário, tornando em grande parte desnecessário o trabalho de inspeção”³⁶. Contudo, a forma de remuneração mais adequada ao capitalismo não se revela a mais adequada aos trabalhadores, que, pressionados pela necessidade, traduzem-se em péssimos algozes de si mesmos, se forçando a ir até o limite das suas forças para produzir. Além disso, destaca-se a corrupção identitária que a necessidade de provar seus limites, diariamente, em favor de um trabalho alienado (leia-se, apropriável por outrem) pode acarretar.

Com relação às equipes de trabalho, o que se tem é a difusão do controle do empregador por vários olhos, o que Giovanni Alves denominou de novo panóptico do capital³⁷. A instituição de diversas equipes com líderes que, constantemente pressionados pelo alcance de metas, distribuem pressão para que os trabalhadores produzam e cobrem produção de seus pares, representa a apropriação da ideia de construção coletiva pela lógica do sistema capitalista, para que cada operário torne-se patrão de si mesmo e dos outros.

O engajamento estimulado, por sua vez, consiste na apropriação dos valores subjetivos dos trabalhadores em prol da reprodução capitalista. Exigem-se do trabalhador habilidades afetivo-comunicacionais, e, ao exigí-las, o capitalismo o faz a título de valorização das potencialidades obreiras³⁸, que, contudo, são imediatamente apropriadas. Mais uma vez, Alves explica:

“Agora, são os valores dos colaboradores, suas crenças, sua interioridade, sua personalidade que são cobiçadas. (...) Sob o toyotismo, o homem produtivo é instigado a pensar demais, mas de acordo com a racionalidade instrumental do capital. O cérebro dos operários e dos

35 Notícia disponível em: <<http://www.horadopovo.com.br/2006/marco/29-03-06/pag4a.htm>>. Acesso em: 28 ago. 2012, 15:05:00.

36 MARX, Karl. apud ALVES, op. cit. p. 123.

37 ALVES. op. cit. p. 120.

38 ALVES. op. cit. p. 53.

empregados não está mais livre como no taylorismo/fordismo. Deve-se combater nos locais de trabalho e nas instâncias da reprodução social o pensamento crítico ou aquilo que Gramsci tratou como ‘um curso de pensamentos pouco conformistas’. Incentivam-se habilidades cognitivo-comportamentais proativas e propositivas no sentido adaptativo aos estrangimentos sistêmicos. No plano linguístico-locucional, deve-se trocar a sintaxe da luta de classes para a sintaxe da concertação social.”³⁹

Por outro lado, a extensão de valores da produção para a vida, acarretando o que se denominou eticidade do econômico, faz com que os valores cobiçados em um trabalhador ideal do modelo de produção toyotista sejam lançados como ideal para a vida. O discurso da competência e do empreendedorismo revela-se como inovação sociometabólica do capital que manipula os trabalhadores dentro e fora do trabalho. O tempo de trabalho agora também é o tempo de *não trabalho*⁴⁰ e o discurso das empresas torna-se um discurso para a vida:

“Critérios de produtividade e desempenho saem do universo da empresa e se disseminam pela sociedade, tomando de assalto inclusive as relações afetivo-existenciais, medidas sob os parâmetros linguístico-comunicativos dos valores de desempenho e produtividade. (...) No plano do processo de subjetivação, existe uma afinidade nada eletiva entre as inovações sociometabólicas, que disseminam valores-fetiche, expectativas e utopias de mercado e o sociometabolismo da barbárie.”⁴¹

A impossibilidade de desconexão do trabalho e dos valores que o permeiam, promovida pela cultura do envolvimento com o trabalho, e da busca incondicional do sucesso acontece ao mesmo tempo em que há uma intensificação adoecedora do ritmo de trabalho. O incremento de funções para os trabalhadores, agora tornados polivalentes, traduziu-se numa intensificação do ritmo do trabalho.

O capitalismo, sob o modelo toyotista de produção, passa a se concentrar na extração da mais-valia relativa em detrimento da mais valia absoluta: ou seja, as jornadas podem ser limitadas pela lei, desde que dentro de tais jornadas haja uma intensificação do ritmo da produção que compense a ausência do sobrelabor⁴².

39 *Idem*, p. 65.

40 *Idem*, p. 93.

41 *Idem*, p. 94-95.

42 *Idem*, p. 118.

O consentimento dos trabalhadores em relação a esses mecanismos é forjado com respaldo não em um espírito de cooperação legítimo, mas, sobretudo, pelo medo de perder o emprego⁴³ e da desfiliação que isso representa:

“Como já dizia Freud, o medo é a moeda de troca dos afetos humanos. Por ele, hoje mais do que nunca, o capital busca constituir os novos e espúrios consentimentos à nova barbárie social. O medo tende a dissolver o sujeito e a subjetividade humana.”⁴⁴

Trata-se da função sociorreprodutiva do desemprego, que atua numa perspectiva psicológica simbólica na sociedade do capital⁴⁵. Sob o prisma desse “afeto regressivo do medo” que se dá a manipulação da subjetividade dos trabalhadores, condutora de uma afirmação identitária inautêntica pelos sujeitos envolvidos. Tendo sua mente tomada pela lógica produtiva de forma invasiva, esses trabalhadores não conseguem afirmar sua personalidade de modo autônomo, sem a corrupção de suas potencialidades e projetos pessoais pelos objetivos empresariais e valores econômicos difundidos.

A construção plena da identidade, no sentido de possibilitar uma projeção do trabalho que viabilize o delinear de uma narrativa da própria vida, também é inviabilizada pelo ritmo estressante e sem desconexão com a esfera produtiva.

3.2 Precarização e ausência de reconhecimento pelo trabalho

Existe uma vinculação estreita entre a possibilidade de afirmação identitária por meio do trabalho e o reconhecimento desse trabalho no seio das relações sociais. As dificuldades de alcançar reconhecimento no âmbito do trabalho precarizado são inúmeras.

Fabrizio Maciel explica que:

“na modernidade, ter uma profissão é a forma institucionalizada e socialmente reconhecida de se construir uma identidade. Isso ajuda a explicar porque a dimensão econômica da realidade social não determina, sozinha, as relações sociais. É preciso entender também o conjunto de valores que se institucionalizou na modernidade, que nos diz o tempo todo que qualquer forma de reconhecimento pessoal, e consequentemente

43 *Vertigem coletiva*. Roteiro, produção e direção geral: Silvino Castro, Marta Oliveira, Clarissa Menicucci, Frederico Vaccari, Graciela Gonzalez, Reginaldo Barcelos e Wladia Ferraz. Belo Horizonte: Fundação João Pinheiro Centro de Estudos Históricos e Culturais. 1 fita de vídeo (15 min. e 15 seg.), HI-FI, VHS.

44 ALVES. op. cit. p. 125.

45 *Idem*, p. 126 e 141.

dignidade e autoestima, só é possível quando podemos provar a nossa utilidade prática na sociedade de mercado.⁷⁴⁶

Com relação à grande periferia de trabalhadores precários (terceirizados, autônomos, temporários, dentre outros), a condição de descartabilidade – que torna essa mão de obra intensamente rotativa –, e sua consequente ausência de integração em relação ao sujeito coletivo empregador, impede que se possa falar em afirmação identitária a partir da precariedade.

Nesse caso, os laços estabelecidos a partir do trabalho são frouxos demais para a vinculação subjetiva do obreiro, no sentido de vivenciar ali uma meta-narrativa para sua vida e as condições materiais e de reconhecimento simbólico oferecidas por aquele trabalho são insuficientes à afirmação identitária.

A atribuição de valor do trabalho na sociedade não decorre somente do valor monetário a ele atribuído, mas do valor simbólico que lhe empresta a sociedade a partir do reconhecimento promovido. A periferia precária, cujo papel inferior é naturalizado e perpetuado por uma intersubjetividade moral e simbólica, goza hoje de um grande desprestígio social⁴⁷, desconstrutivo de perspectivas de reconhecimento.

Fabício Maciel bem explora a questão ao identificar que a fonte de valor do trabalho não funciona apenas a partir da renda auferida por ocasião dele, mas também a partir do *status* social que um determinado trabalho proporciona, o qual decorre, dentre outros fatores, da estabilidade que ele confere ao trabalhador, da qualificação por ele exigida, do pertencimento a classe ou categoria simbolicamente valorizada, do engajamento em projetos individuais ou coletivos sólidos.

Aqui milita a questão da inapartabilidade entre o sujeito que trabalha e o trabalho. O valor (financeiro ou simbólico) que se atribui ao labor não se diferencia do valor que se atribui à pessoa que trabalha: “com a fusão total do trabalho ao sujeito, não separamos trabalhador braçal de sua atividade. Ele é o corpo e passa a valer aquilo que seu trabalho vale. (...) Valem no mercado aquilo que se convencionou a respeito de nossa ocupação”⁴⁸.

Assim, não basta a uma pessoa a posse de bens primários se ela não possuir também capacidades individuais de exercer um padrão de funcionamento

46 MACIEL, Fabrício. Todo trabalho é digno? um ensaio sobre moralidade e reconhecimento na modernidade periférica. In: SOUZA, Jessé (Org.). *A invisibilidade das desigualdades brasileiras*. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2006. p. 300.

47 *Idem, ibidem*.

48 *Idem*, p. 314.

exigido pela concepção de boa vida partilhada intersubjetivamente em sua cultura⁴⁹. Aqueles que não possuem uma profissão intersubjetivamente qualificada como digna carecem de tal respeito, que é fundamental para a autoestima e a segurança ontológica⁵⁰.

Portanto, na situação dos precários, a afirmação identitária é obstada seja pela baixa retribuição que o trabalho lhe empresta, seja pelo parco reconhecimento que as atividades desempenhadas de modo precário proporcionam, seja, ainda, pela dificuldade de estabelecimento de vínculos sociais sólidos a partir desse tipo de trabalho.

Para Richard Sennett, a individualidade subjetiva está corroída “pelo fato de que a flexibilidade não permite a fixação em um emprego e em decorrência a identificação com uma carreira e projetos sólidos e estáveis, o que é indispensável para a identidade individual moderna”⁵¹.

Axel Honneth também acrescenta com relação à imprescindibilidade do reconhecimento na busca dessa afirmação existencial, esclarecendo que “não é só a maneira como uma tarefa é cumprida, mas também o que é considerado de modo geral uma contribuição laboral socialmente útil, que é regulado em cada caso pelos valores intersubjetivamente vinculantes, ou seja, pelas convicções éticas que dão à forma de vida de uma sociedade seu caráter individual”⁵².

A mão de obra rotativa, desqualificada, desidentificada com o trabalho e com o corpo empresarial para o qual presta serviços retrocede no percurso histórico e volta a se colocar no mercado como negociadora da “mercadoria” trabalho, com desvinculação dele em relação à singularidade subjetiva do sujeito que trabalha, pois não há espaço para integração social ou psicoafetiva a partir dessas modalidades de trabalho.

Dejours reconhece que, a partir do trabalho, se ativa um ciclo de reconhecimento, traduzido em retribuição simbólica, o qual se presta à construção do ego dos indivíduos⁵³.

A condição dessa periferia precária – e aqui se incluem empregados terceirizados, trabalhadores temporários, trabalhadores fraudulentamente

49 *Idem*, p. 310.

50 *Idem*, p. 304.

51 SENNETT, Richard. *A corrosão do caráter*. Rio de Janeiro: Record, 2000. apud MACIEL, Fabrício. op. cit. p. 301.

52 HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. São Paulo: Editora 34, 2003. apud MACIEL, Fabrício. op. cit. p. 301.

53 DEJOURS, Christophe. *A banalização da injustiça social*. Rio de Janeiro: Fundação Getulio Vargas, 2006. p. 97.

contratados como pessoas jurídicas, prestadores de serviços autônomos e estagiários – revela uma ausência de integração em relação ao corpo produtivo em favor do qual despendem suas energias.

Não há uma vinculação espaço-temporal com o empregador ou com o tomador final dos serviços, que muitas vezes é um sujeito desconhecido, nem com os próprios colegas de trabalho. A conjectura de existirem, lado a lado nas empresas, trabalhadores de diferentes “categorias”, gera hierarquização entre os obreiros, que implica desmerecimento e discriminação dos precários pelos próprios trabalhadores formais⁵⁴.

Essa dificuldade da afirmação identitária é agravada pela ausência de uma identidade coletiva por parte desses trabalhadores, cuja sindicalização, em face do modelo sindical eleito pela Constituição de 1988, não se dá com os colegas de empresa, com quem laboram lado a lado, mas com categorias diversas que abrangem grupos heterogêneos de trabalhadores precários. A rotatividade no mercado faz com que esses trabalhadores se enquadrem, sucessivamente, em diversas categorias, sem que possam desenvolver laço com qualquer delas.

A própria afirmação de vínculos de solidariedade, para além das questões formais do enquadramento sindical, tem sido corrompida pela tensão estabelecida entre trabalhadores centrais e periféricos, que passam a se ver como inimigos, como se uns fossem responsáveis pela redução ou negação de postos de trabalho e vantagens profissionais aos outros.

Diante desse panorama de fragilidade nas afirmações individuais e coletivas de sua identidade, os trabalhadores da categoria que aqui se denomina periférica têm sua subjetividade atingida pela nova forma de funcionamento do sistema capitalista, embora de modo diferenciado, de forma tão grave quanto aquela experimentada pelos trabalhadores centrais.

Não se olvide, ademais, que, para os trabalhadores periféricos, o que se tem, muitas vezes, é a combinação paradoxal dessas duas ofensivas sobre a subjetividade: o afrouxamento dos vínculos formais concomitantemente à intensificação do controle e uso da mente dos obreiros em favor da reprodução capitalista, por meio da submissão ao mecanismo manipulatório das subjetividades que o toyotismo engendra, conforme anteriormente descrito.

54 Essa conclusão decorre da observação empírica de que o fardamento, os crachás de identificação e até mesmo os refeitórios utilizados por trabalhadores centrais e terceirizados, por exemplo, não são comuns. Os precários se afirmam, dentro dos próprios estabelecimentos para os quais trabalham, como subcategoria.

3.3 Reflexos na organização coletiva

A integração promovida pelo trabalho – é por meio do lugar ocupado no mercado de trabalho que o indivíduo se inscreve em redes de sociabilidade⁵⁵ – é que forja o que se denomina identidade coletiva. Embora possa ser viabilizada a partir do estabelecimento de outras relações sociais de solidariedade (a exemplo dos beneficiários de políticas assistenciais de inserção), numa perspectiva qualitativa, dentro de uma sociedade salarial, a identidade coletiva fica condicionada ao pertencimento a coletivos estruturados, a estruturas portadoras de sentido, como o coletivo de trabalho, as associações de trabalhadores e sindicatos⁵⁶.

Conforme já introduzido, a atual conjuntura de fragmentação da classe trabalhadora conduz a uma dificuldade de estabelecimento de laços de solidariedade, que se desfazem diante da prevalência dos valores da competitividade e do individualismo no ambiente de trabalho.

A dificuldade de afirmação de uma identidade comum pelos trabalhadores periféricos e pelos trabalhadores centrais (os quais, juntos, formam a força de trabalho das empresas guiadas pela flexibilidade), mina o estabelecimento de identidades coletivas sólidas e agregadoras, dando margem à formação de subgrupos que não convergem em interesses, dificultando a configuração de uma organização de trabalhadores sólida.

Por outro lado, a investida do capital sobre a subjetividade dos trabalhadores, no sentido de difundir os mecanismos de controle por vieses psicológicos e de grupo, reafirma um sentimento de individualidade/competitividade incompatível com o estabelecimento de laços de solidariedade, os quais constituem base de toda conformação coletiva e até mesmo da politização dos conflitos.

Quanto ao primeiro aspecto, a partir da reestruturação pós-fordista, observa-se que os trabalhadores, embora identicamente explorados, são categorizados de acordo com as necessidades de flexibilidade da reprodução capitalistas e, ao serem assim enquadrados, passam a se agrupar e se identificar de acordo com seu “tipo” (precário, formal, autônomo, etc.), o qual não abarca a totalidade da classe envolvida na produção.

A divisão tem promovido uma compreensão equivocada por parte dos trabalhadores, e mesmo das entidades sindicais correspondentes, que passam a ver o outro grupo, forjado diversamente apenas em razão dos interesses em-

55 CASTEL, Robert. *As metamorfoses da questão social*. Rio de Janeiro: Vozes, 1998. p 24.

56 *Idem*. p. 535-536.

presariais, como responsável pela decadência ou instabilidade do seu. Desse modo, se enxergam como adversários.

Assim, os trabalhadores denominados “centrais”, que se veem largamente substituídos pelos terceirizados, temem perder seus empregos e culpam os contratados precariamente pela instabilidade gerada. Por sua vez, os precários, aliados das pautas dos sindicatos, ainda adstritos aos trabalhadores “centrais”⁵⁷, tendem a compreender esses trabalhadores privilegiados como superiores hierárquicos tão opressores como o próprio empregador.

Harvey trabalha essa “proximidade distante”⁵⁸ entre as duas categorias de trabalhadores instaurada pela nova conformação do mercado de trabalho e demonstra como essa cisão é aproveitada pelos empregadores. Graça Druck também enuncia que esses dois subgrupos são “unidos pelo trabalho, mas separados pelas identidades e pelas condições salariais e de trabalho”⁵⁹, numa problemática organização coletiva.

No caso brasileiro, a estrutura sindical rígida e sem liberdade plena, na qual o enquadramento sindical se dá a partir da atividade do empregador e que não responde, por exemplo, ao fenômeno da terceirização, não se amolda aos tempos de reestruturação produtiva de forma a promover o remodelamento da afirmação coletiva dos trabalhadores.

Além disso, a horizontalização do controle da produção e a divisão do trabalho em equipes têm sido responsáveis pela fragilização da identificação coletiva mesmo entre trabalhadores de uma mesma “categoria hierárquica”.

Se, antes, o rigor no trabalho era responsabilidade do empregador e seus prepostos, cuja identificação como elemento opressor do processo produtivo facilitava o processo coletivo de resistência e unificação a partir dela, hoje, a difusão do controle de uns pelos outros, eis que a produtividade e a perfeição são elementos que definem o pagamento e a manutenção dos empregos, faz com que os trabalhadores sejam fiscais de si próprios e dos demais, num processo competitivo e singularizante que inibe mobilizações contra o modo de organização do trabalho.

57 Ricardo Antunes chamou essa perspectiva sindical de “neocorporativismo” (ANTUNES, Ricardo. *Adeus ao trabalho?* Ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade no mundo do trabalho. São Paulo: Cortez, 2010).

58 HARVEY, David. *A condição pós-moderna*. São Paulo: Loyola, 2003.

59 DRUCK, Maria da Graça. *Terceirização: (des)fordizando a fábrica*. São Paulo: Boitempo, 1999. p. 229.

3.4 Reflexos na saúde psíquica

O processo de desidentificação pelo trabalho, além da sua intensificação e avanço subjetivo em relação aos trabalhadores, tem engendrado o fenômeno do sofrimento pelo trabalho. Há significativo incremento do nível de estresse e aumento do número de ocorrências de síndrome do pânico, síndrome de *burnout*, alcoolismo, depressão e até mesmo suicídios. É o que se denomina adoecimento psíquico da classe trabalhadora por ocasião da administração por estresse toyotista.

O “vazio ontológico” que acomete a parte periférica dos trabalhadores, a qual não alcança o reconhecimento por meio do trabalho e se depara com a ausência de sentido para sua existência, tem afetado a saúde mental desse segmento da classe obreira.

É partindo do papel central que o trabalho desempenha na construção da narrativa da vida dos indivíduos que se entende que o bom funcionamento psíquico depende de prática saudável no âmbito do trabalho.

Dejours, contextualizando o sofrimento pelo trabalho, esclarece:

“O reconhecimento do trabalho, ou mesmo da obra, pode depois ser reconduzido pelo sujeito ao plano da construção da sua identidade. (...) O trabalho se inscreve então na dinâmica da realização do ego. A identidade constitui a armadura da saúde mental. Não há crise psicopatológica que não esteja centrada numa crise de identidade. Eis o que confere à relação para com o trabalho sua dimensão propriamente dramática. Não podendo gozar os benefícios do reconhecimento de seu trabalho nem alcançar assim o sentido de sua relação para com o trabalho, o sujeito se vê reconduzido ao seu sofrimento e somente a ele. Sofrimento absurdo, que não gera senão sofrimento, num círculo vicioso e dentro em breve destruturante, capaz de desestabilizar a identidade e a personalidade e de levar à doença mental. Portanto, não há neutralidade do trabalho diante da saúde mental. Mas essa dimensão ‘prática’ do trabalho é amplamente subestimada nas análises sociológicas e políticas.”⁶⁰

Bendassolli também retrata as danosas consequências da não afirmação da identidade pelo trabalho. O autor explica que, quando não é possível ao sujeito harmonizar uma determinada descrição que seja coerente para si e

60 DEJOURS, Christophe. *A banalização da injustiça social*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2006. p. 34-35.

para os outros significativos que cercam o indivíduo e o reconhecem, ocorre a insegurança ontológica. Esclarece:

“Nesse caso, o sujeito fica provisória ou extensamente privado de recorrer a uma descrição coerente de si mesmo e de suas ações. As consequências psíquicas, afetivas e cognitivas resultantes da insegurança na relação com o trabalho incluem a dificuldade de o indivíduo encontrar um senso de continuidade biográfica em seu contato com o trabalho, a preocupação excessiva com riscos à sua própria existência como profissional (e como pessoa, inclusive, dependendo de quanto a sua identidade depende do trabalho) e a falta da confiança e segurança na sua capacidade de autointegridade pessoal. Em uma palavra, insegurança ontológica é uma situação em que o indivíduo não consegue justificar suas ações; não sabe por que as faz, e, mesmo quando sabe, não consegue reconhecer nisso um sentido, uma coerência.”⁶¹

Mesmo estudos psicológicos que, dialogando com as premissas neoliberais, negam a centralidade do trabalho na sociedade atual, em suas conclusões a respeito do fato de que não é mais o trabalho o principal promotor da identidade numa sociedade capitalista (mas que se sobrepõem diversas esferas de afirmação identitária), chegam ao mesmo ponto: a complexidade dessa polissemia de identidades e a incapacidade da psique humana de articulá-las, culminando no adoecimento mental e no vazio ontológico⁶².

A precarização responde não apenas pelo adoecimento dos trabalhadores precários, mas também pela degeneração dos “centrais”, que se tornam, diante do contexto de aumento do desemprego e da precarização, reféns do discurso do medo. É o que Castel chamou de “desestabilização dos estáveis” pela periferia⁶³.

Dejours vai além e explica que a precarização ocasiona intensificação do trabalho e do sofrimento no trabalho, inclusive para os “centrais”, na medida em que resistir ao sofrimento e às opressões impostas pelo sistema produtivo passa a ser a virtude dos “vencedores”, que conseguem manter seus empregos, dentro da competição individualista e solitária do mercado.

Para tanto, ativam-se mecanismos de neutralização da mobilização coletiva contra o sofrimento, que consistem num “silêncio, cegueira e surdez”⁶⁴ com

61 BENDASSOLLI, Pedro Fernando. *Trabalho e identidade em tempos sombrios*: insegurança ontológica na experiência atual com o trabalho. São Paulo: Ideias & Letras, 2007. p. 265.

62 *Idem*, p. 265.

63 CASTEL, Robert. *As metamorfoses da questão social*. Rio de Janeiro: Vozes, 1998.

64 DEJOURS. op. cit. p. 51.

relação ao problema. A adoção desses mecanismos resulta do constrangimento de reconhecer que se sofre em relação ao trabalho. Para negar o próprio sofrimento, contudo, é preciso negar o sofrimento do outro e, para isso, desconstituir vínculos de solidariedade. O discurso implícito é o de que os corajosos vencem o sofrimento e os fracos não, sendo que cada um apenas arcará com as consequências de sua própria conduta. O processo se retroalimenta: quanto mais é negada a dor dos colegas, maior o nível de resistência que se exige em relação à sua própria dor.

Dejours trabalha, ainda, com a psicodinâmica do medo, apontando-o como causa da insensibilidade à dor do outro, postura protagonizada pelas chefias e, em algumas situações, pelos próprios trabalhadores. Dejours explica que, se comprometendo com a lógica capitalista que não lhe pertence, as chefias impõem sofrimento e insensibilizam-se ao sofrimento imposto a fim de concretizar o alcance de metas. Já os trabalhadores, para resistir ao sofrimento que suportam, precisam negar também o de seus pares, praticando a mesma sorte de prática opressora. Tais atitudes são vistas como a demonstração da coragem dos “vencedores”, tão caras à ideologia individualista do sucesso pelo empenho⁶⁵.

Por outro lado, a investida do capital sobre a mente dos trabalhadores, em ritmos de trabalho intensos e por meio dos quais a subjetividade dos obreiros é totalmente tomada pelas finalidades empresariais, bem como a usurpação de seus horários de lazer, envolvidos na lógica da reprodução capitalista (seja pelo vazio do consumo, seja pela produção dos sujeitos *para o capital*), tem acarretado uma construção deturpada da identidade, responsável pelo surgimento de sujeitos estressados ao extremo pelo trabalho, envolvidos em metas de competitividade e esvaziados por uma profunda solidão. É o que aborda Giovanni Alves:

“É por mobilizar, com intensidade e profundidade, a alma humana que o novo capitalismo, com sua nova cultura de fluidez e precarização do trabalho e da vida social, contribui para a epidemia de novas doenças psicossomáticas. As doenças do novo capitalismo atingem mais o homem integral, sua mente e corpo, com o estresse e a depressão sendo sintomas da colonização intensa da vida social pelos requisitos empresariais⁶⁶.”

O processo de captura da subjetividade do trabalho como inovação sociometabólica tende a dilacerar (e estressar) não apenas a dimensão física da corporalidade viva da força de trabalho, mas sua dimensão psíquica e espiritual (que se manifesta por sintomas psicossomáticos). O

65 DEJOURS. op. cit. p. 130 e 141.

66 ALVES. op. cit. p. 98.

toyotismo é a administração *by stress*, pois busca realizar o impossível: a unidade orgânica entre o ‘núcleo humano’, matriz da inteligência, da fantasia, da iniciativa do trabalho como atividade significativa, e a ‘relação-capital’ que preserva a dimensão do trabalho estranhado e os mecanismos de controle do trabalho vivo.⁶⁷

Não se perca de vista que, frequentemente, o trabalhador precário vive, de modo contraditório, os dois processos: ao mesmo tempo em que não se afirma e não é reconhecido pelo trabalho, tem sua subjetividade colocada a serviço dele de forma desgastante.

Exemplo desse paradoxo são os operadores terceirizados de *telemarketing*, que lidam com os clientes da empresa tomadora, mas não são reconhecidos como seus empregados (são empregados da empresa terceirizada, que os precariza e discrimina), ao mesmo tempo em que têm sua subjetividade submetida à lógica toyotista de forma intensa: o ritmo do trabalho é descomunal, o trabalho é determinado por metas, havendo o controle de equipes e, não raro, a remuneração por volume de vendas.

Concomitantemente a essa ausência de reconhecimento, vivencia esse trabalhador, por exemplo, o estresse de ter um cronômetro computando o tempo de ligação na tela do computador, independentemente do problema trazido pelo cliente ou de suas condições pessoais. Também se submete ao controle do tempo gasto no uso do sanitário, à obrigatoriedade de alcançar metas, sob pena de ser culpado pelo fracasso de toda a equipe, dentre outras formas de controle subjetivo⁶⁸. Trata-se de uma dualidade de difícil elaboração pela psique humana.

4 – OS DIREITOS SOCIAIS FUNDAMENTAIS E A TUTELA JURÍDICA DA SUBJETIVIDADE NO TRABALHO: UMA RELEITURA NECESSÁRIA A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Analisando o processo histórico de evolução dos direitos sociais é possível observar que a conformação clássica desses direitos se prestou a responder à exploração exercida sobre os trabalhadores por modelos de produção (tanto a organização primordial do capitalismo como o fordismo e o taylorismo) que se articulavam de forma objetiva, sobre o corpo do trabalhador, transformando-o, se possível, em máquina – como no fiel retrato, já referenciado, que Charles Chaplin produziu em linguagem cinematográfica.

67 *Idem*, p. 114.

68 VENCO, Selma. *Centrais de teleatividades: o surgimento de colarinhos furta-cores?* In: *Infoproletários*. São Paulo: Boitempo, 2009. p. 156-157.

Os limites que se revelavam necessários, então, referiam-se mais à dimensão físico-corporal dos trabalhadores que à sua subjetividade. A preocupação em afirmar direitos que respondessem a esse tipo de organização produtiva tendia a se concentrar na garantia de patamares salariais mínimos, limites de jornada, observância dos repousos e das condições de ergonomia, prevenção de acidentes, condições de moradia e alimentação adequadas, dentre outros aspectos de natureza objetiva.

Tal característica fica denunciada pelo conceito de Alexy de direitos sociais fundamentais, que os restringe a prestações materiais que podem ser alcançadas no mercado, *mediante pagamento em dinheiro*⁶⁹.

Fica evidenciado que o Direito criado a partir do conflito vigente nas formulações iniciais do capitalismo ofereceu à questão do trabalho respostas compatíveis com esses modelos. Contudo, já é posto em xeque em face de novas perguntas que são colocadas em tempos de reestruturação produtiva.

Uma vez identificado que a sistemática pós-fordista subverte a exploração clássica do capital sobre o corpo dos trabalhadores, avançando sobre suas mentes e, com isso, se apropriando da subjetividade dos trabalhadores em prol da acumulação capitalista, com prejuízos significativos já diagnosticados para a saúde psíquica dos obreiros e para sua organização coletiva, as velhas respostas do Direito para as novas perguntas colocadas pelo mercado têm se revelado insuficientes.

Demanda revisão a própria identificação dos direitos sociais em uma perspectiva exclusivamente material, ou seja, no sentido da retribuição pelo trabalho e da manutenção da integridade física dos trabalhadores, sem transcender para a perspectiva do patrimônio jurídico imaterial dos trabalhadores.

Nessa seara podem ser apontados o direito à afirmação da identidade pelo trabalho, o direito à manutenção da saúde mental, sem imposição de práticas estressantes ou assediadoras, a regulamentação do ritmo do trabalho dentro da jornada⁷⁰, o direito à desconexão do trabalho nos momentos de lazer⁷¹, o direito ao estabelecimento de relações laborais saudáveis com colegas e gerentes,

69 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 499-519.

70 Vale observar que nenhum dos incisos do art. 7º da Constituição de 1988 e nenhum dos dispositivos infraconstitucionais que cuidam da duração do trabalho disciplina o ritmo do trabalho exercido dentro da jornada, embora exista definição dos limites diários e semanais da jornada, dos repousos diários, semanais e anuais, etc.

71 SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Do direito à desconexão do trabalho. *Revista do Trabalho*, maio 2012. Disponível em: <<http://www.revistadotrabalho.com.br/do-direito-a-desconexao-do-trabalho/>>. Acesso em: 31 ago. 2012, 10:09:00.

dentre outros que se apresentem como resposta às novas formas de ofensa à subjetividade daquele que trabalha frente aos excessos nocivos da organização produtiva.

Essa mudança de perspectiva é relevante, sobretudo, tendo em vista que a evolução desses direitos é marcada pela dialética dos conflitos sociais que lhe são subjacentes, bem como pelo desenvolvimento econômico e tecnológico das sociedades, que passam a pautar novas demandas.

Se, no primeiro momento, a característica dos direitos sociais seria a garantia de condições objetivas de trabalho (jornada, proteção contra acidentes, salários, limites de idade para o trabalho) e vida (moradia, saneamento básico, saúde) mínimas para a classe trabalhadora, hoje já são pautados, além desses, novos direitos de cariz trabalhista (a exemplo das liberdades coletivas e dos direitos inerentes à subjetividade do trabalhador) bem como referentes à questão urbana (transportes públicos adequados e acessíveis, inclusão digital, acesso a arte e cultura, etc.), que são abarcados pela nova perspectiva do Estado Democrático de Direito.

O fundamento dessa revisão, além da necessidade constante dos direitos sociais de figurarem como um “contramovimento” em relação ao mecanismo autodestrutivo do capitalismo⁷², é a concretização da dignidade da pessoa humana, com a amplitude conceitual que lhe confere o Estado Democrático de Direito, no sentido da realização plena de suas potencialidades e da sua felicidade, mediante afirmação de cidadania, sem restrição à mera sobrevivência física⁷³.

Menelick de Carvalho Netto enfatiza ser esse o desafio à compreensão dos direitos fundamentais: “tomá-los como algo extremamente aberto, ver a própria Constituição formal como um processo permanente, e, portanto, mutável, de afirmação da cidadania”⁷⁴.

E o respaldo para fazê-lo, com relação à busca de direitos fundamentais à incolumidade da subjetividade dos trabalhadores parece ser a dignidade da pessoa humana.

Sarlet conceitua dignidade da pessoa humana como

“a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte

72 POLANYI, Karl. *A grande transformação: as origens de nossa época*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

73 CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). *Jurisdição constitucional e os direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 141-163.

74 *Idem*, p. 141-163.

DOCTRINA

do Estado e da comunidade, implicando, nesse 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 lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.⁷⁵

Pérez Luño entende que a dignidade da pessoa humana “consiste não apenas a garantia negativa de que a pessoa não será objeto de ofensas ou humilhações, mas implica também, num sentido positivo, o pleno desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo”⁷⁶.

Trazer ao Estado Democrático de Direito o pilar da dignidade da pessoa humana significa tornar esse Estado instrumento para o respeito e para a promoção da dignidade das pessoas individual e coletivamente consideradas⁷⁷.

Segundo André Ramos Tavares, existiria uma consubstancialidade parcial dos direitos fundamentais na dignidade da pessoa humana. Em outras palavras, a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana dependeria da sua capacidade de se integrar ao contexto da dogmática dos direitos fundamentais, por meio de uma abertura sistêmica que reconhecesse a reconstrução historicamente situada desse catálogo de direitos⁷⁸.

Os direitos sociais, econômicos e culturais, para Sarlet, consistem em requisito para a concretização da dignidade da pessoa humana⁷⁹. O autor defende que a situação de pobreza que inviabiliza a inclusão social e traduz-se num déficit efetivo de autodeterminação, comprometedor do mínimo existencial e da autoestima dos indivíduos, revela-se atentatória à dignidade da pessoa humana⁸⁰.

A pergunta que paira é: pode o princípio da dignidade da pessoa humana figurar como único fundamento para o reconhecimento de direitos fundamentais autônomos, que sejam dele depreendidos, sem previsão textual expressa? Sarlet defende que sim. Para ele, esse princípio não apenas permite, mas im-

75 SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 70.

76 PÉREZ LUÑO, 1999. apud SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 126.

77 *Idem*, p. 76.

78 *Idem*, p. 97.

79 *Idem*, p. 103.

80 *Idem*, p. 108.

põe que se busque, a partir de sua conformação jurídica, o reconhecimento de posições jurídico-subjetivas fundamentais contra novas ofensas e ameaças em princípio não alcançadas expressamente pelo sistema de proteção dos direitos fundamentais do texto constitucional⁸¹. E conclui:

“Nessa quadra, assume relevo a lição de Menelick de Carvalho Netto, o art. 5º, § 2º, da nossa Carta Magna traduz a noção de que a Constituição se apresenta como ‘a moldura de um processo de permanente aquisição de novos direitos fundamentais’. Neste mesmo contexto, partindo da premissa de que os direitos fundamentais são variáveis no espaço e no tempo, a necessária abertura do catálogo constitucional de direitos conexas-se, como leciona Cristina Queiroz, com a circunstância de que assim como inexistente um elenco exaustivo de possibilidades de tutela, também não existe um rol fechado dos riscos para a pessoa humana e os direitos que lhe são inerentes.”⁸²

Para tanto, cabe não apenas reconhecer a centralidade do trabalho na sociedade salarial, como também alargar, numa perspectiva atenta à dignidade da pessoa humana, o conceito de trabalho, cujos valores são preservados pelo art. 1º, IV, da Carta Constitucional de 1988.

Reconhecer o trabalho não apenas como fonte de subsistência, mas como fonte de dignidade, integração social e desenvolvimento do sujeito que labora é dar eficácia máxima a esse direito fundamental, que indubitavelmente alcança a subjetividade e o patrimônio imaterial dos que trabalham.

Gabriela Neves Delgado, ao fornecer os contornos teóricos do direito fundamental ao trabalho digno, já se debruçou sobre essa tarefa:

“O trabalho deve ser compreendido em sua significação ética, ou seja, em qualquer época e cultura o homem deve afirmar e consolidar, na universalidade do tempo e do espaço, considerada qualquer hipótese e circunstância, sua condição de ser humano. Além disso, por meio do trabalho, o homem deve realizar-se e revelar-se em sua identidade social. (...) Mas a identidade social do homem somente será assegurada se o seu labor for digno. A explicação deve ser compreendida por meio da contradição permanente que se desenvolve na sociedade civil: ao mesmo tempo em que o trabalho possibilita a construção da identidade social

81 *Idem*, p. 120.

82 *Idem*, p. 95.

do homem, pode também destruir a sua existência, caso não existam condições mínimas para o seu exercício.”⁸³

E, como exposto, essas condições mínimas não podem se resumir às condições materiais de vida e trabalho do sujeito trabalhador, mas também suas condições subjetivas. Vale concluir com Dejours:

“Trabalhar, na verdade, é não apenas exercer atividades produtivas, mas também ‘conviver’. Assim, uma organização do trabalho racional deve antes de tudo preocupar-se com a eficácia técnica, mas deve também incorporar argumentos relativos à convivência, ao viver comum, às regras de sociabilidade, ou seja, ao mundo social do trabalho, bem como os argumentos relativos à proteção do ego, ou seja, à saúde e ao mundo subjetivo.”⁸⁴

A afirmação identitária, por passar necessariamente pela esfera coletiva, abarca o relevante aspecto da mobilização coletiva e política dos trabalhadores. Numa Constituição que assegura direitos políticos, a realização plena da dignidade humana não se dá se o indivíduo for destituído da possibilidade de se integrar aos coletivos a que pertence de forma plena, com capacidade de se posicionar em face dos conflitos que lhe tocam, sem a interferência intimidadora, mesmo que indireta, dos empregadores.

Nesse sentido, exsurge o debate em torno da liberdade sindical plena no país. A necessidade de pautar a questão da organização coletiva no Brasil se agiganta quando se considera que mesmo em países em que a liberdade sindical é assegurada houve um enfraquecimento do movimento sindical em razão das novas sistemáticas produtivas.

Assim, no caso brasileiro, a estrutura sindical desenhada pela Constituição Federal precisa ser revisada duplamente: assegurando esse direito fundamental dos trabalhadores, como a OIT já enunciou, e se reinventando no sentido de afirmar direitos à organização coletiva plena, já que a atual conformação, em face do modelo de produção toyotista, tem conduzido à anulação política de muitas categorias.

Longe de se perseguir, aqui, que o Texto Constitucional respalde uma determinada organização do trabalho que viabilize a conformação dos trabalhadores em prol de um determinado discurso ideológico em detrimento de outros, o que se afirma é que a Carta Maior, em seu art. 1º, IV, ao erigir a fundamento

83 DELGADO, Gabriela Neves. *Direito fundamental ao trabalho digno*. São Paulo: LTr, 2006. p. 235-236.

84 DEJOURS, Christophe. *A banalização da injustiça social*. Rio de Janeiro: Fundação Getulio Vargas, 2006. p. 62.

da República Federativa do Brasil os valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa, responsabilizou os poderes da República, destacadamente o Poder Judiciário, pela mediação do conflito entre capital e trabalho, o qual é inerente à sociedade capitalista, sem inviabilizar qualquer dos polos.

Para tanto, a preservação dos direitos assegurados na ordem justralhista em sua integralidade, seja em sua dimensão material seja em sua dimensão imaterial, se impôs.

Assim, se a dinâmica atual do sistema produtivo está, para além de firmar um determinado padrão ideológico neoliberal, causando adoecimento dos trabalhadores e corrompendo organizações coletivas com as quais a própria Lei Maior se comprometeu, como é o caso dos sindicatos, tem-se que a mediação do conflito entre o trabalho e a iniciativa privada está tendo uma composição desproporcional (ou melhor, uma falsa composição), em face de uma obsolência da conformação jurídica dos direitos sociais para lidar com novas demandas.

Não se trata de posicionar o Direito contra um determinado modelo de organização da produção, mas compatibilizá-lo com a preservação da integridade física e mental dos trabalhadores envolvidos. Trata-se, em outras palavras, de caminhar no sentido de concretização da dignidade da pessoa humana, metacritério para a definição do conjunto fundamental de direitos que o cidadão trabalhador titulariza.

Sem descuidar do risco de alargar um rol de direitos cuja efetividade já se encontra comprometida em razão da ausência de políticas públicas e mesmo da compreensão do Direito do Trabalho como política pública de integração social, a adequação do conteúdo mínimo dos direitos sociais dos trabalhadores às novas formas de organização social, com a sua consequente efetivação, se apresenta como única saída para fazer frente à nova ofensiva do capital.

5 – CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da reflexão acima exposta, conclui-se que é possível identificar, na Constituição de 1988, um arcabouço dos direitos sociais imateriais imprescindíveis para a concretização do ideal de trabalho digno, certamente amparado pelo art. 1º, III e IV, da Lei Maior.

Pautando-se na construção jurídica do Direito do Trabalho, que, inclusive no âmbito dos instrumentos internacionais de proteção⁸⁵, ocupou-se em negar a ideia de trabalho como mercadoria e, por conseguinte, toda concepção

85 Declaração de Filadélfia (1944) e Declaração de Direitos e Princípios Fundamentais no Trabalho (1998).

DOCTRINA

de trabalho que não vislumbre estar nele envolvida a subjetividade humana, persegue-se o desenvolvimento da compreensão de que o trabalho é mecanismo essencial à afirmação de identidades sociais por parte do ser humano, que, só por meio do trabalho pode se inserir socialmente e alcançar reconhecimento, para assim compreender e interpretar o rol de direitos fundamentais destinados à proteção do sujeito trabalhador.

Para além de ser um direito de personalidade, o direito à identidade enquanto trabalhador, em torno da qual se desenvolvem os demais direitos relacionados à proteção da subjetividade obreira, representa uma dimensão não patrimonializável dos direitos sociais.

Portanto, o reconhecimento da existência de uma abertura textual na Constituição de 1988, orientada pelo metacritério da dignidade da pessoa humana nos marcos do Estado Democrático de Direito, associado a uma leitura crítica da organização produtiva complexa verificada em tempos de pós-fordismo, aponta para a necessidade de afirmar, juridicamente, novos direitos sociais que tutelem a subjetividade e a identidade no trabalho.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALVES, Giovanni. *Trabalho e subjetividade*. São Paulo: Boitempo, 2011.
- _____. *O novo (e precário) mundo do trabalho: reestruturação produtiva e crise do sindicalismo*. São Paulo: Boitempo, 2000.
- ANTUNES, Ricardo. *Adeus ao trabalho? Ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade no mundo do trabalho*. São Paulo: Cortez, 2010.
- _____. *Os sentidos do trabalho: ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho*. São Paulo: Boitempo, 1999.
- _____. (Org.). *Riqueza e miséria do trabalho no Brasil*. São Paulo: Boitempo, 2006.
- BENDASSOLLI, Pedro Fernando. *Trabalho e identidade em tempos sombrios: insegurança ontológica na experiência atual com o trabalho*. São Paulo: Ideias & Letras, 2007.
- CARVALHO, José Henrique (Org.). *O debate sobre a centralidade do trabalho*. São Paulo: Expressão Popular, 2006.
- CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). *Jurisdição constitucional e os direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 141-163.
- CASTEL, Robert. *As metamorfoses da questão social*. Rio de Janeiro: Vozes, 1998.
- CASTELLS, Manuel. *O poder da identidade – a era da informação: economia, sociedade e cultura*. São Paulo: Paz e Terra, 1999. V. 2.

DOUTRINA

DEJOURS, Christophe. *A banalização da injustiça social*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2006.

DELGADO, Gabriela Neves. *Terceirização: paradoxo do direito contemporâneo*. São Paulo: LTr, 2003.

_____. *Direito fundamental ao trabalho digno*. São Paulo: LTr, 2006.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Capitalismo, trabalho e emprego*. São Paulo: LTr, 2006.

_____. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2011.

GRANGEIRO, Maria Vanessa T.; ALENCAR, Denyse Torquato de; BARRETO, Julyanne de O. Paes. A síndrome de *burnout*: uma revisão da literatura. In: *Revista eletrônica Saúde Coletiva: Coletânea*, n. 2, novembro de 2008. Disponível em: <<http://coletanea2008.no.comunidades.net/index.php?pagina=1225285076>>. Acesso em: 25 ago. 2012, 9:10:40.

MARX, Karl. *Manuscritos econômico-filosóficos*. São Paulo: Boitempo, 2010.

MÉSZÁROS, István. *Para além do capital*. São Paulo: Boitempo, 2011.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

POLANYI, Karl. *A grande transformação: as origens de nossa época*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010 (a).

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010 (b).

VENCO, Selma. *Centrais de teleatividades: o surgimento de colarinhos furta-cores?* In: *Info-proletários*. São Paulo: Boitempo, 2009.

Filmografia

Tempos modernos. Direção: Charles Chaplin. Produção: Charles Chaplin, Paulette Goddard, 1936. Rio de Janeiro: Continental Home Video. 1 fita de vídeo (87 min), HI-FI, VHS.

Vertigem coletiva. Roteiro, produção e direção geral: Silvino Castro, Marta Oliveira, Clarissa Menicucci, Frederico Vaccari, Graciela Gonzalez, Reginaldo Barcelos e Wladia Ferraz. Belo Horizonte: Fundação João Pinheiro Centro de Estudos Históricos e Culturais. 1 fita de vídeo (15 min. e 15 seg.), HI-FI, VHS.

O DANO MORAL COLETIVO E O VALOR DA SUA REPARAÇÃO

Xisto Tiago de Medeiros Neto*

1 – INTRODUÇÃO

O reconhecimento do *dano moral coletivo* e da imperiosidade da sua adequada reparação traduz a mais importante vertente evolutiva, na atualidade, do sistema da responsabilidade civil, em seus contínuos desdobramentos, a significar a extensão do dano a uma órbita coletiva de direitos, de essência tipicamente extrapatrimonial, não subordinada à esfera subjetiva do sofrimento ou da dor individual. São direitos que traduzem valores jurídicos fundamentais da coletividade, que lhes são próprios, e que refletem, no horizonte social, o largo alcance da dignidade dos seus membros.

A caracterização do dano moral coletivo não se vincula nem se condiciona diretamente à observação ou demonstração efetiva de efeitos negativos, como o abalo psíquico, a consternação ou a repulsa coletiva, visto que constituem eles, quando perceptíveis, mera consequência do dano produzido pela conduta do agente, não se apresentando, evidentemente, como *pressuposto* para a sua configuração. Invocando-se a lição da doutrina, tem-se que “a desvinculação da dor física e psíquica do conceito de dano moral possibilita a construção teórica da noção de dano moral coletivo, que se caracteriza pela ofensa a padrões éticos dos indivíduos, considerados em sua dimensão coletiva”¹.

É esse um aspecto relevantíssimo no estudo do dano moral coletivo, a colocar em destaque a racionalidade e o modelo teórico inerentes à compreensão adequada da matéria, que, saliente-se, firma-se nos domínios próprios do sistema de tutela jurídica dos direitos transindividuais, a afastar-se, em muitos pontos substanciais, do regime pertinente ao dano moral individual. Nessa seara, pois, incorrerá em equívoco grosseiro quem buscar definições e respostas à luz ex-

* Procurador Regional do Trabalho; mestre em Direito Constitucional e especialista em Direito Público e em Direito do Trabalho; professor da UFRN (graduação e pós-graduação) e da ESMPU (Escola Superior do Ministério Público da União).

1 ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Dano moral e indenização punitiva*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 171.

clusiva das regras regentes das relações privadas individuais, ancorando-se nos conceitos e na lógica peculiares à concepção teórico-jurídica do dano pessoal.

A concepção atualizada do dano moral há muito superou a significação anteriormente restritiva, de viés semântico, subordinada ao plano subjetivo da *dor* ou do *sofrimento*, posição que resistiu por longo tempo, vinculada à esfera da possibilidade de reparação das lesões individuais.

Por isso mesmo, a adequada compreensão do *dano moral coletivo* não se conjuga diretamente com a ideia de demonstração de elementos, como perturbação, aflição, constrangimento ou transtorno no plano coletivo. Estabeleceu-se, sim, a sua concepção, de maneira objetiva, concernindo ao fato que reflete uma violação intolerável do ordenamento jurídico, a atingir direitos coletivos e difusos, cuja essência é tipicamente extrapatrimonial.

Essa violação, com efeito, não podendo ser tolerada ou temporizada em um sistema de justiça social ínsito ao regime democrático, rendeu ensejo à previsão, no ordenamento jurídico, do meio e da forma necessária e adequada a proporcionar uma reparação devida, de maneira a sancionar o ofensor e inibir condutas ofensivas a tais direitos transindividuais, pela relevância da sua proteção para a sociedade.

Ademais, de acordo com o que já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, “o dano extrapatrimonial coletivo prescinde da comprovação de dor, de sofrimento e de abalo psicológico, suscetíveis de apreciação na esfera do indivíduo, mas inaplicável aos interesses difusos e coletivos”².

No palco jurisprudencial, anota-se que se consolidou, hoje, em todas as instâncias, o reconhecimento do *dano moral coletivo* e a imprescindibilidade de sua reparação, nas variadas áreas de identificação dos interesses transindividuais, como exigência constitucional do regime de responsabilidade civil, por força da sua ampliação à tutela dos danos coletivos, expressão marcante dos novos foros e exigências dos princípios da reparação integral e da Justiça Social.

E como exemplos dessa elogiável postura, invocam-se as decisões-paradigma a seguir indicadas, proferidas pelo Tribunal Superior do Trabalho e pelo Superior Tribunal de Justiça, em situações de violação a direitos transindividuais, nas quais se identificou a caracterização do *dano moral coletivo*:

“RECURSO DE REVISTA. DANO MORAL COLETIVO. REPARAÇÃO. POSSIBILIDADE. AÇÃO CIVIL PÚBLICA VISANDO OBRIGAÇÃO NEGATIVA. OFENSA AO VALOR SOCIAL DO

2 STJ-REsp 1.057.274-RS, 2ª Turma, Relª Minª Eliana Calmon, DJ 26.02.2010.

TRABALHO. TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA DE MÃO DE OBRA PARA SERVIÇOS LIGADOS À ATIVIDADE-FIM DA EMPRESA. A reparação por dano moral coletivo visa à inibição de conduta ilícita da empresa e atua como caráter pedagógico. A ação civil pública buscou reverter o comportamento da empresa, com o fim de coibir a contratação ilícita de mão de obra para serviços ligados a atividade-fim, por empresa interposta, no ramo da construção, para prevenir lesão a direitos fundamentais constitucionais, como a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho, que atinge a coletividade como um todo, e possibilita a aplicação de multa a ser revertida ao FAT, com o fim de coibir a prática e reparar perante a sociedade a conduta da empresa, servindo como elemento pedagógico de punição.⁷³⁻⁴

“ADMINISTRATIVO. TRANSPORTE. PASSE LIVRE. IDOSOS. DANO MORAL COLETIVO. DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA DOR E DE SOFRIMENTO. APLICAÇÃO EXCLUSIVA AO DANO MORAL INDIVIDUAL. CADASTRAMENTO DE IDOSOS PARA USUFRUTO DE DIREITO. ILEGALIDADE DA EXIGÊNCIA PELA EMPRESA DE TRANSPORTE. ART. 39, § 1º, DO ESTATUTO DO IDOSO. LEI Nº 10.741/03.

1. O dano moral coletivo, assim entendido o que é transindividual e atinge uma classe específica, ou não, de pessoas, é passível de comprovação pela presença de prejuízo à imagem e à moral coletiva dos indivíduos enquanto síntese das individualidades percebidas como segmento, derivado de uma mesma relação jurídica-base.

2. O dano extrapatrimonial coletivo prescinde da comprovação de dor, de sofrimento e de abalo psicológico, suscetíveis de apreciação na esfera do indivíduo, mas inaplicável aos interesses difusos e coletivos.

3. Na espécie, o dano coletivo apontado foi a submissão dos idosos a procedimento de cadastramento para o gozo de benefício do passe livre,

3 TST-RR 572/2005-018-10-00, 6ª T, Min. Rel. Aloysio Corrêa da Veiga, DJ 08.05.09.

4 No mesmo sentido: RECURSO DE REVISTA. TRABALHO EM CONDIÇÕES DEGRADANTES. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL COLETIVO. (...) 2. Não há como negar, diante dos fatos registrados no acórdão regional, a existência de violação aos princípios e direitos fundamentais mínimos previstos na Constituição Federal, haja vista que a submissão de trabalhadores, ainda que sem vínculo empregatício, a condições de trabalho degradantes e desumanas repugnam a coletividade e afrontam a honra e a dignidade coletiva dos trabalhadores arregimentados pelas primeira e segunda Reclamadas, cuja atitude empresarial é repudiada pelo ordenamento jurídico. 3. Devido o pagamento de indenização por danos morais coletivos, haja vista que esta Corte Superior já pacificou entendimento no sentido de que a coletividade detém interesses de natureza extrapatrimonial, que, violados, geram direito à indenização. TST-RR 98300-57.2006.5.12.0024, 7ª T, Minª Relª Maria Doralice Novaes, DJ 27.08.2010.

cujo deslocamento foi custeado pelos interessados, enquanto o Estatuto do Idoso, art. 39, § 1º, exige apenas a apresentação de documento de identidade.

4. Conduta da empresa de viação injurídica se considerado o sistema normativo.⁷⁵⁻⁶

Em suma, constituem pressupostos necessários à configuração do dano moral coletivo, de maneira a ensejar a sua respectiva reparação, (a) a conduta antijurídica ativa ou omissiva do agente, pessoa física ou jurídica; (b) a ofensa a interesses jurídicos fundamentais, de natureza extrapatrimonial, titularizados por uma determinada coletividade (grupo, categoria, classe de pessoas ou toda a comunidade); (c) a intolerabilidade da ilicitude, diante da realidade apreendida e da sua repercussão social; (d) o nexos causal observado entre a conduta e o dano correspondente à violação do interesse coletivo ou difuso.

2 – FUNDAMENTO LEGAL

A partir da Constituição da República de 1988 descortinou-se um novo horizonte quanto à tutela dos danos morais, particularmente no que tange à sua feição coletiva. É o que se observa em face da adoção do princípio fundamental da *reparação integral* (art. 5º, *Ve X*) – reafirmando a primazia da tutela jurídica em toda a extensão e alcance dos danos –, e também diante do direcionamento do amparo jurídico à esfera dos *interesses transindividuais*, valorizando-se, pois, destacadamente, a um só tempo, os direitos de natureza coletiva (arts. 6º, 7º, 194, 196, 205, 215, 220, 225 e 227) e os instrumentos próprios à sua tutela (arts. 5º, *LXX e LXXIII, e 129, III*).

5 STJ-REsp 1.057.274-RS (2008/0104498-1), 2ª T, Relª Minª Eliana Calmon, DJ 26.02.2010.

6 No mesmo sentido, RECURSO ESPECIAL. DANO MORAL COLETIVO. CABIMENTO. ART. 6º, VI, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. REQUISITOS. RAZOÁVEL SIGNIFICÂNCIA E REPULSA SOCIAL. OCORRÊNCIA, NA ESPÉCIE. CONSUMIDORES COM DIFICULDADE DE LOCOMOÇÃO. EXIGÊNCIA DE SUBIR LANCES DE ESCADAS PARA ATENDIMENTO. MEDIDA DESPROPORCIONAL E DESGASTANTE. INDENIZAÇÃO. FIXAÇÃO PROPORCIONAL (...). I – A dicção do art. 6º, VI, do Código de Defesa do Consumidor é clara ao possibilitar o cabimento de indenização por danos morais aos consumidores, tanto de ordem individual quanto coletivamente. II – Todavia, não é qualquer atentado aos interesses dos consumidores que pode acarretar dano moral difuso. É preciso que o fato transgressor seja de razoável significância e desborde os limites da tolerabilidade (...). III – Não é razoável submeter aqueles que já possuem dificuldades de locomoção, seja pela idade, seja por deficiência física, ou por causa transitória, à situação desgastante de subir lances de escadas, exatos 23 degraus, em agência bancária que possui plena capacidade e condições de propiciar melhor forma de atendimento a tais consumidores. IV – Indenização moral coletiva fixada de forma proporcional e razoável ao dano, no importe de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais). REsp 1.221.756-RJ (2010/0197076-6), 3ª T., Rel. Min. Massami Uyeda, DJ 10.02.2012.

É certo afirmar, portanto, que o reconhecimento do *dano moral coletivo* e a possibilidade de sua reparação alcançaram fundamento e respaldo constitucional.

Em seguida, com o advento do Código de Defesa do Consumidor – CDC (*Lei n° 8.078/90*), sedimentou-se, de maneira explícita, no plano infraconstitucional, a base legal para a tutela efetiva do *dano moral coletivo*. Isso se deu pelos seguintes principais motivos: (a) em razão do art. 110 desse Código, que acresceu o inciso IV ao art. 1° da Lei de Ação Civil Pública, estendendo a utilização dessa ação a *qualquer outro interesse difuso ou coletivo*, por iniciativa dos entes legitimados; (b) à vista do parágrafo único do art. 2° do CDC, que equiparou ao consumidor a “coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis”, para efeito da sua proteção nas relações em que intervier, reconhecendo-se, legalmente, à coletividade, como ente despersonalizado, a condição de titular de direitos, da mesma forma que o consumidor individualmente considerado, pessoa física ou jurídica⁷; (c) por força da clareza da redação dos incisos VI e VII do art. 6° desse Estatuto do Consumidor, erigindo como direitos básicos a efetiva proteção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos, e o acesso aos órgãos judiciários e administrativos, com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção jurídica, administrativa e técnica aos necessitados.

Posteriormente, com a edição da Lei n° 8.884/94, conhecida como Lei Antitruste – que dispôs sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica –, introduziu-se alteração no *caput* do art. 1° da Lei de Ação Civil Pública, para o fim de se incluir no texto legal, explicitamente, as expressões *danos morais e patrimoniais*, não mais havendo margem, pela própria literalidade do dispositivo, para qualquer argumento contrário ao reconhecimento normativo da possibilidade de reparação do *dano moral coletivo*, e também se reforçando a abrangência, a extensão e o universo de possibilidades das demandas coletivas⁸.

Evidenciou-se, pois, a certeza de que a coletividade, em qualquer de suas expressões, é titular de interesses e direitos de natureza extrapatrimonial – reconhecidos e amparados pelo sistema jurídico –, passíveis de defesa pelos

7 Art. 2° (...) Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

8 Lei n° 7.347/85. Art. 1° Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por *danos morais e patrimoniais* causados (...).

instrumentos processuais adequados à tutela jurisdicional peculiar a essa seara coletiva, destacando-se, por excelência, a ação civil pública.

3 – REPARAÇÃO DO DANO MORAL COLETIVO

3.1. *Noções essenciais*

É inegável a importância, para a sociedade, da previsão legal e certeza quanto a uma condenação efetiva do responsável pela violação intolerável infligida a interesses transindividuais, referidos a valores e bens fundamentais de uma dada coletividade, à luz do imperativo constitucional de proteção e tutela a tais direitos.

Daí porque, diferentemente da lógica da reparação do dano individual, em relação aos danos coletivos e difusos enseja-se um tratamento próprio, específico, no plano da responsabilização do agente causador, seja quanto à forma pertinente ao procedimento reparatório, seja em relação à função e objetivos jurídicos almejados.

Verifica-se facilmente que condutas lesivas a direitos transindividuais, refletindo significativo grau de reprovabilidade social e efeitos danosos à coletividade deixariam os seus autores isentos de uma responsabilização adequada, em que pese o proveito e vantagens obtidas com o ilícito praticado, o que seria uma demonstração inaceitável da vulnerabilidade e inaptidão do sistema jurídico.

No objetivo de impedir o prevalecimento dessas hipóteses absurdas e injustas, estruturou-se, legalmente, o mecanismo de condenação do ofensor em uma parcela pecuniária significativa, de maneira a atender, preponderantemente, à finalidade sancionatória, e também preventiva, que informa esse tipo especial de responsabilidade civil, pertinente ao campo dos direitos coletivos (*lato sensu*). São exemplos dessas condutas ilícitas, no âmbito trabalhista, a ensejar a reparação pelo dano moral coletivo:

(a) exploração do trabalho de crianças e adolescentes, em violação ao princípio constitucional da dignidade humana e da proteção integral;

(b) submissão de grupo de trabalhadores a condições degradantes, a serviço forçado, em condições análogas à de escravo, ou mediante regime de servidão por dívida;

(c) manutenção de meio ambiente de trabalho inadequado e descumprimento de normas trabalhistas básicas de segurança e saúde, em prejuízo à integridade psicofísica dos trabalhadores;

DOCTRINA

(d) prática de discriminação, abuso de poder e assédio moral ou sexual em detrimento dos trabalhadores;

(e) submissão de trabalhadores a situações indignas, humilhantes e vexatórias, como forma de indução para cumprimento de metas de produção ou vendas;

(f) terceirização ilícita de mão de obra, por meio de empresas interpostas, cooperativas, associações, organizações não governamentais ou outras entidades públicas ou privadas, em violação ao ordenamento jurídico-laboral, no objetivo de diminuição de custos, ou mesmo de burlar o cumprimento de direitos trabalhistas;

(g) contratação irregular de trabalhadores pela administração pública direta ou indireta, sem submissão a concurso público, em violação ao estatuto constitucional;

(h) uso de fraude, coação ou dolo para burlar ou sonegar direitos trabalhistas ou obter vantagens indevidas;

(i) criação de obstáculos e ardis para o exercício da liberdade associativa e sindical, e uso de ameaça e intimidação aos trabalhadores.

Em todos esses casos, fácil é concluir, produz-se concretamente lesão significativa a interesses jurídicos extrapatrimoniais ínsitos a cada uma das coletividades ou grupos afetados, ou à sociedade considerada como um todo, circunstância emergente do próprio fato ilícito, de responsabilidade do lesante, a merecer a devida e imprescindível reparação.

Assim, a condenação consistente na imposição de uma parcela pecuniária ao ofensor corresponde à forma de resposta e responsabilização concebida pelo sistema jurídico, equivalente ao que se convencionou chamar de *reparação* em sede de dano moral coletivo, e que constitui uma espécie de *indenização punitiva*.

Não se trata, por lógico, de uma reparação típica, nos moldes do que se observa em relação aos danos individuais, posto que a função e objetivo da condenação aqui versada afastam-se das linhas básicas que caracterizam o modelo de reparação dos danos pessoais. Está-se a cuidar de uma modalidade peculiar de *resposta possível e eficaz do sistema jurídico*, imprescindível à garantia da sua própria respeitabilidade, e que é direcionada ao ofensor, em face da violação inaceitável de direitos coletivos de natureza extrapatrimonial.

Portanto, o que se concebe como *reparação* de dano moral coletivo constitui uma espécie de reação jurídica necessária diante da intolerável lesão

a direitos transindividuais, guardando especificidade e congruência com a racionalidade inerente à tutela desses interesses.

A relevância da previsão legal dessa reparação (*arts. 1º, caput, e 13, da Lei nº 7.347/85*) é facilmente enxergada quando se defronta com as hipóteses de violação grave a direitos coletivos e difusos, e se constata que o simples *cessar da conduta danosa ilícita* ou o *cumprimento, a partir de um dado momento, da obrigação legal até então descurada*, deixaria, no rastro do tempo em que se deu a violação, *impune* o agente ofensor, sem qualquer meio hábil que pudesse responsabilizá-lo pela lesão já configurada, ante as consequências e efeitos deletérios e prejudiciais até então gerados – na maior parte das vezes de maneira irreversível –, e o proveito obtido com a violação, em detrimento dos bens e valores atingidos, titularizados pela coletividade (meio ambiente, segurança e saúde dos consumidores e trabalhadores, patrimônio cultural e histórico, patrimônio público, ordem urbanística, ordem econômica, dignidade de grupo ou categoria de trabalhadores, etc.).

No máximo, saliente-se, haveria, em face do lesante, a possibilidade de eventuais ações individuais, fragmentadas, acaso indenizações por danos pessoais viessem a ser postuladas judicialmente. E mais: em tais hipóteses, a ausência ou mesmo a não admissão de uma forma própria de *reparação* representaria fator de incentivo à prática de condutas gravosas e inconcebíveis juridicamente, no qual o ofensor auferia absurda e injusta vantagem pessoal ou econômica, diante da ilicitude perpetrada, lesionando valores e bens fundamentais da coletividade.

Essa realidade traduziria, também, um estado de indignação e descrédito da coletividade para com o sistema jurídico, e até mesmo em relação à própria organização estatal, refletindo-se prejudicialmente na esfera da segurança e da estabilidade social. É isto, por exemplo, o que se visualizaria nos casos de exploração de trabalho escravo e de crianças, de destruição ou deterioração de bem ambiental ou histórico-cultural em proveito de interesse individual, de fraude e discriminação nas relações de trabalho e de consumo.

É de se realçar, incisivamente, que, nessas situações que envolvem interesses e direitos transindividuais, apenas exigir do ofensor o ajustamento da sua conduta aos ditames legais – algumas vezes, se for possível, apenas seguido da simples indenização pelos danos materiais verificados – refletiria, no plano da responsabilização, uma resposta débil, sem nenhuma força dissuasiva ou sancionatória, não bastante para obstar novas violações, dada a desproporção entre a gravidade do ilícito, o proveito obtido pelo autor com a sua prática e a

reação insuficiente e frágil do sistema jurídico, a constituir até mesmo fator de estímulo para o violador da lei.

Isso implicaria, pode-se mesmo dizer, no fenômeno do *esvaziamento ético* do sistema de responsabilidade civil, refletindo a perda do seu norte de justiça e dos seus objetivos de pacificação e equilíbrio social.

Dessa maneira, toda violação intolerável do ordenamento jurídico, atingindo bens e interesses de latitude coletiva, cuja essência seja extrapatrimonial, enseja uma *reparação* adequada e eficaz a essa peculiar modalidade de danos, que se efetiva sob a forma de uma condenação em dinheiro imposta ao ofensor, em valor que reflita o caráter sancionatório e pedagógico da medida. E assim ocorre como imperativo da evolução da teoria da responsabilidade civil plasmada no Direito brasileiro, que, em sua concepção atual, de alicerce constitucional, pauta-se pelo princípio da ampla e integral tutela dos direitos transindividuais.

Deve ser salientada, outrossim, a importância da compreensão da matéria no âmbito do universo peculiar dos direitos tipicamente *coletivos* e da especificidade da reparação do *dano extrapatrimonial* nessa seara, não se concebendo, pois, em nenhuma hipótese, restar impune a conduta ilícita praticada, à míngua de qualquer sancionamento ao ofensor ou resposta justa à coletividade afetada, a gerar descrédito e menoscabo ao ordenamento jurídico, por força da violação havida, que projeta efeitos danosos à própria sociedade.

Por isso, é importante repisar, ganha indubitável relevo para o sistema jurídico a garantia de uma condenação, em face da configuração do dano moral coletivo, nas hipóteses em que apenas a imposição judicial de uma abstenção (*não fazer*), para cessar a conduta danosa, ou mesmo de realização de algo previsto em lei (*fazer*), traria para o ofensor uma situação de evidente conforto e favorecimento, tendo-se em conta as consequências danosas observadas em decorrência da violação a interesses e valores de maior expressão na órbita social, se resultasse somente a mera imposição daquelas medidas de conduta, nada mais.

Na verdade, há condutas antijurídicas lesivas a certas coletividades ou grupos que, ao mesmo tempo, diante do grau de ilicitude de que se revestem, projetam efeitos danosos à própria sociedade, assim vista como comunidade organizada, dotada de valores essenciais que lhe moldam e dão sustentação, além de atentar contra o próprio sistema jurídico e seus princípios informadores.

Não é admissível, em suma, que o autor da conduta ilícita, diante do sistema jurídico – e da lógica de equidade, justiça e razoabilidade que o orien-

ta –, possa haurir proveito dessas ações ou omissões lesivas à coletividade ou determinados grupos de pessoas, delas se enriquecendo patrimonialmente ou auferindo situações de vantagem. Se assim ocorresse, quebrar-se-ia toda a estrutura principiológica que informa e legitima o ordenamento jurídico, resultando em se corromper a viga-mestra que dá suporte à responsabilidade civil, exatamente refletida em uma legítima *reação*, pertinente e eficaz, diante da conduta ilícita danosa, de molde a tornar não estimulante ou compensador para o agente e outros potenciais violadores a reiteração da prática condenada.

A resposta do sistema jurídico não pode, em absoluto, apresentar-se de maneira compassiva, proporcionando *conforto* ou *ânimo* para o agente violador. É absolutamente ilógico e inconcebível admitir-se a ocorrência de hipótese em que violar direitos e infligir danos, em matéria de interesses fundamentais de expressão coletiva, possa gerar alguma espécie de benefício para o lesante, de um lado, ou incentivo para terceiros, de outro. O sistema jurídico (e os respectivos órgãos de justiça, que o interpretam e aplicam as suas normas) que venha a condescender com essa absurda distorção estará derruído em suas próprias bases e princípios.

Destarte, faz-se evidente, à luz da mais simples concepção de justiça, no âmbito de uma sociedade organizada sob o signo da ordem democrática, que deva ser legitimamente direcionada ao agente ofensor uma condenação pecuniária adequada, no sentido de lhe fazer sentir a intolerabilidade manifestada pelo sistema diante da conduta adotada, e dissuadi-lo – e a terceiros – quanto a novas práticas ilícitas.

É imperioso, pois, que o lesante apreenda, pela imposição da parcela pecuniária fixada judicialmente, a força da reprovação social e dos efeitos deletérios decorrentes da sua conduta. Somente assim é que se poderá atender ao anseio de justiça que deflui do seio da coletividade; somente assim é que se possibilitará recompor o equilíbrio social rompido; somente assim a conduta violadora de direitos essenciais da coletividade não será compensadora para o ofensor; e somente assim haverá desestímulo, no universo social, quanto à repetição de condutas de tal jaez, para o bem de toda a coletividade.

Em síntese, a lesão a interesses coletivos, à vista do nosso ordenamento jurídico, enseja reação e resposta equivalente a uma reparação adequada à tutela almejada, traduzida essencialmente por uma condenação pecuniária, a ser arbitrada pelo juiz – orientado pela função sancionatória e pedagógica dessa responsabilização –, a qual terá destinação específica em prol da coletividade.

3.2. *A preponderância da função sancionatória*

À vista das características próprias do dano moral coletivo, a condenação pecuniária – prevista como o equivalente a uma espécie de *reparação* ou *indenização punitiva* – apresenta natureza preponderantemente *sancionatória*, em relação ao ofensor, com pretensão dissuasória, também, diante de terceiros, a realçar a nota preventiva da responsabilização.

Essa condenação se afasta, portanto, da função típica que prevalece na seara dos danos morais individuais, na qual se confere maior relevância à finalidade compensatória ou satisfatória da indenização estabelecida em prol de uma ou mais vítimas identificadas, e, secundariamente, visualiza-se a função punitivo-pedagógica.

É necessário pontuar, assim, que, nas hipóteses de configuração de *dano moral coletivo*, não há que se falar propriamente em *reparação direta em favor da coletividade*, como se se visasse a *recompôr* ou mesmo a *compensar* plenamente a lesão havida, porque tal situação é inconcebível no campo dos interesses transindividuais, uma vez que é inviável alcançar e apreender, de forma precisa, toda a dimensão e extensão da lesão coletiva, também não se podendo identificar todos os indivíduos integrantes da coletividade, pela sua indeterminabilidade.

O que se almeja, de maneira primordial, é atender-se à necessidade de imposição ao ofensor de uma condenação pecuniária que signifique sancionamento pela prática da conduta ilícita, cuja ocorrência resultou em benefícios ou vantagem indevida, não obstante a gravidade da violação de direitos fundamentais, circunstância esta inaceitável para o sistema de justiça.

De forma secundária, no entanto, é possível até mesmo conceber uma finalidade *compensatória indireta* em sede de reparação do dano moral coletivo, considerando que é a coletividade o sujeito passivo da violação e do respectivo dano e que a parcela da condenação será destinada à busca da *restituição dos bens lesados*. Assim, poder-se-ia enxergar, em tal aspecto, a presença de uma compensação, indiretamente, em favor da própria coletividade, à vista do direcionamento que pode ser dado à verba resultante da condenação, com a possibilidade de ser enviada a um fundo genérico (*art. 13 da LACP*), ou então revertida diretamente para atender a finalidade específica, inclusive por meio de entidades públicas ou privadas, sem fins lucrativos e de reconhecido valor

social, em favor da própria coletividade atingida, ou da comunidade na qual se insira⁹.

É assim que se apresenta o mecanismo adequado de responsabilização civil que visa a assegurar a tutela necessária nas hipóteses de violação dos interesses coletivos extrapatrimoniais, e que foi introduzido, de maneira explícita, em nosso ordenamento jurídico, segundo se vê das disposições dos arts. 1º e 13 da Lei nº 7.347/85, e 6º, VII, e 83 do CDC.

Na jurisprudência, destaca-se a posição do Tribunal Superior do Trabalho, que tem reafirmado esse aspecto da preponderância da função sancionatória, consagrando que “nas hipóteses de dano moral coletivo, em face da inegável relevância de sua reparação, deve ser dada maior ênfase ao caráter punitivo. Assim, embora não se negue a existência de caráter compensatório na indenização por moral coletivo (...), é inevitável reconhecer que o seu arbitramento deve observar, principalmente, o caráter sancionatório-pedagógico, de forma a desestimular outras condutas danosas a interesses coletivos extrapatrimoniais”¹⁰.

3.3. O valor da condenação

Tratando-se de dano moral coletivo, a reparação adequada, que se dá nos moldes de uma *indenização punitiva*, conforme explicitado, opera-se por meio da imposição judicial ao ofensor de uma parcela em dinheiro, em medida que venha a expressar a função sancionatória e pedagógica que informa a natureza desse procedimento peculiar à tutela dos direitos transindividuais, de maneira a refletir coerência e equidade do sistema de responsabilização civil, nesse campo específico da sua aplicação.

Assim, o valor da condenação a ser arbitrado pelo juiz, sob o norte da equidade e do bom-senso, deverá observar, em sua expressão, suficiência para representar *sanção* eficaz para o agente causador do dano, e, por efeito, força para dissuadir outras condutas danosas semelhantes.

Faz-se imperativo, ademais, que essa decisão judicial seja motivada, fundamentando-se em elementos criteriosos quanto à composição do *quantum*, como exigência da cláusula constitucional do *due process of law*, com isso

9 É juridicamente possível a reversão ou o direcionamento da parcela da condenação para, por exemplo: (a) veiculação de campanha educativa relacionada aos direitos violados; (b) execução de atividades, obras ou projetos de cunho social ou comunitário; (c) aquisição de bens e serviços em favor de entidades vinculadas a atividades sociais e de interesse público; (d) construção de equipamentos coletivos; (e) realização de cursos de capacitação ou de natureza instrutiva; (f) prestação de serviços em prol da comunidade.

10 TST-RR 110700-17.2003.5.03.0103, 2ª T., Rel. Min. Renato de Lacerda Paiva, DJ 19.11.2010.

evitando-se a fixação de valores desarrazoados, para mais ou para menos, em prejuízo ao interesse tutelado e aos fins almeçados pelo próprio sistema jurídico.

Pode-se, então, elencar os seguintes aspectos principais, a serem levados em conta, pelo órgão judicial, para a quantificação do valor da condenação em sede de dano moral coletivo:

(I) a natureza, a gravidade e a repercussão da lesão

Deve-se verificar, neste ponto, exemplificativamente, a essência e a relevância do interesse lesado e o valor que representa para a sociedade. Além disso, também ensejam consideração os aspectos da irreversibilidade e gravidade do dano e da extensão dos seus efeitos (se mais limitados ou de abrangência maior, seja quanto ao espaço e ao tempo, seja quanto à coletividade afetada).

(II) a situação econômica do ofensor

Destaca-se, aqui, a importância quanto a não se perder de vista a condição financeira e patrimonial do autor do dano e a grandeza econômica da sua atividade, sob a necessária consideração do efeito que verdadeiramente representará o valor a ser estabelecido, em relação à sua conduta, uma vez que condenações de pequena expressão pecuniária, em face de grandes empresas ou corporações – principalmente aquelas que se revelam contumazes descumpridoras das normas de proteção ao trabalho –, não significarão nem sanção eficaz, nem também dissuasão suficiente a impedir novas violações do ordenamento jurídico e a reiteração de danos à coletividade.

Será esse, por lógico, o elemento balizador para guiar a fixação do valor objeto da condenação, em face da observação da presença dos demais aspectos indicados. O magistrado ainda poderá se valer, se necessário, de informações patrimoniais, contábeis, bancárias e até fiscais respeitantes ao ofensor, obtidas por qualquer meio, de maneira a garantir que o *quantum* fixado atenda à sua adequada destinação.

(III) o proveito obtido com a conduta ilícita

É fundamental ter-se a percepção do benefício ou vantagens, principalmente de ordem econômica, auferidas pelo agente com a prática ilícita, aspecto que aponta a existência de motivação e propósito para a causação do dano, ampliando-se a visão da intolerabilidade quanto à conduta, de maneira a que o valor da condenação possa neutralizar tal absurdidade. É possível verificar, igualmente, se se tratou de uma conduta isolada ou de uma prática reiterada do ofensor, para obter ganhos, dado importante na tarefa de arbitramento da parcela.

(IV) o grau da culpa ou do dolo, se presentes, e a verificação de reincidência

A conduta, sendo dolosa ou denotando culpa grave, enseja, evidentemente, uma reação de maior força do sistema jurídico, correspondendo, no particular, a uma agravante para justificar uma maior expressão do valor da reparação. Ademais, a verificação de reincidência do ilícito vem a demonstrar o desprezo reprovável do autor quanto às regras e princípios integrantes do ordenamento jurídico, constituindo aspecto inaceitável para o sistema de justiça, a exigir, também, o incremento da parcela da condenação.

(V) o grau de reprovabilidade social da conduta adotada

Facilmente se apreende, de acordo com o que aponta o *sensu comum*, a reprovação social que determinadas condutas ilícitas suscitam, em face do dano observado, à vista do desrespeito a valores fundamentais da coletividade. O órgão judicial será necessariamente o intérprete dessa realidade, a ser tomada como ponto de consideração para traduzir-se o critério de justiça exigido na resposta a ser dada. Esse é, portanto, aspecto importante a ser contemplado na tarefa de arbitramento do *quantum* pertinente à condenação, pois, dependendo das características peculiares a determinadas coletividades e do padrão de valores vigente, os efeitos da prática ilícita podem-se sentir de maneira diferenciada, sendo maior ou menor a repercussão negativa na sociedade.

Explicitados, portanto, esses aspectos principais, a serem considerados pelo juiz na definição do valor do dano moral coletivo, faz-se também importante aduzir que a eventual constatação da existência de *ações individuais de reparação*, originadas da mesma conduta ilícita do agente ofensor, por força da extensão eventual dos seus efeitos danosos à esfera de interesses pessoais, não tem influência, nem haverá de ser considerada nessa tarefa de arbitramento judicial pertinente a lesão à coletividade.

Isso se dá em face da independência e autonomia entre o dano coletivo e as lesões individuais, por se tratarem de situações diferenciadas, com fundamentação e objetivos peculiares, inconfundíveis, de modo que não se comunicam ou se interpenetram para efeito de dosagem pelo magistrado, no procedimento de quantificação, do valor da reparação do dano moral coletivo.

Anote-se, ademais, que não há nem poderia haver, no ordenamento jurídico, pautas ou tarifas previamente estabelecidas, a vincular o juiz no arbitramento do valor da reparação do dano moral coletivo.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal tem corretamente interpretado que “toda limitação, prévia e abstrata, ao valor de indenização por dano moral,

objeto de juízo de equidade, é incompatível com o alcance da indenizabilidade irrestrita assegurada pela atual Constituição da República”¹¹.

Deve preponderar, repita-se, na fixação do *quantum* da condenação, o objetivo de fazer o ofensor sentir, exemplarmente, por força da parcela pecuniária imposta, as consequências da conduta danosa, resultantes da lesão a direitos fundamentais da coletividade, referidos a bens e interesses de alta significação para o sistema jurídico¹².

Evidencie-se, por derradeiro, que sempre haverá o eventual risco de ocorrer discrepância entre os valores arbitrados pelos órgãos judiciais, em casos idênticos ou homólogos. Porém, há de se ter em conta que essa circunstância não é alheia à racionalidade e à abertura compreensiva informada pelo princípio da equidade, que caracteriza o procedimento de quantificação dos danos morais – especialmente no campo dos interesses coletivos –, não apresentando relevância suficiente a gerar insegurança jurídica ou mesmo deslegitimar essa forma de procedimento previsto em lei.

Tal situação reflete circunstância ou elemento próprio que integra e é ínsito ao próprio sistema, absorvido inequivocamente pela significação e importância que representa para a sociedade a garantia da busca de justiça, em face de danos de natureza extrapatrimonial.

Nesse diapasão, caberá à própria jurisprudência, principalmente no altar das Cortes Superiores, com o trato adequado a ser conferido ao tema, em face da sua crescente veiculação, dar congruência aos valores das condenações em hipóteses que guardem eventual semelhança ou identidade entre si, estabelecendo paradigmas gerais de orientação, ressalvadas, caso a caso, as singularidades presentes.

Seguindo essa linha, o Tribunal Superior do Trabalho, por sua Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, assim proclamou:

11 Recurso Extraordinário 447.584, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 28.11.06.

12 Não obstante isso, é pertinente e atual a seguinte crítica do magistrado *Rodrigo Trindade de Souza*, ao se referir aos valores que têm sido fixados pela Justiça brasileira, a título de reparação por danos morais, inclusive no plano das demandas coletivas: “Em algumas situações, força-nos verificar que há mais esforço tendente a buscar argumentos para a diminuição de indenizações a notórios violadores do ordenamento jurídico, que estabelecer efetivas soluções para impedir a delinquência. Parece-se acreditar que a *segurança jurídica* ou *segurança social* é preferencialmente alcançada impedindo que os já reconhecidos transgressores do direito sejam punidos em demasia. Para se evitar o excesso, opta-se por fórmulas sabidamente insuficientes e barram-se iniciativas de estabelecimento de medidas judiciais que ofereçam respostas voltadas à efetividade” (*Punitive damages* e o direito do trabalho brasileiro – adequação das condenações punitivas para a necessária repressão da delinquência patronal. *Revista LTr*, vol. 75, n. 05, maio/2011, p. 579).

“É bom assentar não ser nenhuma novidade, no âmbito do Poder Judiciário, especialmente agora na seara do Judiciário Trabalhista, a tormentosa dificuldade na mensuração da indenização por dano moral, quer o seja individual ou coletivo, por ela não se orientar pelo critério aritmético do dano material e sim pelo critério estimativo, em relação ao qual se abre considerável espaço para a subjetividade de cada magistrado. Mesmo assim, a doutrina tem preconizado devam ser levados em conta aspectos como a natureza, a gravidade e a repercussão da lesão, a situação econômica do ofensor, eventual proveito obtido com a conduta ilícita, o grau de culpa ou dolo, a verificação de reincidência e a intensidade, maior ou menor, do juízo de reprovabilidade social da conduta adotada.”¹³

4 – CONCLUSÃO

É indubitoso que a possibilidade de se conferir uma tutela adequada aos interesses transindividuais constitui imperativo para a promoção dos direitos fundamentais, a compreender, como essencial, em nosso tempo, a garantia efetiva de respeito, realização e reparação, em caso de dano, a direitos de natureza coletiva.

Dessa maneira, a ação impositiva, por meio dos mecanismos, instrumentos e órgãos competentes, objetivando a efetivação dos direitos, em prol dos indivíduos e também das coletividades, na busca do equilíbrio e do bem-estar social, é o que dá concretude ao conceito de cidadania, principalmente quando se trata de direitos fundamentais, *status* hoje reconhecido constitucionalmente aos direitos ou interesses coletivos e difusos.

A evolução do regime da responsabilidade civil possibilitou a devida tutela em face de danos a interesses titularizados por determinadas coletividades, em coerência com a ampla projeção que adquiriu o princípio da dignidade humana, em suas várias órbitas de projeção, no âmbito do ordenamento constitucional.

A ordem jurídica, assim, por diretriz explícita da Carta Magna de 1988, assegurou à coletividade a titularidade de direitos e interesses, cuja violação enseja reação eficaz consubstanciada na possibilidade de se obter uma reparação adequada, que se viabiliza por meio do sistema processual coletivo.

Enfim, tem-se que, no tempo presente, o reconhecimento e a efetiva reparação dos *danos morais coletivos*, através da ação civil pública, mediante o sancionamento adequado do ofensor, correspondente a uma condenação em

13 TST-E-ED-RR-94500-35.2004.5.05.0008, SBDI-1, Red. Des. Min. Barros Levenhagen, DJ 11.11.2011.

DOCTRINA

parcela pecuniária, de molde a também desestimular e prevenir novas lesões, em decorrência da ofensa aos valores e bens mais elevados do agrupamento social, constitui uma das formas de alicerçar o Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Dano moral e indenização punitiva*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BESSA, Leonardo Roscoe. Dano moral coletivo. In: *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: RT, n. 59, jul./set. 2006.

MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. *Dano moral coletivo*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2012.

SOUZA, Rodrigo Trindade de. *Punitive damages* e o direito do trabalho brasileiro – adequação das condenações punitivas para a necessária repressão da delinquência patronal. In: *Revista LTr*, vol. 75, n. 05, maio/2011.

Notas e Comentários

SEMINÁRIO TRABALHO INFANTIL, APRENDIZAGEM E JUSTIÇA DO TRABALHO

O Tribunal Superior do Trabalho e o Conselho Superior da Justiça do Trabalho promoveram, de 9 a 11 de outubro de 2012, o seminário *Trabalho Infantil, Aprendizagem e Justiça do Trabalho*. O evento, que aconteceu na sede do TST, em Brasília, contou com a participação do presidente do Supremo Tribunal Federal, ministro Ayres Britto, entre diversas autoridades do Judiciário, Legislativo e Executivo.

O seminário teve como objetivos promover o debate com a participação de especialistas, para estimular o levantamento e implementação de propostas de erradicação do trabalho infantil no Brasil e no mundo; discutir e afirmar a necessária participação da Justiça do Trabalho no combate ao trabalho infantil, na garantia da profissionalização adequada do adolescente, no controle do excepcional trabalho infantil artístico e esportivo e na abolição do trabalho infantil doméstico; definir a competência para expedição de autorizações para o trabalho infantil; divulgar e dar conhecimento das ações institucionais e da sociedade civil nessas áreas; sensibilizar e conscientizar o público alvo, especialmente o Magistrado do Trabalho, da grave violação de direitos humanos representada pelo trabalho infantil.

Ao abrir o evento, o presidente do Tribunal Superior do Trabalho, ministro João Oreste Dalazen, afirmou que “ninguém pode ficar indiferente a essa questão”, e conclamou todos para uma união cívica para extirpar o trabalho infantil. “Se a sociedade deixar a infância ser aniquilada, não existirão homens prontos para corresponder às expectativas da prosperidade”, disse o presidente do TST. “Só no Brasil”, revelou o presidente, “dados do IBGE relativos a 2011 denunciam que 3,6 milhões de crianças entre 5 e 17 anos trabalham”. Para Dalazen, o trabalho infantil atrai diversas consequências deletérias para a criança, além do sofrimento pessoal. São crianças que não vão à escola porque trabalham, e que acabarão se tornando adultos pobres. “Isso mantém o ciclo vicioso da miséria”, disse Dalazen.

A conferência de abertura foi proferida pelo ativista de direitos humanos indiano Kailash Satyarthi, com o tema *Erradicação do Trabalho Infantil: Desafios e Perspectivas*.

Também prestigiou o evento a ministra de Estado da Secretaria de Direitos Humanos, Maria do Rosário Nunes, que falou sobre *Trabalho Infantil Doméstico: o Desafio de Superar a Invisibilidade*.

A conferência de encerramento contou com a presença do diretor-adjunto do Programa Internacional para Erradicação do Trabalho Infantil da Organização Internacional do Trabalho (OIT), Geir Myrstad, que falou sobre o tema *Boas Práticas e Desafios no Desenvolvimento Profissional dos Adolescentes*.

PROGRAMA TRABALHO SEGURO RECEBE PRÊMIO INNOVARE

O Programa Trabalho Seguro, iniciativa do Tribunal Superior do Trabalho e do Conselho Superior da Justiça do Trabalho, foi o vencedor da IX edição do Prêmio Innovare, na categoria Tribunal.

O presidente do TST, João Oreste Dalazen, recebeu o prêmio durante cerimônia realizada no dia 7 de novembro no Supremo Tribunal Federal. Para o ministro, o prêmio representa o reconhecimento aos esforços que a Justiça do Trabalho e o TST vêm desenvolvendo em prol da preservação de vidas humanas e da dignidade das pessoas e consequente redução do número de processos trabalhistas. “É um fator de estímulo e de encorajamento para que prossigamos na defesa do direito fundamental a um meio ambiente de trabalho protegido dos riscos nele inerentes”, destacou.

O Programa, criado com o objetivo de contribuir para a diminuição do número de acidentes de trabalho, foi contemplado por ser uma prática bem-sucedida e que contribui para a modernização, rapidez e eficiência da Justiça brasileira.

Lançado com o objetivo de contribuir para a diminuição do número de acidentes de trabalho registrados no Brasil nos últimos anos, o Programa Trabalho Seguro, de caráter permanente, visa à formulação e à execução de projetos e ações nacionais voltados à prevenção de acidentes de trabalho e ao fortalecimento da Política Nacional de Segurança e Saúde no Trabalho.

Para promover a conscientização e a importância do tema, diversas ações estão sendo realizadas. Entre elas, campanhas publicitárias com divulgação na mídia nacional, vídeos com depoimentos de trabalhadores que sofreram acidente

de trabalho, ressaltando a importância do uso dos equipamentos de segurança no ambiente de trabalho, *folders* com material educativo para trabalhadores e empresas, cartilhas ilustrativas sobre segurança no trabalho voltadas para crianças e adolescentes e palestras em empresas. Além disso, com as obras em estádios para a Copa de 2014, diversos atos públicos pelo Trabalho Seguro estão sendo realizados nos canteiros de todo o país para alertar trabalhadores e sociedade sobre a importância da adoção de medidas de segurança e saúde do trabalho na construção civil. Obras do PAC (Programa de Aceleração do Crescimento) também serão palco de atos pelo Trabalho Seguro.

“É impressionante como os trabalhadores se sentem valorizados, lembrados, prestigiados com o Programa. É evidente que o trabalhador seguro trabalha mais e melhor”, afirmou o presidente do TST, ministro João Oreste Dalazen.

O Programa Trabalho Seguro tem recebido apoio de instituições públicas e privadas, unidas pela importância de implementar a cultura de preservação da higiene no ambiente laboral. Tem alcançado também a parceria de empregados, empregadores, sindicatos, Comissões Internas de Prevenção de Acidentes (CIPAs) e instituições de pesquisa e ensino.

Para o diretor-presidente do Instituto do Prêmio Innovare, Sergio Freitas, a prática apresentada pelo TST tem repercussão e riqueza extraordinárias, com impacto imenso na sociedade. “Uma prática educacional que entendeu os valores dos trabalhadores, que muitas vezes não cuidam da própria segurança e, de uma forma educativa, fez com que eles preservem mais a vida e a própria integridade. Um exemplo de uma Justiça que não se limita a ler o que está nos autos, mas de compreender a realidade dos problemas representados nos autos”, ressaltou.

GUIA DE CONTRATAÇÕES SUSTENTÁVEIS DA JUSTIÇA DO TRABALHO RECEBE PRÊMIO DO MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE

O Conselho Superior da Justiça do Trabalho (CSJT), um dos 12 finalistas no 4º Prêmio “Melhores Práticas da A3P”, promovido pelo Ministério do Meio Ambiente, foi agraciado com o 2º lugar na categoria “Destaque da Rede A3P” pela elaboração do “Guia de Contratações Sustentáveis da Justiça do Trabalho”.

NOTAS E COMENTÁRIOS

Durante a cerimônia de premiação, realizada no dia 21 de novembro, o CSJT recebeu o Troféu “5R”, além do certificado de menção honrosa.

Aprovado pelo Plenário do CSJT em 25 de maio, o guia estabeleceu diretrizes para aquisição de bens, como materiais de expediente, limpeza, alimentos, mobiliário, lâmpadas, pilhas e baterias. Além disso, instituiu novos critérios para contratação de serviços.

A edição do prêmio teve por intuito dar visibilidade às iniciativas relacionadas ao Consumo Sustentável na Administração Pública e Desafios Socioambientais para a Gestão de Resíduos Sólidos.

A categoria “Destaque da Rede A3P” é destinada ao órgão ou instituição participante da Rede A3P que ainda não possua Termo de Adesão e que demonstre implementar iniciativas enquadradas nas categorias Gestão de Resíduos, Uso Sustentável dos Recursos Naturais (Água ou Energia) e Inovação na Gestão Pública.

A premiação foi recebida pelo coordenador de Gestão Estratégica do CSJT, Cláudio Oliveira, e pela supervisora da Seção de Responsabilidade Socioambiental da Coordenadoria de Gestão Estratégica, Ana Borges. Ambos enfatizaram a importância da premiação pelo reconhecimento ao grupo de trabalho composto por servidores do CSJT, TST e Tribunais Regionais do Trabalho na elaboração do guia.

TST PRESTA HOMENAGEM AO MINISTRO ARNALDO LOPES SÜSSEKIND

O Tribunal Superior do Trabalho prestou homenagem, em 28 de novembro, ao ministro Arnaldo Lopes Süssekind, dando ao Plenário do TST o nome do jurista, falecido no último dia 9 de julho, data em que completaria 95 anos. Como parte da cerimônia, Arnaldo Süssekind Filho espargiu as cinzas de seu pai pelos jardins do Tribunal.

O presidente do Tribunal, ministro João Oreste Dalazen, disse que a homenagem é um tributo e reconhecimento da solidez da trajetória de Arnaldo Süssekind. Dalazen lembrou que essa trajetória teve início em 1938, com a entrada no serviço público como auxiliar no Conselho Nacional do Trabalho (CNT), que mais tarde se transformaria no TST. Depois, como ministro do TST,

NOTAS E COMENTÁRIOS

ministro de Estado do Trabalho e Previdência Social e também Procurador-Geral do Trabalho em São Paulo. Mas o maior mérito do jurista, segundo Dalazen, não estaria nos cargos que ele exerceu, e sim no legado que deixou para a posteridade. “Ninguém contribuiu tão extraordinariamente para a edificação do Direito do Trabalho no país como Arnaldo Süssekind”, disse.

Transcrevemos, a seguir, o discurso do Ministro João Oreste Dalazen em homenagem a Arnaldo Süssekind:

“Senhoras Ministras!

Senhores Ministros de ontem, hoje e sempre!

Familiares do Min. Arnaldo Süssekind!

Juízes, servidores!

Senhoras e Senhores!

Vivenciamos há poucos instantes momentos de emoção intensa e de honra imensa, ao espargirmos as cinzas do saudoso Ministro Arnaldo Süssekind nos jardins deste Tribunal, instituição a que ele tanto amava e a que tanto se devotou!

Eis-nos agora reunidos em cerimônia destinada a reverenciar a memória do inolvidável Ministro Arnaldo Süssekind, atribuindo-lhe o insigne nome a este Plenário do Tribunal Superior do Trabalho, em cumprimento à decisão unânime do Egrégio Órgão Especial e de todos os Ministros da Corte.

Alexander Pushkin, poeta russo do século XIX, afirmou, com absoluta felicidade:

‘O *respeito pelo passado* – eis o traço que distingue a instrução da barbárie; por isso as tribos nômades não possuem nem história, nem nobreza.’

A almejada busca pelos avanços sociais e institucionais apoia-se na atitude *dos verdadeiros progressistas* que são, segundo o francês Ernest Renan, ‘os que partem de *um profundo respeito pelo passado*’.

Nenhuma sociedade humana digna do nome pode perder de vista a *cultura histórica* com o objetivo de manter viva a consciência do próprio passado, avaliar o presente e extrair daí fecundo manancial de lições para *projetar o futuro*. Daí a atemporal e preciosa lição de Confúcio, no que diz: ‘*Estuda o passado, se queres prognosticar o futuro*’.

NOTAS E COMENTÁRIOS

Côncios dessas verdades, prestamos tributo e reconhecemos a solidez da trajetória do eminente Ministro Arnaldo Lopes Sússekind, falecido no dia em que completaria 95 anos de idade: 9 de julho de 2012.

Todos sabemos que ele foi um dos *mais diletos filhos da Justiça do Trabalho*.

Sússekind, grande homem, *partilhou a largueza de seu rico espírito*, a profundidade de *sua sabedoria* e a diligente *força de seu trabalho* com o Direito do Trabalho e com a Justiça do Trabalho do Brasil.

É imperativo aprender com sua história. É impossível deixar seu nome à margem do reconhecimento mais profundo e verdadeiro de que a sua atuação não apenas lançou as bases, mas cooperou, de forma inexcédível e como nenhum outro, na *construção do edifício da Justiça Social* no Brasil.

Recordo que os sólidos e indestrutíveis laços de Sússekind com a Justiça do Trabalho estabeleceram-se antes mesmo de sua colação de grau no Curso de Direito, pela então Universidade do Brasil, hoje Universidade Federal do Rio de Janeiro, turma de 1939. De fato, ainda em 1938 iniciou carreira no serviço público, como auxiliar do então Conselho Nacional do Trabalho, embrião do atual Tribunal Superior do Trabalho.

A partir daí conquistaria os mais importantes cargos das instituições voltadas à aplicação e à construção do Direito do Trabalho no Brasil: ministro do Tribunal Superior do Trabalho, Corte na qual desempenhou, em dois mandatos, eleito e reeleito, o cargo de vice-presidente, até sua aposentadoria, em 1971; ex-ministro de Estado do Trabalho e Previdência Social; representante brasileiro junto à Organização Internacional do Trabalho – OIT e ex-procurador-geral do trabalho.

O maior mérito de Arnaldo Sússekind, contudo, senhoras e senhores, *não repousa em si nos cargos que exerceu* – e fê-lo de forma exemplar e proba. Está no glorioso e precioso legado que deixou à posteridade.

Ninguém contribuiu tão extraordinariamente para a edificação do Direito do Trabalho em nosso país.

Um dos membros da comissão que elaborou a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT foi coautor dessa esplêndida obra de engenharia jurídico-trabalhista que cumpriu papel magnífico: primeiro, de transposição de uma sociedade agrícola e de cultura escravocrata; e, depois, para

NOTAS E COMENTÁRIOS

propiciar relações de trabalho mais dignas e equilibradas na sociedade brasileira.

Autor de obras clássicas e imorredouras, formou legiões de profissionais e discípulos, dentre os quais me incluo, modestamente.

Como ministro do trabalho, resistiu à extinção do 13º salário, proposta em reunião ministerial, sob o fundamento de que, em dezembro, dobrava a folha de pagamento das empresas. A saída que propôs, a antecipação de metade da gratificação natalina, foi adotada pelo Presidente Castelo Branco e encontra-se ainda hoje vigente (Lei nº 4.749/65).

Arnaldo Süssekind sempre aliou a uma inteligência fulgurante admirável habilidade, sem prejuízo da intransigente defesa de princípios.

A outra atividade que notabilizou Arnaldo Süssekind consistiu em sua marcante e memorável participação na Organização Internacional do Trabalho.

Foi graças à sua condução habilidosa e persuasiva que o Brasil, em 1978, passou a integrar o Conselho de Administração da OIT, na condição de membro permanente, situação que ostenta até hoje.

Prestou igualmente inestimável contributo à Comissão de Expertos da OIT, mercê de sua vasta inteligência e larga experiência. Até hoje foi o único juslaboralista, em todo o mundo, que deixou de ser membro da Comissão de Expertos e que, seis anos depois, a ela voltou por eleição do Conselho de Administração.

Mais que essa façanha, não nos esqueceremos jamais de que Süssekind devotou e consagrou toda uma vida na busca de conferir *efetividade aos princípios e direitos fundamentais no trabalho e, enfim, ao sonho de universalização das normas da OIT.*

Senhoras e senhores!

Eis aí um pálido retrato de uma das personalidades que mais lutaram pela dignificação do trabalho em nosso país.

Eis aí um brevíssimo perfil do homem cuja ausência enche-nos de saudade e que foi um verdadeiro construtor de catedrais no Direito do Trabalho brasileiro.

Poucos, como Arnaldo Süssekind, encarnaram e identificaram-se tão bem com o ideário de uma instituição e para ela se devotaram tanto

e por tanto tempo. Diria mesmo, parafraseando Winston Churchill, que nunca tantos cultores do Direito do Trabalho deveram tanto a um só.

Sua trajetória retilínea e admirável de homem público modelar apançou suas ações visando ao reconhecimento dos direitos fundamentais à liberdade e à igualdade. Cultivou a responsabilidade social e promoveu a cidadania quando essas expressões ainda não estavam em voga.

Em toda a sua notável biografia transparece um fio condutor: sempre resistiu bravamente à iniquidade e propugnou por novos e melhores paradigmas em prol da sociedade.

Vê-se aí outro traço fascinante da exuberante personalidade do nosso homenageado: o desassombro na luta por uma sociedade mais digna e justa.

A história do mundo, escreveu Carlyle, ‘não é senão a biografia dos grandes homens’.

Na mesma linha, assinalou Oscar Wilde que ‘todo mundo pode fazer história; só um grande homem pode escrevê-la’. Arnaldo Süssekind escreveu-a e inscreveu seu nome de forma indelével e perene na história do Direito do Trabalho brasileiro! Ele forjou com letras de ouro o seu nome na construção do Direito do Trabalho no Brasil.

Ao emprestarmos, pois, o seu honrado nome ao Plenário do Tribunal Superior do Trabalho, materializamos e perpetuamos nossa gratidão e nosso reconhecimento pelos inestimáveis serviços que prestou às nossas instituições.

Após espargirmos as cinzas do que restou de seus despojos físicos em nossos jardins, o Tribunal Superior do Trabalho, símbolo máximo das instituições a que ele consagrou a vida, passa a ser a derradeira morada de Arnaldo Lopes Süssekind.

Nada mais justo e natural que o bom e inigualável filho à casa torne. Se não foi, essa certamente teria sido uma última manifestação de vontade.

E, assim, o Tribunal Superior do Trabalho, orgulhosamente, passa a incorporar e a entranhar em si, para inspirá-lo e guiá-lo sempre, o mestre dos mestres, o rei dos juslaboralistas brasileiros.

Já se disse, de forma muito feliz, que ‘existe um lugar onde nossos mortos não morrem: é dentro de nós mesmos’.

Hoje e sempre podemos afirmar e reafirmar: Arnaldo Süssekind nunca morrerá!

NOTAS E COMENTÁRIOS

Arnaldo Süssekind viverá para sempre dentro de todos nós, operadores do Direito do Trabalho e defensores da Justiça do Trabalho.

Viverá na inspiração constante por sua paradigmática vida pública e pelo magnânimo coração de um ser que viveu para servir e engrandecer a humanidade.

Oxalá, ao seguirmos nossa caminhada, tomemos permanentemente Arnaldo Süssekind como o referencial máximo de virtudes peregrinas a que podemos aspirar.

Muito obrigado.”

TST ELEGE NOVA ADMINISTRAÇÃO

O ministro Carlos Alberto Reis de Paula foi eleito o próximo presidente do Tribunal Superior do Trabalho (TST), para o biênio 2013/2015, em sessão do Pleno realizada em 12 de dezembro. O ministro Barros Levenhagen será o Vice-Presidente e o ministro Ives Gandra Martins Filho o corregedor-geral da Justiça do Trabalho. A posse da nova gestão está marcada para o dia 5 de março de 2013.

Carlos Alberto Reis de Paula agradeceu a confiança depositada pelos ministros e disse ter consciência dos desafios que o aguardam. Destacou que a Justiça do Trabalho ocupa hoje lugar ímpar na Justiça brasileira pela atuação conjunta de magistrados e servidores em projetos como o processo judicial eletrônico, o cumprimento das metas estratégicas e a intensa e efetiva atuação do Conselho Superior da Justiça do Trabalho.

Defensor da conciliação como meio de solução dos conflitos trabalhistas, o doutor em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais, e mineiro de Pedro Leopoldo, Carlos Alberto Reis de Paula começou a carreira da magistratura como juiz do Trabalho da 3ª Região (MG), em 1979. Logo alçou o cargo de juiz-presidente de Juntas de Conciliação – atuais Varas do Trabalho –, a partir de 1980, sendo promovido por merecimento ao TRT em 1993. Em 1998, Carlos Alberto foi nomeado para o TST.

No TST, presidiu as Terceira e Oitava Turmas, foi diretor da Enamat (Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Traba-

lho), integrou o Conselho Superior da Justiça do Trabalho e de 2009 a 2011 foi corregedor-geral da Justiça do Trabalho.

Licenciado em Filosofia, professor universitário, autor de livros e artigos diversos, o ministro Carlos Alberto é conselheiro do CNJ (Conselho Nacional de Justiça) desde agosto de 2011, onde preside a Comissão de Gestão Estratégica, Estatística e Orçamento. De caráter permanente, a Comissão analisa o funcionamento das várias instâncias do Poder Judiciário, sendo responsável ainda pela pesquisa Justiça em Números e o orçamento dos projetos estratégicos, além de fomentar a troca de experiências entre os Tribunais.

As atividades no Conselho permitiram ao magistrado uma visão ampla da relação entre a sociedade e a Justiça. Para ele, o volume de processos em tramitação na Justiça brasileira – mais de 90 milhões – revela que a sociedade confia no Poder Judiciário. Mas Carlos Alberto acredita que a judicialização não deve ser o único meio para se buscar a solução de litígios, e que a conciliação é uma das opções. “Temos de trabalhar para que o cidadão descubra que ele mesmo é capaz de encontrar caminhos para os conflitos que surjam”.

Antonio José de Barros Levenhagen, mineiro de Baependi, iniciou a carreira da magistratura trabalhista em São Paulo, em 1980. Nomeado por merecimento ao TRT de Campinas em 1993, chegou ao TST seis anos depois, onde presidiu a Quarta Turma e integrou o Conselho Superior da Justiça do Trabalho.

Ex-promotor de justiça e juiz de direito, foi também professor universitário, colaborador em obras jurídicas coletivas e articulista em revistas especializadas em Direito. Mas a carreira acadêmica, que lhe rendeu títulos de especialização em Direito do Trabalho, Direito Processual Civil e Processual do Trabalho, foi deixada para se dedicar integralmente ao julgamento de processos. Apesar de deixar os bancos da Academia, a paixão pela doutrina o levou a dirigir a Escola da Magistratura da 15ª Região (Campinas) e a Enamat, já no TST, entre 2009 e 2011.

Ives Gandra Martins Filho, nascido em São Paulo, professor e mestre em Direito pela Universidade de Brasília (UnB), chegou ao TST em 1999, pelo quinto constitucional. Foi Conselheiro do CNJ e do Conselho Superior da Justiça do Trabalho e assessor especial da Casa Civil da Presidência da República.

No TST, é presidente da Sétima Turma e da Comissão de Jurisprudência e Precedentes Normativos, além de professor da Enamat. Coordena as Revistas LTr e LexMagister de Direito do Trabalho, e é membro da Academia Nacional de Direito do Trabalho e da Academia Paulista de Magistrados.