

**TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 10ª REGIÃO**

**REVISTA DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 10ª REGIÃO**

- ARTIGOS
- SENTENÇAS
- EMENTÁRIO DE JURISPRUDÊNCIA

**EDIÇÃO ESPECIAL**

**Volume 15/18  
Número 15/18  
2006 a 2009**

**BRASÍLIA  
Janeiro/2011**

## **CONSELHO EDITORIAL NORMATIVO DA REVISTA**

- Desembargador **Ricardo Alencar Machado** (Presidente)
- Desembargadora **Elaine Machado Vasconcelos Nienczewski** (Vice-Presidente)
- Desembargadora **Flávia Simões Falcão** (Coordenadora da Escola Judicial)
- Desembargador **Mário Macedo Fernandes Caron** (Vice-Coordenador da Escola Judicial)
- Desembargador **André Rodrigues Pereira da Veiga Damasceno** (Vice-Coordenador da Escola Judicial)
- Juíza **Cilene Ferreira Amaro Santos**
- Juiz **Antônio Umberto de Souza Júnior** (Vice-Coordenador da Escola Judicial)
- Juiz **Márcio Roberto Andrade Brito**
- Juiz **Rogério Neiva Pinheiro**

## **APOIO**

Diretoria Técnica da Escola Judicial  
Núcleo de Pesquisa e Documentação  
Biblioteca Desembargador Fernando Américo Veiga Damasceno

## **CAPA**

Ricardo Bermudez  
Coordenadoria de Comunicação Social e Cerimonial

## **TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 10ª REGIÃO**

Setor de Autarquias Sul – Praça dos Tribunais Superiores – Q. 1 Bloco D, Ed. Sede  
CEP 70097-900

Brasília – Distrito Federal

Telefones: (61) 3348-1223 / (61) 3348-1166

Fax: (61) 3348-1468

Internet: [www.trt10.jus.br](http://www.trt10.jus.br), portal da Escola Judicial

e-mail: [escola.judicial@trt10.jus.br](mailto:escola.judicial@trt10.jus.br)

**COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL  
REGIONAL  
DO TRABALHO DA 10ª REGIÃO**

**TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 10ª REGIÃO  
COMPOSIÇÃO**

**Presidente e Corregedor:**

Desembargador Ricardo Alencar Machado

**Vice-Presidente:**

Desembargadora Elaine Machado Vasconcelos Nienzewski

**Desembargadores:**

Desembargadora Heloisa Pinto Marques  
Desembargador Braz Henriques de Oliveira  
Desembargador João Amílcar Silva e Souza Pavan  
Desembargadora Flávia Simões Falcão  
Desembargador Mário Macedo Fernandes Caron  
Desembargador André Rodrigues Pereira da Veiga Damasceno  
Desembargadora Maria Piedade Bueno Teixeira  
Desembargador Pedro Luís Vicentin Foltran  
Desembargadora Maria Regina Machado Guimarães  
Desembargadora Márcia Mazoni Cúrcio Ribeiro  
Desembargador Douglas Alencar Rodrigues  
Desembargador Brasilino Santos Ramos  
Desembargador Alexandre Nery Rodrigues de Oliveira  
Desembargador José Ribamar Oliveira Lima Júnior

## VARAS DO TRABALHO DO DISTRITO FEDERAL

### Varas do Trabalho de Brasília-DF

Endereço: SEPN - Q. 513 – Bloco B – lotes 2/3

CEP: 70760-522

#### Titulares

1ª Vara do Trabalho de Brasília/DF	Juiz Mauro Santos de Oliveira Goes
2ª Vara do Trabalho de Brasília/DF	Juíza Odélia França Noletto
3ª Vara do Trabalho de Brasília/DF	Juiz Francisco Luciano de Azevedo Frota
4ª Vara do Trabalho de Brasília/DF	Juiz Denilson Bandeira Coelho
5ª Vara do Trabalho de Brasília/DF	Juíza Elisângela Smolareck
6ª Vara do Trabalho de Brasília/DF	Juiz Antonio Umberto de Souza Júnior
7ª Vara do Trabalho de Brasília/DF	Juiz Oswaldo Florencio Neme Júnior
8ª Vara do Trabalho de Brasília/DF	Juiz Urgel Ribeiro Pereira Lopes
9ª Vara do Trabalho de Brasília/DF	Juiz Fernando Gabriele Bernardes
10ª Vara do Trabalho de Brasília/DF	Juíza Sandra Nara Bernardo Silva
11ª Vara do Trabalho de Brasília/DF	Juiz Gilberto Augusto Leitão Martins
12ª Vara do Trabalho de Brasília/DF	Juíz Carlos Alberto Oliveira Senna
13ª Vara do Trabalho de Brasília/DF	Juiz José Leone Cordeiro Leite
14ª Vara do Trabalho de Brasília/DF	Juíza Cilene Ferreira Amaro Santos
15ª Vara do Trabalho de Brasília/DF	Juiz Augusto César Alves de Souza Barreto
16ª Vara do Trabalho de Brasília/DF	Juiz Luiz Fausto Marinho de Medeiros
17ª Vara do Trabalho de Brasília/DF	Juiz Paulo Henrique Blair de Oliveira
18ª Vara do Trabalho de Brasília/DF	Juiz João Luís Rocha Sampaio
19ª Vara do Trabalho de Brasília/DF	Juiz Grijalbo Fernandes Coutinho
20ª Vara do Trabalho de Brasília/DF	Juíza Marli Lopes da Costa de Góes Nogueira
21ª Vara do Trabalho de Brasília/DF	Juíza Elke Doris Just

### Varas do Trabalho de Taguatinga-DF

Endereço: QSB 01 - Lote 20 - Taguatinga Sul

CEP: 72015-510

#### Titulares

<b>1ª Vara do Trabalho de Taguatinga-DF</b>	Juíza Ana Beatriz do Amaral Cid Ornelas
<b>2ª Vara do Trabalho de Taguatinga-DF</b>	Juíza Elaine Mary Rossi de Oliveira
<b>3ª Vara do Trabalho de Taguatinga-DF</b>	Juíza Luciana Maria do Rosário Pires

### Vara do Trabalho do Gama -DF

Endereço: Quadra 2, Conjunto A, Lote 20 - Setor Sul

CEP: 72415-101

#### Titular

Juiz Luiz Henrique Marques da Rocha

## **VARAS DO TRABALHO DO TOCANTINS**

### **Varas do Trabalho de Palmas-TO**

Endereço: 302 Norte, Conj. QI 12, Alameda 2, lote 1A  
CEP: 77006-338

Titulares

**1ª Vara do Trabalho de Palmas-TO** Juiz Alexandre de Azevedo Silva  
**2ª Vara do Trabalho de Palmas-TO** Juiz Francisco Rodrigues de Barros

### **Varas do Trabalho de Araguaína-TO**

Endereço: Av. Tocantins, 1.164, Centro  
CEP: 77803-120

Titulares

**1ª Vara do Trabalho de Araguaína -TO** Juíza Júnia Marise Lana da Silva  
**2ª Vara do Trabalho de Araguaína -TO** Juíza Noemia Aparecida Garcia Porto

### **Vara do Trabalho de Gurupi-TO**

Endereço : Rua Presidente Castelo Branco, 1.363 (antiga rua 3), Centro  
CEP: 77.405-090

Titular

Juiz Erasmo Messias de Moura Fé

### **Vara do Trabalho de Guaraí -TO**

Endereço: Av. J1, 1400 - Esquina com Av. Goiás  
CEP: 77.700-000

Titular

Juiz Rubens Curado Silveira

### **Vara do Trabalho de Dianópolis -TO**

Endereço: Praça da Capelinha, 621 - Quadra 57 - Lote 1 Setor Novo Horizonte  
CEP: 77300-000

Titular

Juiz Márcio Roberto Andrade Brito

## JUIZES DO TRABALHO SUBSTITUTOS

Solange Barbuscia de Cerqueira Godoy  
Rosarita Machado de Barros Caron  
Sílvia Mariózi dos Santos  
Tamara Gil Alves Portugal  
Flávia Fragale Martins Pepino  
Naiana Carapeba Nery de Oliveira  
Larissa Lizita Lobo Silveira  
Idália Rosa da Silva  
Eliana Pedroso Vitelli  
Mônica Ramos Emery  
Patrícia Soares Simões de Barros  
Rubens de Azevedo Marques Corbo  
Martha Franco de Azevedo  
Jonathan Quintão Jacob  
Reinaldo Martini  
Patrícia Germano Pacífico  
Débora Heringer Megiorin  
Rogério Neiva Pinheiro  
Solyamar Dayse Neiva Soares  
Érica de Oliveira Angoti  
Patrícia Birchal Becattini  
Rossifran Trindade Souza  
Cristiano Siqueira de Abreu e Lima  
José Gervásio Abrão Meireles  
João Batista Cruz de Almeida  
Thais Bernardes Camilo Rocha  
Acélio Ricardo Vales Leite  
Suzidarly Ribeiro Teixeira Fernandes  
Marcos Alberto dos Reis  
Nara Cinda Alvarez Borges  
Maria Socorro de Souza Lobo  
Raquel Gonçalves Maynarde  
Osvani Soares Dias  
Raul Gualberto Fernandes Kasper de Amorim  
Claudinei da Silva Campos  
Audrey Choucair Vaz  
Maurício Westin Costa  
Rejane Maria Wagnitz  
Daniel Izidoro Calabro Queiroga  
Adriana Zveiter  
Carlos Augusto de Lima Nobre  
Laura Ramos Morais  
Leador Machado  
Vilmar Rêgo Oliveira  
Tarcila de Sá Sepúlveda Araújo  
Vanessa Reis Brisolla

## **JUIZES DO TRABALHO SUBSTITUTOS (cont.)**

Natália Queiroz Cabral Rodrigues

Almiro Aldino de Sáteles Júnior

Gustavo Carvalho Chehab

Larissa Leônia Bezerra de Andrade Albuquerque

Rafael de Souza Carneiro

## PROCURADORIA REGIONAL DO TRABALHO DA 10ª REGIÃO

### **Procuradora-Chefe**

Dra. Daniela de Moraes do Monte Varandas

### **Procurador-Chefe Substituto**

Dr. Luís Paulo Villafañe Gomes Santos

## **PROCURADORES REGIONAIS DO TRABALHO**

Dra. Marcia Raphanelli de Brito  
Dr. Eneas Bazzo Torres  
Dra. Eliane Araque dos Santos  
Dr. Antonio Luiz Teixeira Mendes  
Dra. Adriane Reis de Araújo  
Dra. Cristina Soares de Oliveira e Almeida Nobre  
Dra. Hilda Leopoldina Pinheiro Barreto Furtado  
Dr. Maurício Correia de Mello  
Dr. Ricardo José Macedo de Britto Pereira

## **PROCURADORES DO TRABALHO**

Dr. Cristiano Otávio Paixão Araujo Pinto  
Dra. Soraya Tabet Souto Maior  
Dr. Adélio Justino Lucas  
Dra. Adriana Silveira Machado  
Dr. Valdir Pereira da Silva  
Dra. Mônica de Macedo Guedes Lemos Ferreira  
Dra. Daniela de Moraes do Monte Varandas  
Dr. Fábio Leal Cardoso  
Dra. Ana Cristina Desirée Barreto Fonseca Tostes Ribeiro  
Dr. Joaquim Rodrigues Nascimento  
Dr. Alessandro Santos de Miranda  
Dr. Erlan José Peixoto do Prado  
Dra. Ludmila Reis Brito Lopes  
Dr. Sebastião Vieira Caixeta  
Dra. Valesca de Moraes do Monte  
Dra. Marici Coelho de Barros Pereira  
Dra. Ana Cláudia Rodrigues Bandeira Monteiro  
Dra. Daniela Costa Marques  
Dra. Carlos Eduardo Carvalho Brisolla  
Dra. Dinamar Cely Hoffmann  
Dra. Paula de Ávila e Silva Porto Nunes  
Dra. Mayla Mey Friedriszik Octaviano Alberti  
Dra. Lílian Vilar Dantas  
Dr. Alexandre Marin Ragagnin  
Dra. Flávia Borneo Funck  
Dra. Ana Raquel Souza Sampaio



# REVISTA DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 10ª REGIÃO

- ARTIGOS
- SENTENÇAS
- EMENTÁRIO DE JURISPRUDÊNCIA

**EDIÇÃO ESPECIAL**

V. 15/18 N. 15/18

Janeiro de 2006 a Dezembro de 2009

**BRASÍLIA**  
**Janeiro/2011**

ISSN – 0104-7027

Revista TRT 10º Região	Brasília	v. 15/18	n 15/18	p. 11-264	2006/2009
------------------------	----------	----------	---------	-----------	-----------

**Disponível em formato eletrônico no site: [www.trt10.jus.br](http://www.trt10.jus.br)**

Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região  
v.1, n.1, 1982/1983- . – Brasília : TRT 10ª Região, 1982/83 – .  
v. ; 22 cm.

Bienal: 1982/1987.

Anual: a partir de 1994.

ISSN 0104-7027

1. Direito do trabalho – periódicos. 2. Jurisprudência trabalhista.

CDD 342.6

# SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO.....	5
ARTIGOS	
<b>TÃO PERTO, TÃO LONGE:</b> <i>Paulo Henrique Blair de Oliveira</i> .....	11
<b>RITO SUMARÍSSIMO. HÁ VIRTUDE?</b> <i>Márcio Roberto Andrade Brito</i> .....	27
<b>SUBSÍDIOS E DIREITOS ADQUIRIDOS</b> <i>Sebastião Vieira Caixeta</i> .....	33
<b>UM OLHAR INVEJOSO DE UMA VELHA SENHORA</b> <i>Antonio Umberto de Souza Júnior</i> .....	49
<b>DECLARAÇÃO DE NULIDADE DE CLÁUSULA DE CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO - COMPETÊNCIA FUNCIONAL DO JUIZ DO TRABALHO DE PRIMEIRO GRAU</b> <i>Suzidarly Ribeiro Teixeira Fernandes</i> .....	75
<b>ORGANIZAÇÃO SINDICAL E O PODER-DEVER DO JUDICIÁRIO</b> <i>Elaine Machado Vasconcelos</i> .....	83
<b>O EMPREGADOR MAIS PRÓXIMO À JUSTIÇA</b> <i>Elaine Machado Vasconcelos</i> .....	85
<b>NEGOCIAÇÃO COLETIVA NO SERVIÇO PÚBLICO</b> <i>Arnaldo Boson Paes</i> .....	87
<b>POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DOS PRÓPRIOS AUTOS DA RECLAMAÇÃO TRABALHISTA EM CURSO PARA A EXECUÇÃO DO ADVOGADO QUE RETÉM INDEVIDAMENTE QUANTIAS RECEBIDAS EM NOME DO CLIENTE</b> <i>Erasmio Messias de Moura Fé</i> .....	89
<b>SUBORDINAÇÃO ESTRUTURAL, TERCEIRIZAÇÃO E RESPONSABILIDADE NO DIREITO DO TRABALHO</b> <i>Rinaldo Guedes Rapassi</i> .....	105
<b>CONVENÇÃO N1 158/OIT - DISPENSA ARBITRÁRIA</b> <i>Gilberto Augusto Leitão Martins</i> .....	111

<b>A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL TRABALHISTA E O COMPROMISSO COM OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS</b> <i>Noemia Porto</i> .....	115
<b>PROSTITUIÇÃO NO BRASIL E INCLUSÃO SOCIAL</b> <i>Márcio Roberto Andrade Brito</i> .....	125
<b>JURISDIÇÃO, CONCILIAÇÃO, CRIATIVIDADE E EVOLUÇÃO HUMANA</b> <i>Rogério Neiva Pinheiro</i> .....	137
<b>EXECUÇÃO TRABALHISTA E MULTA DO ART. 475-J DO CPC</b> <i>Fábio Sobral Martins e Rocha</i> .....	141
<b>DA ANOTAÇÃO OU RETIFICAÇÃO DA CARTEIRA DE TRABALHO E PREVIDÊNCIA SOCIAL EM VIRTUDE DE CONDENAÇÃO JUDICIAL E O DANO MORAL</b> <i>José Ernesto Manzi</i> .....	151
<b>A PROVA DA DISCRIMINAÇÃO POR MEIO DA ESTATÍSTICA</b> <i>Maurício Correia de Mello</i> .....	157
<b>O DISSÍDIO COLETIVO À LUZ DA EMENDA CONSTITUCIONAL 45/04</b> <i>Ives Gandra da Silva Martins Filho</i> .....	165
<b>A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 VINTE ANOS DEPOIS DO CHOQUE DE BRASILIDADE E O PROTÓTIPO DE MACUNAÍMA</b> <i>Tereza Aparecida Asta Gemignani</i> .....	171
<b>DIES A QUO PARA A INCIDÊNCIA DA TAXA SELIC E MULTA</b> <i>Tereza Aparecida Asta Gemignani</i> .....	193
<b>LAS GARANTÍAS DE LOS DERECHOS SOCIALES Y LABORALES Y LAS DIMENSIONES DE SU EFECTIVIDAD</b> <i>Fátima Regina de Saboya Salgado</i> <i>Márcio Roberto Andrade Brito</i> <i>Patrícia Heringer</i> <i>Rodolfo Mário Veiga Pamplona Filho</i> .....	205
<b>A QUANTIFICAÇÃO DOS DANOS MORAIS COMO EXEMPLO DA TENSÃO ENTRE DIREITO E JUSTIÇA</b> <i>Paulo Henrique Blair de Oliveira</i> .....	217
<b>ENTRE A INDISPONIBILIDADE E A NEGOCIAÇÃO</b> <i>Cristiano Paixão</i> <i>Ricardo Lourenço Filho</i> .....	229
<b>ENTRE O GLOBAL E O LOCAL</b> <i>Noemia Porto</i> .....	243

## **APRESENTAÇÃO**

É com satisfação que faço chegar às mãos de todos o exemplar nº 15/18 da Revista do Tribunal Regional do Trabalho.

A Coordenação da Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região retoma, com este número, um valioso espaço para tornar públicas as produções intelectuais de magistrados e servidores.

Assim, feliz com o resultado, apresento a edição de 2010, que traz artigos dos anos de 2006 a 2009.

Agradeço, especialmente, ao Juiz Antonio Umberto de Souza Júnior que compilou e selecionou as matérias publicadas nesta edição dentre aquelas publicadas nos Cadernos Jurídicos e, também, dentre as que estavam à disposição da Escola para consulta.

Agradeço, também, aos autores dos artigos que enriquecem a Edição de 2010 e, ainda aos que prestigiam as publicações da Escola.

Flávia Simões Falcão

Desembargadora Coordenadora da Escola Judicial



# ❖ ARTIGOS ❖

---



**2006**



## TÃO PERTO, TÃO LONGE: tempo, memória e a idéia de *chain of law*

Paulo Henrique Blair de Oliveira<sup>1</sup>

*La hermenéutica filosófica desarrollada por Gadamer y la cuestión de las condiciones históricas - por qué necesitamos comprender permanentemente si queremos vivir - están entrelazadas. Por eso, la hermenéutica de Gadamer tiene que ver con lo que la ciencia histórica reclama para sí misma en cuanto Histórica: esto es, tematizar las condiciones de posibilidad de historias, es decir, considerar las aporías de la finitud del hombre en su temporalidad.*

Reinhart Koselleck

*Das épocas que nos precederam, só podemos falar, portanto, a partir de testemunhas. Estamos, em relação a elas, na mesma situação de um juiz de instrução que procura reconstruir um crime a que não assistiu..*

Marc Bloch

### 1 - Introdução: há uma dimensão temporal na proposta hermenêutica do *chain of law*.

Já no prefácio de sua obra "O Império do Direito", RONALD DWORKIN propõe a seguinte questão: em que condição alguém se submeteria, legitimamente, à condição de "súdito" de um império cujos comandos são enunciados de forma abstrata? Mesmo naquelas linhas iniciais, ele se volta à necessidade de que tais comandos sejam reconstruídos de forma narrativa e argumentativa, na qual sejam visíveis as dimensões conflitantes presentes em sua formação e em sua aplicação.<sup>2</sup> Quanto à conexão existente nestes dois âmbitos de observação da norma (sua enunciação abstrata e sua incidência concreta), esta reconstrução vai se deparar com o debate sobre a existência de um "intuito originário" na edição das normas *versus* a possibilidade de que elas sejam recriadas no processo aplicativo. Ou, em termos mais simples: se o aplicador do direito "aclara" o sentido de uma norma abstrata ou se ele "adiciona" novos sentidos à norma.

Porém, DWORKIN enfrenta esta questão em um novo patamar: ele aponta que estas correntes de pensamento (mais comumente identificadas, respectivamente, como "originalistas" e "ativistas") em verdade não abrigam uma divergência teórica. Antes, ambas pressupõem que o Direito é uma simples questão de fato, e divergem somente em um ponto de vista de sua aplicação política. DWORKIN contudo deseja problematizar as condições nas quais surgem diferenças entre os sentidos atribuíveis ao direito, isto é, ele indaga sobre como normas jurídicas, sendo texto, são submetidas a um processo de compreensão. Assim, confessadamente DWORKIN aborda o problema pela via da hermenêutica, na qual o processo de compreensão de um texto sempre tematiza a reconexão de sentidos entre o leitor e o próprio texto - isto é, a relação dialógica na qual o intérprete contextualiza o que se acha posto para sua análise e reconstrói sentidos.<sup>3</sup>

A legitimidade desta reconstrução põe diante do intérprete a pergunta quanto à

<sup>1</sup> Mestrando - matrícula 2005/56947

<sup>2</sup> DWORKIN, 1999, XI.

<sup>3</sup> DWORKIN, 1999, p. 11 e p. 21-22.

coerência de uma determinada interpretação, e esta dependerá da apreciação diacrônica do que já foi afirmado anteriormente sobre o sentido de uma norma, bem como da apreciação das possibilidades que uma nova interpretação daqui para frente. Por óbvio, este olhar reconstrutivo deve ser feito na perspectiva do presente, já que a coerência neste sentido requererá não tanto uma linearidade vertical, mas também uma apreciação horizontal de adequabilidade de uma interpretação ante um sistema de princípios.<sup>4</sup> Neste ponto da exposição já se pode ver, com clareza, que esta proposta vai articular a dimensão do tempo e os sentidos que esta dimensão podem assumir - passado e futuro articulados no presente.

A perspectiva de DWORKIN quanto ao tempo histórico, quando este último é posto perante o Direito - ou, melhor dizendo, quando o Direito é posto ante ele - descola por completo a discussão sobre a existência ou não de um "intuito original" daquele que edita a norma, e passa a tratar a dimensão temporal como uma arena na qual a coerência argumentativa testará a adequabilidade de uma interpretação. DWORKIN chamará este crivo diacrônico de *chain of law*<sup>5</sup>, uma expressão que, tomada da teoria da crítica literária, pode ser descrita como a compreensão das sucessivas decisões interpretativas no Direito como um romance "em cadeia", ainda que seus capítulos sejam escritos por autores distintos. Estes autores, a cada capítulo, tentarão manter fidelidade ao que seja o tema central deste romance, buscarão formular sentidos que guardem coerência com o que já fora escrito anteriormente e, simultaneamente, terão em mente as possibilidades que este novo capítulo abre no desenvolver futuro desta trama.<sup>6</sup> A interpretação cabível desta coerência poderá levar um determinado autor a, em certo ponto da obra, romper com a linha argumentativa que vinha sendo seguida até então, precisamente para que o foco no tema do romance seja mantido ou mesmo para que seja feita uma releitura de adequação dos pressupostos da narrativa à luz de um contexto presente que não era visível nos capítulos anteriores. E isto não representará a negação de validade do que fora narrado até então, precisamente porque a articulação de coerência proposta aqui não é resumida a uma linearidade cronológica, mas a uma sucessiva articulação de sentidos.<sup>7</sup>

Mesmo que exposta de forma tão sucinta - na qual não foram consideradas as implicações extensas que DWORKIN faz sobre os níveis argumentativos que podem decorrer desta proposta, e das objeções a ela (particularmente ao subjetivismo da qual ela é acusada e as dúvidas que são trazidas em uma crítica cética)<sup>8</sup> - é possível notar que a idéia de *chain of law* tematiza a relação entre o tempo e as condições da interpretação. O objeto do presente texto é, à vista desta articulação, apresentar algumas das indagações nascidas de um debate entre a hermenêutica e a historiografia contemporânea - em especial parte do que foi objeto do debate entre HANS-GEORG GADAMER e REINHART KOSELLECK e, em seguida, pensar a dimensão social do tempo histórico e confrontar a hermenêutica com as condições de ativação da memória do intérprete. A meta final é apenas detalhar, pela via do diálogo com a historiografia, os limites da pretensão do intérprete ante a idéia de *chain of law*.

---

<sup>4</sup> idem, ibidem, p. 273.

<sup>5</sup> Preferiu-se não traduzir a expressão *chain of law*, porquanto a tradução mais aproximada para a língua portuguesa (um "romance em cadeia") não expressa, de modo adequado, os vínculos associativos entre uma categoria crítico-literária e uma categoria jurídico-hermenêutica.

<sup>6</sup> DWORKIN, p. 275-277.

<sup>7</sup> idem, ibidem, p. 279 e p. 287.

<sup>8</sup> Para uma análise mais detalhada do tema, e que escapa aos limites e aos objetivos deste texto, cf. DWORKIN, 1999, p. 287-331 e ainda DWORKIN, 1996, p. 2-6 e 9-18.

## 2 - A relação entre hermenêutica e história: algumas questões surgidas no debate GADAMER-KOSELLECK.

O sentido do debate GADAMER-KOSELLECK só pode ser adequadamente reconstruído quando se tem em mente que tanto filosofia hermenêutica, campo de investigação de GADAMER, quanto história (em particular a história feita sob o paradigma conceitual de KOSELLECK) versam sobre a compreensão de sentidos dados ao mundo na experiência humana. Até porque, depois de ultrapassada a abordagem hegeliana quanto a um "devir" histórico marcado por uma causalidade fixa, a experiência histórica pode ser abordada através de uma pragmática discursiva, isto é, de usos semânticos em uma perspectiva diacrônica. A significação destes usos é, por sua vez, o objeto da filosofia hermenêutica, e nisto são estabelecidos pontos de contato entre ela e o paradigma de investigação histórico.<sup>9</sup>

A pretensão inicial de GADAMER nesta relação é bastante assimiladora: ele propõe ver a histórica como uma narrativa hermenêutica, já que a compreensão do mundo é mediada pela linguagem, e toda a tematização de sentidos que se possa fazer requererá o uso de mais linguagem, em uma complexidade hermenêutica progressiva e inevitável, e assim história conceitual e filosofia são ambas narrativas que se reportam a tradições formadoras de pré-concepções, as quais são visíveis apenas em uma análise das práticas sócio-discursivas.<sup>10</sup> O que KOSELLECK traz como objeção é, contudo, a noção de que faltaria à hermenêutica filosófica articular esta multiplicidade de sentidos em uma perspectiva diacrônica, na qual racionalidades distintas ou inclinações diversas para o uso de determinados sentidos no discurso social sejam observáveis.<sup>11</sup> E esta já é uma objeção de grande importância à hermenêutica dworkiniana do Direito, à medida que a idéia de *chain of law* tem a pretensão clara, como visto acima, de formular exigências temporais às condições interpretativas. Se a modernidade não apenas se põe como uma nova visão no tempo, mas como uma nova visão *do* tempo, em que o futuro não é mais a repetição do passado, mas há nele um horizonte em aberto, está também aberta a necessidade de que uma reconstrução de sentidos dados no passado a um determinado texto seja investigada pelos indícios "detectáveis" que estes sentidos deixaram ao longo de sua utilização. Assim, história não se confunde com hermenêutica, e nem pode ser reduzida a ela<sup>12</sup>, já que, na afirmação de KOSELLECK, embora ambas reclamem a reconstrução de narrativas textuais, a história opera além dos limites da hermenêutica ao indagar das possibilidades de que tais relatos sejam reconstruídos. De outra parte, é quase curial dizer que, ao menos hipoteticamente, um texto corre sempre o risco de ser interpretado para além dos limites historiográficos.<sup>13</sup>

Logo, se a idéia de uma *chain of law* não lida diretamente com a historiografia, tal como lida com a hermenêutica, deverá ao menos ser operada tendo-se em vista os limites historiográficos da compreensão. Se a superação do modelo hegeliano de uma filosofia da história pode ser feita através de um paradigma conceitual da história, que atue como uma "antifenomenologia do espírito" na história, a reconstrução de mentalidades deverá sempre observar que, tal como as estruturas sociais, estas mentalidades não estão disponíveis para além

<sup>9</sup> KOSELLECK;GADAMER, 1987, p. 9-10.

<sup>10</sup> idem, ibidem, p. 18-20.

<sup>11</sup> KOSELLECK;GADAMER, 1987, p. 14.

<sup>12</sup> idem, ibidem, p. 23 e p. 28-29.

<sup>13</sup> idem, ibidem, p. 68-70 e p. 93. Aliás, estas são razões que levam o historiador a problematizar as suas fontes de modo muito mais agudo que juristas ou filólogos, cf p. 91.

da fidelidade a seus contextos.<sup>14</sup> É por esta razão que KOSELLECK vai observar, retomando as raízes da hermenêutica gadameriana, que mesmo que o ser-aí descrito por HEIDEGGER seja co-originário com o ser-no-mundo (isto é, mesmo que considerada a indissociabilidade entre inserção histórica e condições de compreensão do mundo da vida) apenas a historiografia pode revelar limites desta compreensão. O que KOSELLECK propõe, para tanto, é que a tensão nos sentidos da linguagem seja o guia no qual se procederá esta investigação, através de pares conceituais antitéticos que, vistos nas possibilidades de seus usos semânticos, tematizem a permanência e mudança de mentalidades, ainda que sobre tais mudanças se pretenda agora ver ou dizer aquilo que àquele tempo não poderia ser visto ou dito, já que os sentidos (ou mesmo as categorias formais) para esta análise ainda não existiam.<sup>15</sup> Mais uma vez regressando à idéia de *chain of law*, é necessário que o intérprete, na reconstrução que faz de sentidos passados, esteja alerta a esta tensão e a este limite - a semântica utilizada pelo aplicador do Direito no passado era, ela própria, resultado de um embate entre sentidos possíveis, mas estas possibilidades são vistas agora somente sob uma luz interpretativa que não se achava disponível então, ao menos de forma completa.

De outra parte, os argumentos de GADAMER quanto aos limites postos acima devem também ser tomados em conta. Ele reconhece que toda a aproximação hermenêutica, embora principie como um estranhamento do "outro", vai buscar anular esta distância<sup>16</sup>. Esta abertura para o "outro" é, aliás, condição necessária, do ponto de vista de GADAMER, para a visibilidade dos próprios limites do intérprete<sup>17</sup>. Esta aproximação poderá ser sim temporal (uma "presentificação"), até porque a forma de a modernidade compreender o futuro (como "aberto") é também a forma como uma modernidade tardia adquire reflexividade<sup>18</sup>, ao ver na linguagem também esta mesma abertura.<sup>19</sup> Isto é, o discurso da modernidade sobre si mesma - e sobre a sua resignificação do passado - é simultaneamente aberto histórica e lingüisticamente, e a filosofia hermenêutica permite articular esta simultaneidade. Ainda que esta modernidade tardia pretenda bem menos da razão que invoca como seu fundamento - já que não é possível admitir que seres humanos historicamente inseridos exerçam "controle" da história - a precariedade desta razão histórica, no ver de GADAMER, não a desqualifica como razão. Em um diálogo interessante com NIETZSCHE, GADAMER vai apontar que o estranhamento da razão se faz pela própria razão, e, ao invés de reduzi-la ao mito, a melhor alternativa é posicionar esta precariedade da razão histórica - esta temporalidade - no centro da reflexão filosófica, retirando dela pretensões de saberes absolutos que "suspendam o passado" o que dele disponham ao seu bel-prazer.<sup>20</sup> Mais uma vez voltando esta reflexão para o objeto central do presente texto, este alerta gadameriano reforça a exigência de coerência em uma *chain of law*:

<sup>14</sup> KOSELLECK; GADAMER, p. 32 e p. 36.

<sup>15</sup> idem, ibidem, p. 77, p. 85-87 e p. 92.

<sup>16</sup> BREONE, 2000, p. 173.

<sup>17</sup> GADAMER, 2003, p. 14-15.

<sup>18</sup> É interessante notar que esta reflexividade, uma vez que pressupõe a idéia do "outro", não pode ser a objetivação do conhecimento. Portanto a tradição, no seu sentido gadameriano, não há de ser sempre confirmada hermenêuticamente. Ainda que ela não possa ser afastada dos elementos que são tematizados no processo de interpretação, a própria interpretação pode levar à dissolução, ruptura ou mudança da tradição ao ser resignificada a identidade a partir da observação e compreensão do "outro". Neste sentido, cf GADAMER, 2003, p. 12-13. O interesse particular desta colocação para o presente texto é que ele coincide com a afirmação de DWORKIN sobre a possibilidade de que a coerência exija não uma linearidade vertical para com a tradição, mas uma ruptura com ela, própria de um tempo que se percebe como "aberto" em suas possibilidades - cf nota 6.

<sup>19</sup> KOSELLECK; GADAMER, p. 106.

<sup>20</sup> GADAMER, 1995, p. 117-121.

uma reconstrução interpretativa dos sentidos de aplicação do Direito no passado não pode abrigar a pretensão de ser totalizante. Até mesmo porque a descoberta de um tempo variável (descoberta responsável pela reaproximação das ciências naturais com as ciências humanas) é contemporânea do início da reflexão sobre a inexistência de uma causalidade histórica que seja determinável para acima de qualquer dúvida razoável. Assim, processos de interação humana, mesmo vistos diacronicamente, são sempre multifacetados, complexos, desafiadores das tentativas epistemológicas de sistematização.<sup>21</sup>

Uma racionalidade mais "despretensiosa" ao serem reconstruídos os sentidos abrigados em aplicações passadas do Direito deve ter presente a noção de que, mesmo em um recorte limitado, não é possível esgotar as alternativas de interpretação. A interpretação de textos, jurídicos ou não, quando observada em uma perspectiva temporal, não pode ser tomada como uma totalidade, já que ela reinventa seus limites enquanto tais limites são superados. A um só tempo, ela tende a confirmar-se a si própria, porém só o pode fazer de modo paradoxal, já que inventa os critérios de sua confirmação à medida que os aplica.<sup>22</sup> Ao contrário do que uma impressão apressada sobre a proposta de DWORKIN possa parecer, a contribuição que ela contém não difere daquela dada pelas ciências do espírito na modernidade tardia: desvelar a inexistência de uma causalidade histórica e, assim, enveredar-se pela riqueza do que é humano, sem perder de vista os limites muito humanos desta trajetória.<sup>23</sup> Hermeneuticamente, o novo surge apenas através da mediação do antigo, e a única universalidade possível neste processo é a observação de que ambos - novo e antigo - são expressões lingüísticas de sentido. Não é possível, pois, determinar se a tradição será confirmada ou rompida. Mas, num ou noutro caso, o novo não perde o distanciamento temporal do antigo que ele confirma.<sup>24</sup> Ou, dito de outro modo: mesmo a confirmação da tradição a ressignifica.

Estas considerações levam, de pronto, à pergunta sobre a viabilidade de um acesso ao passado e a uma consciência histórica. A primeira parte da questão (a construção de um sentido social do tempo e o acesso ao passado) será enfrentada no tópico seguinte deste texto. Por ora, e como complemento do argumento gadameriano às objeções da historiografia contemporânea, fica-se com a análise dos limites do acesso a uma consciência histórica.

Na afirmação de GADAMER, os modernos são caracterizados por uma consciência histórica precisamente na dimensão reflexiva já dita acima: na modernidade se pode pensar a própria modernidade, o que, é claro, requer tanto a possibilidade de tematizar a tradição, como a possibilidade de um dissenso nesta tematização. Em última análise, portanto, tudo o que a história pode narrar acha-se aberto à interpretação na modernidade.<sup>25</sup> As narrativas históricas são causadoras de uma estranheza inicial própria de todo o processo hermenêutico, e, nesta medida, a interpretação destas narrativas não apenas propõe questões para a filosofia, mas também de filosofia. Isto é precisamente o que torna a dimensão histórica, narrada de forma reflexiva, infensa a um determinismo metodológico -seja qual for o método eleito para a sua análise - sem que, de outra parte, a historiografia deva abrir mão de pretensões de validade científica. Apenas estas pretensões são circunscritas à idéia de que as narrativas históricas não são gerais ou totais, mas sempre compreensões de uma singularidade ou descrevem, de modo

<sup>21</sup> idem, ibidem, p. 153 e p. 156-157.

<sup>22</sup> idem, ibidem, p. 159.

<sup>23</sup> GADAMER, 1995, p. 170.

<sup>24</sup> GADAMER, 2003, p. 15.

<sup>25</sup> idem, ibidem, p. 17-19.

parcial também, algumas das inter-relações que possam ser vistas nestas singularidades.<sup>26</sup> Em uma *chain of law*, portanto, convivem a reflexão quanto a uma singularidade traçada em meio a uma tradição e uma descrição parcial e precária das inter-relações de sentido que se estabeleceram na aplicação diacrônica do Direito a esta singularidade; sem que tal precariedade retire desta reconstrução a sua validade. MÁRIO BRETONÉ vai afirmar, aliás, que é necessária a reconstrução dos "fios invisíveis" que pendem entre o Direito e seu passado, de tal forma que se conheça a tradição ainda que para renegá-la, já que ela mesma, hermeneuticamente, é objeto de interpretação.<sup>27</sup>

Em verdade GADAMER aponta para o fato de que uma busca de sentido total para a narrativa histórica é tributária de um cartesianismo latente que ele observa mesmo em hermeneutas com WILHELM DILTHEY. O estabelecimento de uma tentativa de compreensão do texto em si resulta, para GADAMER, em um esforço a-histórico que, neste sentido, não difere da presentificação operada em uma perspectiva hermenêutica romântica, na qual leitor e texto são tratados como contemporâneos por definição.<sup>28</sup> A interpretação que leva em conta a inserção histórica pode ser resgatada, portanto, apenas na perspectiva de sua reinserção em um mundo da vida em que atos intencionais humanos - ainda que não estabelecadores de um vínculo de causalidade - fazem da compreensão um verdadeiro "modo de vida". Neste modo de viver, segundo a análise que GADAMER toma de HEIDEGGER, compreender algo, em sua extensão, é tomá-lo para si, em um padrão intrincado que envolve a invocação e o esquecimento de experiências, bem como a abertura de novas expectativas.<sup>29</sup> Segundo BRETONÉ, o giro hermenêutico gadameriano retira o objeto histórico de diante do historiador e põe este último a transitar juntamente com este objeto no curso do processo de compreensão, de sorte que compreender a história agora não será distinto de aplicá-la lingüisticamente ao presente.<sup>30</sup>

Neste ponto, é possível conectar o acesso a uma consciência histórica às questões sobre a definição social de um sentido de tempo e o acesso ao passado neste tempo, bem como as condições de rememoração deste conjunto de experiências. Estas questões são, sem dúvida, críticas para que se possa refletir quanto aos limites de uma *chain of law*.

### **3 - Para pensar a dimensão temporal: O passado acha-se disponível? Tempo ou tempos?**

Embora já se tenha feito referência nos parágrafos anteriores a uma aproximação das ciências naturais com as ciências do espírito, a partir da constatação de que mesmo o tempo pode ser definido em função os referenciais do observador, um paradigma historiográfico anterior, lidando com a limitação decorrente de que uma narrativa histórica é marcada por um recorte subjetivo não justificável de antemão, insistia na idéia de uma "mecânica funcional histórica" que buscava extirpar os elementos "não controláveis" da análise histórica e que, quando não poderia atingir este objetivo, renunciava a toda pretensão de validade científica da história e equiparava a sua narrativa à literatura.<sup>31</sup> A diminuição das pretensões impostas à narrativa histórica, porém, viabilizou que nada se imponha à análise histórica senão a investigação em si. Se o objeto da história pode ser ele todo reconduzido à atividade humana, a natureza múltipla e contraditória dos atos humanos - e mesmo a inexistência de uma necessária

<sup>26</sup> idem, ibidem, p. 20 e p. 22-23.

<sup>27</sup> BRETONÉ, 2000, p. 132, p. 170 e p. 179.

<sup>28</sup> idem, ibidem, p. 34 e p. 36-37.

<sup>29</sup> idem, ibidem, p. 39, p. 41 e p. 43.

<sup>30</sup> idem, ibidem, p. 171-172.

<sup>31</sup> BLOCH, 1976, p. 18 e p. 20.

conexão entre intenções e resultados - o passado não é um objeto disponível para apropriação. Ele apenas pode ser reconstruído (e parcialmente) a partir do presente, em que o sentido da tensão entre permanência e mudança não pode ser confundido com uma relação de nexos causal.<sup>32</sup> O historiador vai buscar compreender mudanças sem reduzi-las a uma relação de causalidade, e sem reduzir o passado a uma categoria do presente<sup>33</sup>, e isto já indica que a interpretação do Direito segundo uma *chain of law* não pode pretender a ratificação de um ponto de chegada já pré-definido pelo intérprete<sup>34</sup>, e nem estabelecer uma cadeia que vincule necessariamente uma decisão a outra que lhe precedeu. Embora estas decisões possam ter participado de uma circulação de sentidos na perspectiva diacrônica, o Direito manteve-se contingente a cada ato de aplicação. Ou, em outras palavras, não houve decisões que "necessariamente" tivessem um ou outro conteúdo como resultante daquelas que lhes precederam.

Se o conteúdo de sentido histórico produzido no passado não está disponível para uma apropriação subjetiva do intérprete, mesmo a sua dimensão factual não pode ser acessada a partir do presente sob a forma de indícios ou vestígios.<sup>35</sup> Eis aqui mais um ponto de contato importante entre o processo hermenêutico e o histórico: tais vestígios assumem a forma de comunicação (texto) e, sendo mediados pela linguagem (qualquer que seja ela), os silêncios e pausas comunicativas são tão ou mais relevantes ao processo de compreensão do que o que se acha expresso. Assim, ao dirigir seus olhos para um passado de decisões interpretativas no Direito, o aplicador deverá ter em vista não apenas a impossibilidade de um acesso direto a este passado, mas também a idéia de que a comunicação de sentidos, estabelecida nos textos de atos aplicativos anteriores, opera lingüisticamente - isto é, produz comunicação operando tanto a palavra como o silêncio; ainda que não se possa (é importante lembrar) atribuir uma natureza ou um papel causal a este silêncio.

Agora ainda resta abordar as questões sobre a acessibilidade ao passado por dois outros ângulos: uma articulação hermenêutica do tempo histórico e uma articulação social dele. Ambas têm em comum a constatação de que um tempo cronologicamente medido é apenas um referencial auxiliar de datação no processo histórico<sup>36</sup>, mas tal processo deve ser compreendido para além desta simples datação. Por este motivo, ainda que mediante caminhos distintos, ambas as concepções historiográficas tocarão diretamente os limites da reconstrução do passado e as pretensões cabíveis na projeção de um futuro.

Chamo a primeira de articulação de hermenêutica porquanto ela, na formulação que lhe dá KOSELLECK, fica apoiada em categorias interpretativas postas em tensão em uma perspectiva nitidamente interpretativa<sup>37</sup>. Ao trabalhar com a trajetória dos sentidos como "fio condutor" de indícios para o desvelamento de mentalidades ao longo da história - produzindo uma história conceitual - KOSELLECK observa que o tempo histórico pode ser visto como o enfrentamento de um espaço de experiências confrontado com um horizonte de expectativas. Se é certo que este espaço de experiências representa um acúmulo até mesmo geracional do

<sup>32</sup> idem, ibidem, p. 26, p. 30-31 e p. 43.

<sup>33</sup> idem, ibidem, p. 44-45.

<sup>34</sup> Em paralelo com a investigação histórica, é interessante notar que BLOCH (1976, p. 60-61) define um pressuposto historiográfico relevante: uma investigação histórica deve selecionar de antemão as perguntas que formulará para si, porém não as respostas.

<sup>35</sup> idem, ibidem, p. 47 e p. 52.

<sup>36</sup> cf. KOSELLECK, 1993, p. 13-14 e BRAUDEL, 1992, p. 21-22.

<sup>37</sup> KOSELLECK, 1993, p. 334-335.

passado (aproximando-se, em boa medida, da tradição no sentido gadameriano<sup>38</sup>), não é menos certo que este acúmulo somente pode ser ressignificado no presente mediante uma avaliação semântica feita "ex post", através de categorias formais e de conceitos não disponíveis no passado. Neste sentido, não é possível uma datação cronológica específica da experiência, já que ela funde momentos distintos e mesmo dados não racionalizados, "saltando" por entre tempos cronológicos variados de forma descontínua.<sup>39</sup>

Neste ponto da análise é importante, para o objeto do presente texto, articular o conceito deste espaço de experiência com uma outra observação também feita por KOSELLECK: a constatação de ser inadequado o intuito de fazer da história - na perspectiva de sua análise do passado - uma mestra da vida (*magistra vitae*). Com efeito, o argumento prático de que a história nos desoneraria da necessidade de cometimento de erros já praticados no passado ignora que o espaço de experiências do passado não é puramente factual, mas está sujeito a um processo interpretativo em que os fatos se fundem à conexão de sentidos atribuídos às ações humanas.<sup>40</sup> Não que seja impossível falar da validade de uma análise histórica - até porque a afirmação de que nada se pode aprender com ela somente poderia ser feita, paradoxalmente, invocando-se também uma "certeza histórica"<sup>41</sup> - mas não se pode pretender que a história cumpra, na perspectiva de um resgate do passado, o papel de "tribunal da humanidade". Ela pode, isto sim, servir à tematização de um complexo de trajetórias humanas, nas quais a intencionalidade e o não intencional se entrecruzam de modo não programado e nem programável, tornando impossível pensar-se em uma ciência histórico-pragmática.<sup>42</sup>

Portanto, em uma *chain of law* a reconstrução das experiências aplicativas do Direito no passado não pode ser tomada como desoneradora da explicitação das razões de um aprendizado já que se repute como "já cumprido" geracionalmente. Se o espaço da experiência articulará o racional e o irracional, a exigência de DWORKIN para o "reencantamento" com o Direito impõe a explicitação argumentativa destas razões, sem o que não se poderia pensar uma interpretação como legítima.<sup>43</sup> DWORKIN explicitamente conduz esta exigência da reconstrução interpretativa à história.<sup>44</sup>

A categoria que KOSELLECK opõe ao espaço da experiência é o horizonte de expectativas. A abertura que a modernidade dá ao futuro, vista tanto como aceleração do tempo (pelo intuito de "planejar" o que ainda virá) como pela dilação do tempo (já que a revolução, inaugurando um novo tempo, pretende "destruir" a experiência)<sup>45</sup>, serve de abrigo inicialmente à idéia de "fazer a história", tornando o futuro disponível a um planejamento total.<sup>46</sup> A questão que se põe aqui, porém, é que planejamento e execução não são necessariamente coincidentes na complexidade de fatores históricos. Mais que isto, transitamos por estes fatores sem necessariamente uma intenção de modificá-los e, quando os modificamos, estas alterações podem tomar prazo tão longo que não lhe seja possível falar de uma "disponibilidade" do futuro histórico.<sup>47</sup> Assumida a incontabilidade do futuro, em contraste com o desejo de planejá-lo,

---

<sup>38</sup> cf. GADAMER, 1999, p. 559-566.

<sup>39</sup> KOSELLECK, 1993, p. 338-339.

<sup>40</sup> KOSELLECK, 1993, p. 43 e p. 50.

<sup>41</sup> idem, ibidem, p. 48.

<sup>42</sup> idem, ibidem, p. 61 e p. 65-66.

<sup>43</sup> DWORKIN, 1999, p. 490-491.

<sup>44</sup> idem, ibidem, p. 83.

<sup>45</sup> KOSELLECK, 1993, p. 27, p. 31 e p. 37.

<sup>46</sup> idem, ibidem, p. 253-255.

<sup>47</sup> KOSELLECK, 1993, p. 262 e p. 266.

um horizonte de expectativas associa anseios, medos e racionalização, tudo isto em um tempo fugidio que, por definição, não é experimentável. O espaço da experiência, na dinâmica da modernidade, apenas libera um horizonte de expectativas não controláveis ou planejáveis por inteiro.<sup>48</sup> Neste sentido, a modernidade tanto se alimenta do risco como por ele produz tempo.

Olhando para o conceito de *chain of law*, a categoria de horizontes de expectativas deve remeter o intérprete ao abandono do intuito de vincular o futuro. A preocupação com a seqüência que se dará à "narrativa" jurídica que é feita no presente atua como uma idealidade própria de um modelo de aplicação "exigente" do Direito, que admite - ou melhor dizendo, requer - um aperfeiçoamento incessante do ato interpretativo. Até porque, voltando à articulação conceitual proposta por KOSELLECK, o aperfeiçoamento humano e de suas instituições é uma pretensão abrigada no horizonte de expectativas.<sup>49</sup>

Deve-se ainda observar que a tensão entre experiências e expectativas não se resolve por uma simetria conceitual. Estas categorias são assimétricas, na formulação de KOSELLECK, e o tempo presente é precisamente o resultado deste diferencial - o que nos conduz à variabilidade do tempo histórico.<sup>50</sup> Esta variabilidade, ao propor que o tempo histórico é socialmente construído não apenas de forma distinta do tempo cronológico, mas com uma diversidade interna própria da complexidade humana, é também um limite a ser levado em consideração tanto ao se reconstruir o passado como ao se abrigar expectativas para o futuro. A análise que será utilizada aqui é a formulada por FERNAND BRAUDEL, a qual parte da observação de que os fatos "iluminam" de forma muito precária a compreensão do tempo histórico, e que tomados apenas em si permanecem desumanizados, sendo uma simples sucessão de "panos de fundo".<sup>51</sup>

O que BRAUDEL propõe é uma "dialética da duração" que considere que o tempo, tal como percebido e construído socialmente, é ele próprio plural e não monolítico. Isto porque, em uma perspectiva apenas da sucessão de fatos e eventos, o tempo histórico se apresenta como de curta duração. Todavia, a história também lida com conjunturas observáveis e transformáveis em médio prazo - e aqui se mostra o tempo histórico de média duração - bem como com estruturas de uma estabilidade muito maior, cuja duração no tempo se protraí tanto como sustentáculos como aparentes limites da experiência humana, sendo este o tempo histórico de longa duração.<sup>52</sup> Ainda que seja difícil pensar em termos estruturais para o tempo (isto é, pensar uma infra-estrutura longa para ele), BRAUDEL insiste que toda análise histórica deve levar em conta um encadeamento simultâneo destes diversos tempos em cada evento.<sup>53</sup> Importa, assim, atentar para a existência do que PHILIPPE ARIÈS denomina de mentalidade, as quais resistem a uma apreciação a-histórica, já que se posicionam no campo de um imaginário nem sempre explicitado de forma consciente. Segundo a sua observação, compreender mentalidades é visualizar diferenças, bem como as condições em que, no presente, estas diferenças são inteligíveis, o que, se é uma aproximação mais cautelosa quanto ao passado, paradoxalmente

<sup>48</sup> idem, ibidem, p. 340-341 e p. 356.

<sup>49</sup> idem, ibidem, p. 346.

<sup>50</sup> idem, ibidem, p. 342-343. cf. ainda ARAÚJO PINTO, 2002, p. 145-148.

<sup>51</sup> BRAUDEL, 1992, p. 24-25.

<sup>52</sup> BRAUDEL, 1992, p. 43-44 e p. 49-50. cf. ARAÚJO PINTO, 2002, p. 128, p. 135-137 e p. 152, indicando estas razões como explicativas da impossibilidade de que o tempo-calendário, medido cronologicamente de forma homogênea e constante, seja uma descrição adequada da complexa dinâmica social da relação passado/presente/futuro, já que a relevância deste tempo reside na significação social que lhe seja emprestada.

<sup>53</sup> BRAUDEL, 1992, p. 52-54.

viabiliza uma melhor compreensão dele.<sup>54</sup>

Estes cuidados quanto ao tempo histórico são capazes de tematizar uma história para além de "flashes" factuais e para além do que se acha descrito de forma "expressa" na leitura do passado.<sup>55</sup> A repercussão desta análise na interpretação/aplicação do Direito segundo uma *chain of law* é uma advertência ao intérprete: uma linearidade temporal cronológica entre decisões é insuficiente à pretensão reconstrutiva dos fundamentos utilizados nas interpretações passadas. O sentido de interpretações anteriores somente podem ser tematizados de forma adequada quando a multiplicidade de tempos histórico-sociais é levada em conta.

#### 4 - Hermenêutica e ativação da memória.

Antes mesmo que se possa pensar na relevância da ativação da memória no Direito, importa perguntar: se, mesmo ante a autonomia que a modernidade lhe confere, o Direito estende-se por todos os pontos da experiência humana, é possível falar-se em uma memória jurídica - ou mesmo em uma história do Direito? Esta questão é enfrentada por BRETONNE, que, para respondê-la, parte da proposta de que a norma jurídica seja vista não como um objeto da reconstrução histórica, mas sim como um indício para o desvelamento de nexos não expressos entre o passado e o presente. Trata-se, assim, de contrapor-se à idéia de uma "história dos dogmas", para abraçar o conceito de uma história social, precisamente para que a história do Direito não seja reduzida, em sua possibilidade de validade, a uma "história dos juristas", sendo esta a forma na qual BRETONNE repele os argumentos de BLOCH e MOMIGLIANO.<sup>56</sup> Até mesmo porque se a totalidade do fenômeno social não pode ser esgotada historicamente, tampouco o Direito pode fazê-lo. Estes limites não fazem cair por terra o *status* epistemológico de validade de uma história do Direito. BRETONNE aqui aponta na direção do que foi afirmado por POPPER: a divisão do conhecimento em campos seletivos é um artifício necessário ao conhecimento, e os limites destes campos são operados apenas como tensões, porém nunca como uma aquisição a ser incorporada.<sup>57</sup>

Ultrapassada esta objeção inicial, e se é verdade que o tempo se incorpora ao imaginário social e à memória<sup>58</sup>, a pergunta de GADAMER quanto às condições em que é feita a "transmissão do pensar" no sentido diacrônico (isto é, as condições de ativação da memória) também é um ponto em que se faz possível entrever uma relação entre história e hermenêutica. Ele aponta, com acerto, que monumentos são obras humanas voltadas à ativação da memória, evidenciando que a ativação desta memória não é um processo "naturalizável", porquanto uma "história do universo" não é, necessariamente, a história humana.<sup>59</sup> Ou, dito de forma mais específica: a ativação da memória é ela própria uma artificialidade (já que uma "história do universo" contada por homens será, aí sim, uma história humana) e uma artificialidade que faz uso da abertura hermenêutica. Não é por acaso que GADAMER faz referência à memória a partir de monumentos, os quais com frequência se valem da arte, e a arte por definição, guarda uma abertura hermenêutico-filosófica, sendo aliás um dos pontos de partida da reflexão gadameriana.<sup>60</sup>

<sup>54</sup> ARIÈS, 2001, p. 154-155 e p. 170-172.

<sup>55</sup> idem, ibidem, p. 60.

<sup>56</sup> BRETONNE, 2000, p. 135 e p. 140-141.

<sup>57</sup> idem, ibidem, p. 142-144.

<sup>58</sup> ARAÚJO PINTO, 2002, p. 125.

<sup>59</sup> GADAMER, 1995, p. 158.

<sup>60</sup> idem, 1999, p. 92-98 e p. 147-156.

Neste ponto já se pode introduzir a idéia de que a distância entre o observado e o observador - requisito necessário a um estranhamento que dá início à compreensão - pode ser vista também como uma distância temporal.<sup>61</sup> A ativação da memória vai lidar com esta distância, ou, melhor dizendo, com uma trajetória percorrida no encurtamento desta distância. Sob a perspectiva hermenêutica, esta ativação faz apenas emergir temas de um pano de fundo de silêncio que antes era, ao menos lingüisticamente, consensual.<sup>62</sup> Esta ativação, portanto, busca o imaginário em fontes que hermenêuticamente são todas reduzíveis a texto - embora o imaginário possa ter fontes iconográficas ou escritas em sentido estrito, consoante indica EVELYNE PLATAGEAN.<sup>63</sup> Aliás - e isto interessa particularmente à ativação da memória do Direito - esta historiadora relembra que, segundo demonstrou MICHEL FOUCAULT, a modernidade utiliza seu próprio imaginário para fazer a distinção entre o "normal" e o "louco", o que indica que este imaginário moderno também tem a pretensão de abrigar o parâmetro da normatividade.<sup>64</sup>

Segundo CARLO GINZBURG, ao recordar ARISTÓTELES e HUME, a distância a que se referiu acima problematiza "sentimentos morais" de um imaginário que PLATAGEAN<sup>65</sup> aponta como "naturalizado", sendo capaz de tornar estes sentimentos mais agudos ou mais difusos - impactos que são maiores nas distâncias temporais do que nas espaciais e ainda mais agudos quando esta distância é passada do que quando ela é ainda futura.<sup>66</sup> Portanto, e considerada a modernidade, e a explicitação de seus riscos, um alerta importante ao que se debruça sobre nos limites desta distância é este: o distanciamento que me permite ver o "outro" pode servir também para ocultá-lo do horizonte de nossas decisões, como sugerem os exemplos que GINZBURG elenca sobre a forma "tecnológica" da guerra contemporânea ou sobre a despersonalização que é operada pela burocracia administrativa.<sup>67</sup> Este distanciamento do intérprete é precisamente o oposto do que uma aplicação "exigente" do Direito busca mediante uma *chain of law* - e, ainda assim, é um risco presente a todo instante. Mesmo a memória não mais pode ser tida como uma reserva "inalterável" de verdade, se os vestígios dela podem sofrer os efeitos da ação humana.<sup>68</sup>

A operatividade da memória - sua ativação, como se denominou acima - faz ver a natureza fugidia deste conceito. De fato, memória existe apenas em uma perspectiva operacional, de sorte que, finda a reconstrução que se propôs fazer, ela não mais é visível como memória, mas como tema enunciado lingüisticamente. É esta articulação memória-linguagem que faz JACQUES LE GOFF afirmar que uma "amnésia" social é certamente danosa às próprias identidades coletivas.<sup>69</sup> Esta é uma consideração de grande importância para uma *chain of law* que abriga a pretensão de ativar a memória do intérprete do Direito, ainda mais quando se tem em conta que, como indica LE GOFF, mitologicamente o *mnemon* é um auxiliar que, a todo instante, recorda o herói da saga de qual ou de quais normas divinas não devem ser desobedecidas no curso das ações que estão sendo praticadas, sob pena de que o herói incida na

<sup>61</sup> BRAUDEL, 1992, p. 57.

<sup>62</sup> Sobre a tematização lingüística de sentidos que se achavam imersos em um pano de fundo consensual, cf. GADAMER, 1999, p. 636-662.

<sup>63</sup> PLATAGEAN, 2001, p. 293.

<sup>64</sup> idem, ibidem, p. 303.

<sup>65</sup> idem, ibidem, p. 305.

<sup>66</sup> GINZBURG, 2001, p. 202-203 e p. 213-214.

<sup>67</sup> idem, ibidem, p. 210-211.

<sup>68</sup> idem, ibidem, p. 216.

<sup>69</sup> LE GOFF, 2005, p. 421 e p. 469.

ira divina. Assim, *mnemones* são repositórios da memória normativa.<sup>70</sup> Para o aplicador do Direito, em particular, a abertura que a modernidade dá quanto ao futuro tem reflexos na ressignificação do passado e na ativação da memória. Ela não mais pode ser pré-orientada para um *telos* determinado de antemão<sup>71</sup>, e, de outra parte, os caminhos de sua ativação não mais se resumem à imagem ou à disposição de um ordenamento conceitual, já que, com o advento e difusão dos meios de imprensa e de transmissão da palavra, um leitor é exposto a um volume de textos maior do que jamais poderá explorar.<sup>72</sup> Isto torna retirada a possibilidade de precisar uma linha causal direta na reconstituição dos caminhos pelos quais a memória foi ativada em interpretações passadas, sendo possível apenas extrair dos indícios uma inter-relação de fatores. Mesmo esta inter-relação já assume a sua precariedade na origem, eis que, metodologicamente, a sua reconstrução requererá sempre um "recorte" específico.

Mas, quando se deseja que o saber sobre o Direito não seja mera técnica, é necessário torná-lo reflexivo, e isto é particularmente verdadeiro quanto à questão da memória do jurista, se a jurisprudência, como define BRETONE, é uma das expressões do pensamento jurídico em movimento, acumulando, selecionando, conservando ou inovando sentidos.<sup>73</sup> A resposta construída por ele é a de que a ativação da memória do intérprete do Direito, tal como nos demais processos mnemônicos, não é fruto de uma técnica intencional ou de um paradigma científico, mas sim é uma interação lingüística destas mentalidades.<sup>74</sup> E isto apresenta mais um limite à idéia de *chain of law*: a reconstrução do passado interpretativo vai ativar memórias que não podem ser explicadas mediante uma "presentificação" do passado - mas, ao mesmo tempo, estas memórias só são relevantes na medida em que articulam sentidos para o presente. O exame dos indícios lingüísticos da trajetória desta memória é, portanto, tanto necessário quanto precário, ao menos sob a perspectiva de que a interpretação reconstrutiva que uma *chain of law* sugere requer, como condição de legitimidade da aplicação do Direito, que passado e futuro sejam articulados nas razões de decidir explicitadas no presente.

## 5 - Conclusão: dos limites da pretensão do intérprete.

Ao final, o que o tempo e a memória podem propor à idéia de uma *chain of law*? Nada mais que um cuidado com as pretensões que podem ser abrigadas nesta idéia. A coerência interpretativa a que se refere DWORKIN neste conceito, embora fundada em bases hermenêutico-filosóficas (e até mesmo por esta razão) não ignora a dimensão do tempo. Portanto, os que lançam mão da idéia de uma *chain of law* devem necessariamente atentar para advertências da historiografia contemporânea. Não se podendo mais acolher a pretensão de uma "Filosofia da História", o resgate das mentalidades que uma *chain of law* tem diante de si deve notar que estas mentalidades não estão disponíveis para além de seus contextos. Mesmo as escolhas de sentido que possam ser recuperadas deste olhar retroativo não podem ser tidas como conseqüências necessárias - apenas como a utilização de uma das alternativas possíveis, lembrando que a visibilidade destas possibilidades no presente é feita com um instrumental de conceitos que não se achava completamente disponível no passado.

Isto é, a reconstrução feita em uma *chain of law*, até mesmo para guardar coerência hermenêutica, não pode abrigar a pretensão de ser totalizante; já que ela apenas

<sup>70</sup> idem, ibidem, p. 433-434.

<sup>71</sup> idem, ibidem, p. 434.

<sup>72</sup> idem, ibidem, p. 436 e p. 452.

<sup>73</sup> BRETONE, 2000, p. 16 e p. 30.

<sup>74</sup> idem, ibidem, p. 34.

tematiza no tempo, de forma parcial e precária, uma singularidade localizada em meio a uma tradição. Do contrário, ela não serviria a muito mais do que a confirmação de um ponto de partida interpretativo pré-ordenado, o que seria a negação da hermenêutica gadameriana. O abandono desta pretensão totalizante é, de outro lado, essencial para que se deixe de lado o intuito de desonerar o intérprete de suas razões, porquanto uma *chain of law* requer, centralmente, a problematização de aprendizados geracionais no Direito. A contingência do Direito na modernidade pode ser vista, do ponto de observação historiográfico, como a manutenção de um horizonte de expectativas em expansão. Embora não existam garantias desta expansão, uma interpretação hermeneuticamente reconstrutiva exige esta abertura para o futuro, sendo este o sentido plausível pra um aperfeiçoamento interpretativo constante.

É esta abertura que também requer do intérprete que não tome a reconstrução do passado através de um sentido cronológico de tempo, mas sim de um tempo histórico-social, ou melhor dizendo, da multiplicidade destes tempos. Trata-se, é claro, de uma perspectiva que contém em si mesmo o risco presente no ato hermenêutico: o distanciamento necessário a uma postura hermenêutica ante a multiplicidade de tempos não pode servir de impedimento a que o intérprete transite junto com o objeto de sua interpretação. Dito de outra forma, a despeito dos limites de acesso ao passado (e, talvez, mesmo por força deles) uma *chain of law* não deve "sedar" o aplicador do Direito quanto aos resultados de sua escolha interpretativa. mas sim tornar mais aguda esta percepção.

**REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

ARAÚJO PINTO, C. P. *Modernidade, Tempo e Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

ARIÉS, P. ; LE GOFF, J (org). *A história das mentalidades*. In.: **A História Nova**, trad. Eduardo Brandão. 4. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2ª tir. 2001.

BLOCH, M. *Introdução à História*, trad. Maria Manuel Miguel e Rui Grácio. 3. Ed. Lisboa: Publicações Europa-América, 1976.

BRAUDEL, F. *Escritos sobre a história*, trad. J. Guinsburg e Tereza Cristina da Mora, rev. Angélica Diogo Pretel e Vara Lúcia B. Bolognani. 2. Ed. São Paulo: Editora Perspectiva, 1992.

BRETONE, M. *Derecho y tiempo en la tradición europea*. trad. Agencia Literaria Eulama. Fondo de Cultura Económica. 1. Ed. México, D.F., 1ª reimp. 2000.

DWORKIN, R. *Objectivity and truth: you'd better believe it*. **Philosophy and Public Affairs**, New York, v. 25, n. 2, p. 2-40, abr./jun. 1996.

GADAMER, H. G. *El Giro Hermenéutico*, trad. Arturo Parada. Madrid: Ediciones Cátedra, 2. Ed. 1995.

GINZBURG, C. *Olhos de Madeira: nove reflexões sobre a distância*, trad. Eduardo Brandão. 1. Ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2ª reimp. 2001.

KOSELLECK, R. *Futuro Passado*, trad. Norberto Smilg. Barcelona: Paidós, 1993.

KOSELLECK, R. ; GADAMER, H.G. *Historia Y Hermenéutica*, trad. Faustino Oncina. Barcelona: Paidós, 1987.

LE GOFF, J. *História e Memória*, trad. Irene Ferreira, Bernardo Leitão e Suzana Ferreira Borges. 5. Ed. Campinas: Ed. Unicamp, 1ª reimp. 2005.

\_\_\_\_\_. *O império do Direito*, trad. Jefferson Luiz Camargo, rev. Gildo Rios. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

\_\_\_\_\_. *O Problema da Consciência Histórica*, trad. Paulo Cesar Duque Estrada. 2. Ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2003.

PATLAGEAN, E. *A história do imaginário*. In: LE GOFF, J (org). **A História Nova**, trad. Eduardo Brandão. 4. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2ª tir. 2001.

\_\_\_\_\_. *Verdade e Método*, trad. Flávio Paulo Meurer, rev. Ênio Paulo Giachini. Petrópolis: Ed. Vozes, 1999.



## RITO SUMARÍSSIMO. HÁ VIRTUDE?

Márcio Roberto Andrade Brito<sup>1</sup>

### 1 - Introdução:

No livro *Memórias de minhas putas tristes*, Gabriel García Márquez – Prêmio Nobel de Literatura de 1982 – narra momentos da vida de um jornalista, cuja história é marcada pela experiência e nos faz refletir sobre valores afetivos, morais e do trabalho.

Resistindo aos avanços tecnológicos, o jornalista ancião continua escrevendo à mão sua coluna semanal no *El Diario de La Paz*: “*Hoje, aposentado, mas não vencido, gozo do privilégio sacro de escrever em casa, com o telefone fora do gancho para que ninguém me perturbe, e sem censor que espreite o que escrevo por cima de meu ombro.*”

A carga emocional da afirmação é um desabafo do trabalhador idoso. O intelecto não envelhece na proporção da carcaça, antes amadurece e empresta credibilidade ao discurso.

O jornalista é incisivo e de postura quase intransigente.

O diretor daquela época me chamou então ao seu escritório para pedir que eu me pusesse afinado com as novas correntes. De um jeito solene, como se acabasse de inventar, me disse: O mundo avança. Sim, respondi, avança, mas dando voltas ao redor do sol.

A lei, quando verdadeiramente expressa o direito, traduz em texto o ideal de avanço. Não é mera indicadora da mudança de comportamento. É mais, é reflexo da constante inovação do processo de construção de uma sociedade justa e solidária.

O avanço suplanta a forma e sublima a essência.

Identificar na lei o mecanismo de socialização do direito, rejeitando o que se apresenta antijurídico - ainda que ilusoriamente moderno e necessário -, é a tarefa hercúlea do operador do direito.

A lei processual, algumas vezes, fornece esse mecanismo; em outras, entrava o processo. A missão consiste, portanto, na investigação da virtude.

Embora constituam sistemas independentes, direito processual e direito material devem apontar numa única direção, convergindo aos interesses do Estado. É um casamento perfeito!

Jorge Pinheiro Castelo, inspirado em conceitos de Cândido Dinamarco, classifica da seguinte forma os escopos do Estado, sob o ponto de vista do sistema processual:

a) social (pacificação social, educação para o exercício e respeito a direitos); b) políticos (manutenção da autoridade do ordenamento jurídico-substancial e oferta de meios de participação democrática); c) jurídicos (atuação da vontade da lei)

Numa concepção crítica do direito, os mencionados objetivos devem corresponder às aspirações mais legítimas da sociedade, às conquistas históricas da coletividade e à liberdade conscientizada e adquirida nas lutas sociais.

Raciocinar o direito processual na ótica da jurisdição garante que o resultado da atividade jurisdicional atinja seus destinatários imediatos, ou seja, a sociedade e o próprio Estado, e não o litigante isoladamente.

Disso infere-se que o processo do trabalho, permeado das influências do direito material correspondente, deve primar pela estabilidade das relações de trabalho em seu conjunto e não unicamente a satisfação do interesse particular de reclamante e

<sup>1</sup> Juiz do Trabalho Substituto

reclamado.

A inovação de mecanismos na lei processual trabalhista merece a interpretação que alcance essa finalidade, pois, logicamente, num Estado que eleva o valor social do trabalho a um de seus fundamentos (CF, art. 1º, IV), não se pode cogitar que determinada alteração seja inútil ou vise solucionar questões de menor importância.

Publicada em 12/01/2000, a Lei n. 9.957 introduziu o rito sumaríssimo no processo do trabalho.

A inserção dos artigos 852-A a 852-I na CLT provocou polêmica. Várias discussões no meio jurídico questionaram a real necessidade de simplificação de um processo já considerado informal na própria essência.

O Professor Manoel Antônio Teixeira Filho, no preâmbulo da obra lançada nos primeiros momentos de vigência da Lei n. 9.957, fez severas críticas à mudança iniciada, alegando não passar de adaptação improvisada da Lei n. 9.099, com sérias deficiências técnicas e estruturais, representando tímido avanço e com alguns retrocessos arcaicos.

A tudo sobrepara, entretanto, a nossa descrença quanto à eficácia do procedimento sumaríssimo como instrumento de celeridade na entrega da prestação jurisdicional – e na própria formação da coisa julgada material –, considerando-se que a sua estrutura básica apoiada na audiência una, é a mesma do velho e desprestigiado procedimento ordinário. Chegamos a conceituar de arrogante o adjetivo sumaríssimo, que se pespegou ao novel procedimento.

A difusão desse pensamento tornou realmente superficial a alteração introduzida pela lei 9.957 e ocasionou basicamente três efeitos: para os advogados, a imposição legal de formulação de pedidos líquidos; para os juízes, o arquivamento de reclamações com indicação de endereço errado; para os serventuários, o acréscimo de mais um campo de preenchimento nos formulários estatísticos mensais.

Numa análise fria, pode-se dizer que a sistemática e a lógica do rito ordinário continuam dominando nos processos sujeitos ao rito sumaríssimo, conclusão genérica, e não fatal. Parece pouco!

A lei 9.957 externa um dos anseios da sociedade: entrega de prestação jurisdicional célere, simples, justa e equânime.

Trilhando esse caminho, o legislador elegeu um grupo de processos – reclamações trabalhistas cujo valor não exceda a 40 salários mínimos e nas quais não seja parte a Administração Pública – e o dotou de regras capazes de satisfazer tal anseio.

## **2 - Entrega de uma prestação jurisdicional mais CÉLERE.**

Não há dúvida que o processo do trabalho é, por natureza, célere. A Lei 9.957 reforçou esse princípio para tentar reprimir o inevitável acúmulo de processos, e, em consequência, a insatisfação da sociedade.

A idéia de que reclamações trabalhistas de pequena expressão econômica tramitem de modo mais rápido não desprestigia o rito ordinário, mas racionaliza o trabalho do magistrado e reconhece prioridades.

Adotou-se, então, o regime de pauta especial, com realização de audiências unas, e fixação de prazos mais exíguos.

O emprego da expressão *audiência única* no art. 852-C da CLT, inserido pela lei 9.957, foi considerado redundante, pois o rito ordinário já previa a audiência de julgamento *contínua* (CLT, art. 849).

Na verdade, o legislador reconheceu a legalidade do costume de fracionamento da audiência, o que torna *obrigatória* a audiência única apenas no rito sumaríssimo. Isso não impede, todavia, que a audiência do rito ordinário também o seja.

Assim, não existe redundância, pois o art. 849 da CLT já havia caído em desuso, seja pelo elevado número de processos, seja pela deficiência da estrutura judiciária, seja pela complexidade das ações trabalhistas (sobretudo após a dilação da competência).

Conclui-se que hoje há possibilidade de se realizar audiência única em todos os processos, mas a obrigatoriedade somente se refere às reclamações trabalhistas de pequena expressão econômica e que agora se sujeitam ao novo rito.

### **3 - Entrega de uma prestação jurisdicional mais SIMPLES.**

A Lei 9.957 disciplinou um procedimento simples, ditado pela objetividade, cujas principais características são: a produção limitada e restritiva da prova; o registro resumido dos atos processuais; a concentração de incidentes e exceções em decisões instantâneas.

Sobre a produção da prova, a lei inova e estabelece a escolha de sua espécie ao livre arbítrio do juiz (CLT, art. 852-D), enquanto que, no rito ordinário, surge por apresentação da parte interessada (CLT, art. 845). Portanto, quem determina a prova que será produzida no rito sumaríssimo é o magistrado condutor da instrução; o princípio – regra – é de impulso, e não provocação.

Além da ampla liberdade do juiz na escolha da prova, a lei prevê duas outras possibilidades: limitação e exclusão (CLT, art. 852-D).

A exclusão se refere apenas às provas excessivas, impertinentes ou protelatórias, que, por óbvio, não devem ser produzidas.

A limitação, todavia, diz respeito a todas as provas, pois aquelas que apresentam excesso, impertinência ou protelação devem ser, como dito acima, excluídas e não simplesmente restringidas.

Nesse aspecto, é importante destacar que a limitação da prova não se confunde com o seu cerceamento. Cercear é impedir; limitar é impor fronteiras.

A Lei 9.957 também simplificou algumas formalidades próprias do processo, como, por exemplo, o registro resumido em ata dos atos essenciais, das afirmações fundamentais e das informações úteis à solução da lide.

Linguagem sintética – objetiva – é imprescindível à comunicação moderna, característica absorvida pelo legislado na elaboração da norma.

Somente o ato essencial deve ser registrado: por exemplo, razões finais orais não merecem ser transcritas na ata de audiência no rito sumaríssimo (Precedente jurisprudencial: TST – AIRR-729.303/01.0 – Acórdão da 4ª Turma – Relator Ministro Milton de Moura França).

As decisões que possam interferir no prosseguimento da audiência serão, quando possível, proferidas de plano, dentre as quais os incidentes e exceções (CLT, art. 852-G), evitando-se adiamentos e fracionamentos desnecessários e contrários à celeridade do feito.

### **4 - Entrega de uma prestação jurisdicional mais PRÓXIMA DAS EXIGÊNCIAS DO BEM COMUM e DOS FINS SOCIAIS DA LEI.**

Em relação ao ato de conciliação, a Lei 9.957 permitiu ao juiz a utilização de meios adequados de persuasão para a solução do litígio, ou seja, possibilitou que de forma clara, direta e objetiva o juiz esclareça as vantagens que cada litigante obterá na hipótese de acordo.

A expressão *em qualquer fase da audiência*, presente no art. 852-E da CLT, revela que os meios de persuasão devem considerar o teor das provas produzidas ao longo da

instrução e o resultado das decisões interlocutórias, sem que isso configure pré-julgamento.

Não havendo conciliação, o juiz proferirá sentença simples – dispensando o relatório – com linguagem fácil, revelando objetivamente os elementos de convicção, a partir dos fatos relevantes ocorridos na audiência (CLT, art. 852-I). É um recado do legislador para que o tecnicismo seja abolido em benefício de um provimento legítimo, convincente e acessível.

A sentença necessariamente deverá ser a mais justa e equânime possível (CLT, art. 852-I, § 1º) e, atendendo aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum, será pautada na dignidade da pessoa humana e na estabilidade das relações de trabalho.

Portanto, o rito sumariíssimo, no processo do trabalho, representa mais uma alternativa no direito, estando à disposição de seus operadores – afirmação que responde a indagação do título deste artigo.

Para alguns, esta conclusão traduz excesso, quiçá um *delírio* jurídico.

Todavia, reportando-me ao início do texto, quando falava nas *Memórias de minhas putas tristes*, lembro-me do desfecho da situação enfrentada pelo personagem de Gabriel García Márquez. O jornalista enfim convenceu o diretor de redação a publicar, no original à mão, uma de suas colunas semanais; isso fez ressoar, nos corredores do *El Diario de La Paz*, uma célebre frase: *Não se engane. Os loucos mansos se antecipam ao porvir.*

O novo já existe, é preciso apenas que se torne perceptível ao olhar.

**REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

CASTELO, J. P. *O Direito Processual do Trabalho na Moderna Teoria Geral do Processo*. 2. Ed. São Paulo: Ltr, 1996.

MÁRQUEZ, G. G. *Memórias de Minhas Putas Tristes*. Tradução Eric Nepomuceno. 10. Ed. Rio de Janeiro: Record, 2006.

SOUZA JUNIOR, J. G. ; AGUIAR, R. A. R. (Org). *Introdução Crítica ao Direito do Trabalho*. Brasília: Ed. UNB, 1993.

SOUZA JUNIOR, J. G. *Introdução Crítica ao Direito*. 4. Ed. Brasília: Ed. UNB, 1993.

TEIXEIRA FILHO, M. A. *O Procedimento Sumaríssimo no Processo do Trabalho*. São Paulo: Ltr, 2000.



# SUBSÍDIOS E DIREITOS ADQUIRIDOS

Sebastião Vieira Caixeta<sup>1</sup>

## 1 - Introdução

A implementação dos subsídios dos agentes políticos tem gerado sérias perplexidades e controvérsias. As dúvidas sobre quais as verbas do regime anterior que, não obstante a redação do art. 39, § 4º, da Constituição da República, coexistem no novo paradigma, de subsídio como parcela única, produzem disputas judiciais e questionamentos no âmbito do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP).

A respeito, o CNJ editou as Resoluções números 13 e 14. O CNMP está na iminência de disciplinar a matéria.

Recentemente o Supremo Tribunal Federal também tratou parcialmente do tema no julgamento do Mandado de Segurança n. 24875, da relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, deferindo, parcialmente, a segurança aos Ministros aposentados Djaci Alves Falcão e outros.

Dados os parâmetros delineados pelo STF e pelo CNJ, talvez o problema mais relevante e candente que remanesce para ser resolvido seja o pertinente aos direitos adquiridos frente ao novo regime implantado.

A questão das vantagens pessoais, que o STF expressamente reconheceu subsistirem no regime do subsídio, atormenta operadores do direito e, principalmente, servidores que anseiam pelo correto equacionamento do tema, à luz dos princípios constitucionais da segurança jurídica e do respeito à coisa julgada, ao ato jurídico perfeito e aos direitos incorporados ao patrimônio jurídico individual.

Muitas interpretações têm invocado a firme jurisprudência da Excelsa Corte e dos demais tribunais pátrios no sentido da ausência de direito adquirido a regime jurídico para solapar parcelas historicamente pagas como vantagens pessoais, dando alcance indevido a tal entendimento.

Neste estudo analisaremos essas questões com a finalidade de contribuir para a correta percepção do tema, à luz dos ensinamentos doutrinários e jurisprudenciais. Para facilitar a compreensão, iniciaremos pela evolução remuneratória dos agentes políticos a partir da Carta de 1988, passando pela análise da decisão tomada no MS 24875 e da jurisprudência relativa à inexistência de direito adquirido a regime jurídico, até chegar propriamente ao tema direitos adquiridos e irredutibilidade remuneratória.

## 2 - Evolução remuneratória dos agentes políticos

A Constituição Federal de 1988, na sua redação original, estabeleceu limites máximos de remuneração diferenciados para os três poderes e também para as esferas de governo.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Sebastião Vieira Caixeta é especialista em Direito e Processo do Trabalho; Professor de Direito do Trabalho e Processo do Trabalho; Presidente da Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho (ANPT).

<sup>2</sup> Art. 37, XI: “a lei fixará o limite máximo e a relação de valores entre a maior e a menor remuneração dos servidores públicos, observados, como limites máximos e no âmbito dos respectivos Poderes, os valores percebidos como remuneração, em espécie, a qualquer título, por membros do Congresso Nacional, Ministros de Estado e Ministros do Supremo Tribunal Federal e seus correspondentes nos Estados, no Distrito Federal e nos Territórios, e, nos Municípios, os valores percebidos como remuneração, em espécie, pelo Prefeito”.

Intentou o Legislador Constituinte Originário estabelecer limites máximos que não poderiam ser excedidos, nem mesmo sob a alegação de direito adquirido, consoante expressamente determinou no art. 17, *caput*, do ADCT<sup>3</sup>.

Dessa forma, quaisquer valores que estivessem sendo percebidos além dos limites estabelecidos pelo art. 37, XI, da Carta de 1988 foram reduzidos imediatamente, não se admitindo, neste caso, a invocação de direito adquirido.

O Supremo Tribunal Federal, interpretando tais normais em conjunto com o art. 39, § 1º, da Carta na redação original, entendeu que não se incluíam no teto “as vantagens de caráter individual e as relativas à natureza ou ao local do trabalho”, no julgamento da ADI 14/DF, Pleno, Ministro Célio Borja, DJU de 01-12-1989, PP-17759:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE PROPOSTA PELA ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS. O PARAGRAFO 2. DO ARTIGO 2. DA LEI FEDERAL N. 7.721, DE 6 DE JANEIRO DE 1989, QUANDO LIMITA OS VENCIMENTOS DOS MINISTROS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – “COMPUTADOS OS ADICIONAIS POR TEMPO DE SERVIÇO” - A REMUNERAÇÃO MÁXIMA VIGENTE NO PODER EXECUTIVO, VULNERA O ART. 39, PAR. 1., “IN FINE”, DA CONSTITUIÇÃO, QUE SUJEITA A TAL LIMITE APENAS OS “VENCIMENTOS”, EXCLUIDAS AS VANTAGENS “PESSOAIS”. COMPATIBILIDADE DO CONCEITO DE “VENCIMENTOS” ESTABELECIDOS NA LEI COMPLEMENTAR N. 35/79 E EM OUTROS ARTIGOS DA LEI MAIOR COM A EXEGESE DO ALUDIO DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL. PROCEDENCIA PARCIAL DA AÇÃO PARA DECLARAR INCONSTITUCIONAIS AS EXPRESSÕES” ... E VANTAGENS PESSOAIS (ADICIONAIS POR TEMPO DE SERVIÇO)...”, CONSTANTE DO PAR. 2., ART. 2. DA LEI 7.721/89.

A Emenda Constitucional n. 19/1998 trouxe relevantes modificações nesse sistema. Em primeiro lugar, instituiu como teto único o subsídio mensal pago, em espécie, aos ministros do Supremo Tribunal Federal, dando nova redação ao art. 37, XI, da Carta Política<sup>4</sup>.

A Emenda ainda introduziu a remuneração por intermédio de subsídio, que consiste em parcela única, vedado o acréscimo de quaisquer outras parcelas remuneratórias, conforme a nova redação conferida ao art. 39, § 4º, da Constituição Federal<sup>5</sup>.

O art. 29 da Emenda determinava a adequação dos valores percebidos à guisa de remuneração ao teto único fixado, não se admitindo a percepção de excesso a qualquer título<sup>6</sup>.

O Supremo Tribunal Federal, interpretando a Emenda Constitucional n. 19/1998, entendeu não serem “**auto-aplicáveis** as normas dos artigos 37, XI, e 39, § 4º, da Constituição, redação que lhes deram os arts. 3º e 5º, respectivamente, da Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998, **porque** a fixação de subsídio mensal, em espécie, de Ministro do Supremo

<sup>3</sup> “Os vencimentos, a remuneração, as vantagens e os adicionais, bem como os proventos de aposentadoria que estejam sendo percebidos em desacordo com a Constituição serão imediatamente reduzidos aos limites dela decorrentes, não se admitindo, neste caso, invocação de direito adquirido ou percepção de excesso a qualquer título.”

<sup>4</sup> “a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal”

<sup>5</sup> “O membro de Poder, o detentor de mandato eletivo, os Ministros de Estado e os Secretários Estaduais e Municipais serão remunerados exclusivamente por subsídio fixado em parcela única, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória, obedecido, em qualquer caso, o disposto no art. 37, X e XI.”

<sup>6</sup> “Os subsídios, vencimentos, remuneração, proventos da aposentadoria e pensões e quaisquer outras espécies remuneratórias adequar-se-ão, a partir da promulgação desta Emenda, aos limites decorrentes da Constituição Federal, não se admitindo a percepção de excesso a qualquer título.”

Tribunal Federal – **que servirá de teto** –, nos termos do art. 48, XV, da Constituição, na redação do art. 7º da referida Emenda Constitucional nº 19, **depende de lei formal**” (STF, Pleno, Sessão Administrativa de 24/6/98, Ata da 3ª Sessão Administrativa, grifos do original).

O art. 37, inciso XI, da Constituição foi novamente modificado, agora pela Emenda Constitucional n. 41/2003, passando a ter a seguinte redação:

“a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos”.

O art. 8º desta Emenda estabeleceu o teto provisório do serviço público, definido pelo Supremo Tribunal Federal em R\$19.115,19 (STF, Pleno, Sessão Administrativa de 5/2/2005), equivalente ao valor da maior remuneração dos Ministros daquela Corte<sup>7</sup>.

O art. 9º, por sua vez, pretendeu aplicar o art. 17 do ADCT à sistemática remuneratória modificada<sup>8</sup>.

Os subsídios dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, que corresponde ao teto do serviço público, e do Procurador-Geral da República foram fixados, respectivamente, pelas Leis ns. 11.143/2005 e 11.144/2005. Com a publicação das referidas Leis, estabeleceram-se os subsídios dos Membros da Magistratura e do Ministério Público da União em parcela única, conforme determina o art. 39, § 4º, da Constituição.

### 3 – Julgamento do MS 24875

Como se sabe, no último dia 11 de maio de 2006, o Supremo Tribunal Federal concluiu o julgamento do MS 24875, impetrado por Ministros aposentados daquela Corte, deferindo, em parte e por maioria, a segurança, para admitir a permanência, no caso concreto, da vantagem do artigo 184 da Lei 8.112/1990, até que o valor correspondente seja absorvido pelo subsídio. No dia 9 de março de 2006, o Tribunal, por unanimidade de votos, já havia rejeitado o

<sup>7</sup> “Até que seja fixado o valor do subsídio de que trata o art. 37, XI, da Constituição Federal, será considerado, para os fins do limite fixado naquele inciso, o valor da maior remuneração atribuída por lei na data de publicação desta Emenda a Ministro do Supremo Tribunal Federal, **a título de vencimento, de representação mensal e da parcela recebida em razão de tempo de serviço**, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento da maior remuneração mensal de Ministro do Supremo Tribunal Federal a que se refere este artigo, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos” (grifamos).

<sup>8</sup> “Aplica-se o disposto no art. 17 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias aos vencimentos, remunerações e subsídios dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza.”

pedido de declaração incidental de inconstitucionalidade do vocábulo "pessoais", inserido no inciso XI do artigo 37 da Constituição, na redação que lhe atribuiu a Emenda Constitucional nº 41/2003, e da expressão "e da parcela recebida em razão de tempo de serviço", contida no artigo 8º da referida emenda.

Nesse julgamento o STF definiu algumas premissas em matéria de remuneração da Magistratura, que terão reflexos na aplicação da Lei do Ministério Público, ante a paridade de tratamento em matéria de remuneração ratificada pela Emenda Constitucional n. 45.

A primeira premissa revela a extinção do Adicional de Tempo de Serviço (ATS) sob a fundamentação de sua absorção pelo subsídio. Restou claro que o STF entendeu, por unanimidade, que ficaram absorvidos pelo subsídio o vencimento básico, as verbas de representação e o adicional de tempo de serviço, nos exatos termos do art. 8º da Emenda Constitucional n. 41, cuja constitucionalidade foi confirmada neste julgamento.

A segunda é a necessidade de respeito absoluto ao teto remuneratório decorrente da fixação do subsídio, somente admitindo-se sua extrapolação em respeito à garantia da irredutibilidade nominal de remuneração e às parcelas que não são com ele cotejadas, como, por exemplo, as verbas indenizatórias.

A terceira – e de extraordinária relevância para o tema em tela – é o reconhecimento expresso pelo STF, pela unanimidade de seus Ministros, da coexistência das vantagens pessoais com os subsídios.

O próprio Ministro Relator, Sepúlveda Pertence, acompanhado pelos ministros Gilmar Mendes, Ellen Gracie e Celso de Mello, reconheceu a manutenção do acréscimo de 20% sobre os proventos de aposentadoria a título, evidentemente, de vantagem pessoal. O Ministro Ricardo Lewandowski, ao desempatar a votação, também acompanhou esse entendimento.

Além do voto do Ministro Marco Aurélio, que foi enfático na defesa dos direitos adquiridos, vão na mesma linha os votos dos Ministros Eros Grau, Carlos Britto, César Peluso e Nelson Jobim, que acompanharam a tese defendida pelo Ministro Joaquim Barbosa, que não rechaça o direito adquirido como vantagens pessoais, ao contrário o reconhece explicitamente, mas limitado ao teto. Ressalta Sua Excelência: *“deve ser rejeitada a tese do direito adquirido ao excesso, do direito adquirido a uma remuneração que ultrapasse o limite do que o país considera como remuneração justa para a função pública”* (Disponível em: <http://www.stf.gov.br/noticias/imprensa/ultimas/ler.asp?CODIGO=182375&tip=UN&param=>. Acesso em: 30 mai. 2006, grifamos).

É imprescindível destacar ainda que o STF não afastou a possibilidade de reconhecer-se direito adquirido frente ao regime do subsídio, ao contrário sinalizou no sentido inverso. Conquanto a tônica do voto vencedor do Ministro Sepúlveda Pertence, Relator, seja no sentido de reconhecer somente direitos adquiridos de matriz constitucional – enfoque, além de inovador, destoante da doutrina dominante, como admite o próprio –, o cerne da discussão levava em conta a ponderação com a instituição do próprio teto constitucional pelas Emendas Constitucionais ns. 19 e 41, que foram promulgadas com o declarado intuito de modificar a jurisprudência do STF firmada do julgamento da ADI 14, em que se excluía do teto as vantagens pessoais. Frise-se, por oportuno, que, de qualquer sorte, a tese defendida pelo Ministro Sepúlveda Pertence somente alcançou a maioria com a soma, pelo critério médio, do voto do Ministro Marco Aurélio, que adotou o entendimento diametralmente oposto – reconhecimento amplo do direito adquirido.

#### 4 - Regime jurídico e direitos adquiridos

Com frequência, vêm-se pronunciamentos invocando a jurisprudência de que não há direito adquirido a regime jurídico como justificativa para solapar parcelas legitimamente incorporadas ao patrimônio jurídico dos servidores. Mais recentemente, tivemos o voto do Ministro Ricardo Lewandowski, desempatando o Mandado de Segurança n. 24875, que reafirma a tese<sup>9</sup>.

Tal jurisprudência, no entanto, não milita em desfavor das vantagens legitimamente incorporadas ao patrimônio jurídico individual, ao revés explica e fortalece a tese do direito adquirido. E não afasta a percepção das vantagens pessoais no novo regime dos subsídios.

Sem dúvida o art. 39, § 4º, da Constituição, na redação dada pela Emenda Constitucional n. 19/1998, instituiu novo regime remuneratório para os membros de poder e agentes políticos, consubstanciado nos subsídios como parcela única.

Todavia, quando passou a vigor, a Lei de fixação dos subsídios encontrou situações jurídicas definitivas decorrentes de atos jurídicos perfeitos, cristalizados de acordo com a legislação então vigente, constituindo-se, portanto, direitos adquiridos.

Como é curial, a lei, inclusive a Emenda Constitucional, vige para o futuro, não podendo retroagir para prejudicar o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. A normatividade das emendas [e das leis] já nasce etiquetada com o timbre do "doravante", e jamais com o timbre do "desde sempre"<sup>10</sup>.

A função específica da garantia do direito adquirido é assegurar, no tempo, a manutenção dos efeitos jurídicos de normas modificadas ou suprimidas. Trata-se de garantia ocupada com os efeitos concretos da lei. Não se destina a inibir a evolução da legislação, a modificação ou a revogação das leis preexistentes, mas a fazer perdurar os efeitos individuais e concretos da lei alterada ou suprimida mais vantajosa na nova ordem legal. Direitos adquiridos são direitos subjetivos estabilizados no patrimônio jurídico individual e protegidos da aplicação da lei nova. Não são direitos vocacionados a impedir a inovação abstrata da lei. Na verdade, a garantia do direito adquirido pressupõe, como condição para ser aplicada, a efetiva ocorrência de processos de reforma legislativa. Se não há sucessão legislativa, modificação da norma jurídica anterior por norma superveniente mais gravosa, a garantia não tem oportunidade de incidir.<sup>11</sup>

Portanto, da mudança do regime jurídico é que surge o direito adquirido. Desse modo, como bem adverte o Ministro Carlos Ayres Britto, “ainda que se afirme a inexistência de direito adquirido a regime jurídico, não se pode negar esta verdade: há direito adquirido em qualquer regime jurídico, no interior dele. Seja o celetista, seja o estatutário”<sup>12</sup>.

A propósito, confira-se novamente o ensinamento de Paulo Modesto<sup>13</sup>:

“Essa orientação doutrinária e jurisprudencial, específica quanto ao tema da revisão do regime jurídico do servidor público, não impede a consolidação de vantagens ou a formação de direitos adquiridos frente a inovação legislativa na relação do servidor com

<sup>9</sup> Disponível em: <http://www.stf.gov.br/imprensa/pdf/ms24875.pdf>. Acesso em: 30 mai. 2006.

<sup>10</sup> BRITO, Carlos Ayres; PONTES FILHO, Valmir. *Direito adquirido contra as emendas constitucionais*. Disponível em: <http://www.pgm.fortaleza.ce.gov.br/revistaPGM/vol04/05DireitoAdquiridoContraEmendasConst.htm>. Acesso em: 30 mai. 2006.

<sup>11</sup> MODESTO, Paulo. *Reforma administrativa e direito adquirido*. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=374>. Acesso em: 30 mai. 2006.

<sup>12</sup> Aparte ao voto vencido do Ministro Marco Aurélio na ADI n. 3105. Disponível em: <http://conjur.estadao.com.br/static/text/29954,1>. Acesso em: 30 mai. 2006.

<sup>13</sup> Loc. cit.

o Estado.

Além das vantagens consumadas, isto é, aquelas que produziram no patrimônio individual todos os efeitos de que eram susceptíveis no tempo (ex. férias gozadas), dos ‘facta praeterita’, como as gratificações devidas ‘pro labore facto’, a exemplo da gratificação por substituição em cargo em comissão, anteriormente vencida mas eventualmente ainda não paga, é reconhecida a possibilidade de constituição de direitos adquiridos face à lei quando na situação jurídica individual o fato aquisitivo já tenha decorrido por inteiro sem que tenham se exaurido os seus efeitos, a exemplo do direito à qualificação de certo tempo como tempo de serviço público (STF, RE 82.881, Rel. Min. ELOY DA ROCHA, j. em 5/05/1976) e do direito ao cálculo dos proventos em conformidade com a lei vigente ao tempo em que o servidor preencheu os requisitos para a aposentadoria (STF, RE 92.638, Rel. Min. MOREIRA ALVES, RDA 145/56, j. em 6 de julho de 1980).”

É o que se dá em relação às vantagens pessoais, por exemplo, relativas à incorporação de gratificação de chefia, direção ou assessoramento (quintos/décimos) e à vantagem do art. 184 da Lei 8.112/1990 (há norma equivalente no art. 232, parágrafo único, da Lei Complementar nº 75/1993).

Temos aí típicas vantagens pessoais de regimes revogados, que foram legitimamente incorporadas ao patrimônio jurídico de Membros da Magistratura e do Ministério Público e cujos efeitos subsistem no regime do subsídio, devendo a parcela correspondente somar-se a este. Não se quer o prosseguimento ou o direito adquirido ao regime revogado, mas tão-somente a preservação dos seus efeitos.

Esclarecedora é a lição de Alexandre de Moraes<sup>14</sup> sobre o tema:

“(…) A posição pacificada na jurisprudência da Corte Suprema sobre a inexistência de direito adquirido em relação à imutabilidade do regime jurídico do servidor público, sendo as leis que o alterem aplicáveis desde o início de sua vigência, não afasta a proteção constitucional dos direitos adquiridos relacionados a eventuais vantagens pessoais que já tenham acrescido ao patrimônio do servidor público, pois são coisas diversas.

Como bem ressaltado por Hugo Nigro Mazzilli, os precedentes do STF sobre inexistência de direito adquirido e emenda constitucionais, diziam respeito a pretensa existência de direito adquirido contra a imutabilidade de regime jurídico do servidor, concluindo o referido autor que ‘ora, não se admitindo direito adquirido à imutabilidade de regime jurídico, obviamente tanto o poder constituinte originário como o derivado podem o alterar livremente, respeitados, neste último caso, apenas os efeitos válidos já consumados sob a ordem jurídica anterior’. Assim, por exemplo, um servidor público que tenha ingressado na carreira sob a vigência de determinado regime jurídico que lhe garantisse a percepção de quinquênios, ou seja, acréscimo à sua remuneração de determinada verba, como adicional por tempo de serviço, a cada 5 anos, após 10 anos de efetivo serviço terá adquirido pelo transcurso do tempo de serviço (*ex facto temporis*) direito a integralização ao seu patrimônio desses dois quinquênios. Se, futuramente, houver alteração no regime jurídico regente da carreira desse servidor público, ele não mais fará jus à aquisição de novos quinquênios à cada 5 anos de efetivo serviço, em face do posicionamento da Corte Suprema pela inexistência de direito adquirido à regime jurídico; porém, em relação aos valores equivalentes aos dois quinquênios incorporados aos seus vencimentos, já se constituiu direito adquirido uma vez que já se haviam completado os requisitos legais e de fato para a integralização patrimonial. Como observa Carlos Maximiliano,

<sup>14</sup> MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. 7ª ed. rev., ampl. e atual. com a EC n. 24/99. São Paulo: Atlas, 2000, p. 352-353.

‘se chama adquirido o direito que se constitui regular e definitivamente e a cujo respeito se completam os requisitos legais e de fato para integrar no patrimônio do respectivo titular, quer tenha sido feito valer, quer não, antes de advir norma posterior em contrário’.

Portanto, em relação à situação ora tratada, afirma Hugo Mazili que ‘havendo direito adquirido, o poder de emenda à CF e a ordem infraconstitucional devem-lhe respeito’.

Dessa forma, nenhum servidor público poderá, à partir da regulamentação da EC nº 19/98, adquirir qualquer vantagem pessoal ou de qualquer outra natureza, nos termos da nova redação do inciso XI, do art. 37, que exceda ao teto salarial do funcionalismo público, correspondente ao subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal. Diferentemente, será o tratamento jurídico-constitucional dos servidores públicos que já tem incorporadas ao seu patrimônio vantagens pessoais juridicamente reconhecidas. Em relação à esses, não haverá possibilidade de retroatividade do presente art. 29, continuando os mesmos a perceberem integralmente seus vencimentos, em face da existência do direito adquirido e a impossibilidade de reconhecer-se uma retroatividade que desconstitua uma situação jurídica perfeita e acabada, consolidada na vigência da norma constitucional originária anterior, acarretando irregular irredutibilidade de vencimentos, devidamente incorporados ao patrimônio.”

De outra parte, não se desconhece a jurisprudência do STF autorizadora da modificação dos critérios modulatórios de remuneração. Isso sempre foi feito pela Administração, mas tendo em vista, ordinariamente, os vencimentos, tidos como a soma do vencimento básico com as vantagens permanentes relativas ao cargo, emprego, posto ou graduação (Lei n. 8.852/1994, art. 1º, II). Essas modificações, normalmente, preservam as vantagens pessoais. Quando não, há expresse registro da extinção da parcela, preservada, em todos casos, a garantia da irredutibilidade nominal.

No sistema remuneratório da Magistratura e do Ministério Público da União temos exemplo recente nesse sentido. As Leis ns. 10.474/2002 (art. 1º, § 3º) e 10.474/2002 (art. 1º, § 4º), dispondo, respectivamente, sobre a então nova remuneração para a Magistratura e para o Ministério Público da União, determinaram que a remuneração delas decorrentes incluísse e absorvesse todos e quaisquer reajustes remuneratórios percebidos ou incorporados, a qualquer título, por decisão administrativa ou judicial, até a data da publicação.

Como nada disseram das vantagens pessoais relativas aos quintos/décimos ou à vantagem decorrente da aposentadoria, Magistrados e Membros do Ministério Público seguiram percebendo tais direitos.

No regime do subsídio, como determinado pelo art. 8º da Emenda Constitucional n. 41 e confirmado, de forma didática, no julgamento do STF no MS 24875, foram extintos e absorvidos, expressamente, os vencimentos (ou seja, a retribuição pelo exercício cargo), a representação mensal e a parcela recebida em razão de tempo de serviço, tão-somente.

Subsistem, pois, os direitos adquiridos, lícitamente agregados ao patrimônio jurídico de Juízes e Membros do MP, coexistindo com o regime jurídico dos subsídios.

## **5 – Subsídios e direitos adquiridos**

A Constituição Federal, no art. 5º, inciso XXXVI, enuncia: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

Ensinam-nos Carlos Ayres Britto, ora emprestando seu brilho à Excelsa Corte, e Valmir Pontes Filho que os direitos adquiridos são manifestação do princípio maior da segurança

jurídica<sup>15</sup>.

José Afonso da Silva, em parecer encomendado pela AMPERJ e AMB, sintetiza o ensinamento sobre esses institutos:

“Ou seja, se o direito subjetivo não foi exercido, vindo lei ou emenda constitucional nova, ele se transforma em direito adquirido, porque já incorporado no patrimônio do titular. Se, porém, o direito subjetivo já foi exercido, foi devidamente prestado, tornou-se situação jurídica definitivamente constituída (direito satisfeito, direito realizado, extingui-se a relação jurídica que o fundamentava). Exemplo, quem tinha o direito de aposentar-se, aposentou-se, seu direito foi exercido, consumou-se; lei nova ou emenda constitucional nova não tem o poder de desfazer o direito assim exercido; não pode desaposentar o aposentado nem pode retirar os efeitos jurídicos da aposentadoria já consumada, só porque estabeleceu regras diferentes para ela. Aqui o direito subjetivo recebeu consagração definitiva por meio de um ato do Poder Público, gerando uma situação jurídica mais forte do que o direito adquirido, porque se dá o encontro entre o direito subjetivo, direito já incorporado no patrimônio do titular, e um ato jurídico do Poder Público que o consagra em definitivo, ato jurídico esse que, expedido regularmente, consolida definitivamente a situação jurídica subjetiva de vantagem no patrimônio do titular *com força inderrogável do ato jurídico perfeito e acabado.*”

Tais garantias constituem-se cláusulas pétreas (CF, art. 60, § 4º, IV, c/c o art. 5º, XXXVI) insuscetíveis de afastamento até mesmo por emenda constitucional, como já decidiu a Suprema Corte na ADI 939/DF, Plenário, Min. SYDNEY SANCHES, DJU 18/3/1994, página 5165 (no mesmo sentido: ADI 829/DF, Pleno, Min. MOREIRA DJU 16-09-1994 PP-24278). Mais recentemente, no multicitado julgamento do MS 24875, o STF reafirmou a possibilidade de confrontar direitos adquiridos com a Emenda Constitucional, no caso a de número 41.

A imutabilidade alcança tanto a garantia abstrata dos direitos adquiridos, ou seja, a previsão do art. 5º, XXXVI, como os próprios e concretos direitos individuais que são qualificados com o adjetivo adquirido.

É verdade que a Emenda Constitucional n. 41/2003, no art. 9º, mandou aplicar o disposto no art. 17 do ADCT "aos vencimentos, remunerações e subsídios dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza". Porém, como reconhecido no julgamento do MS 24875, não é possível restaurar a eficácia deste dispositivo transitório que se exauriu com a promulgação da Constituição Federal em 1988, fazendo com que os valores percebidos acima dos limites então estabelecidos pelo Legislador Constituinte Originário fossem reduzidos. O que quer a Emenda Constitucional n. 41/2003 agora é afrontar o preceito fundamental do direito adquirido, cláusula pétreia, que não pode ser excetuado nem mesmo por dupla Emenda Constitucional.

José Afonso da Silva, corroborando a doutrina hoje corrente, ensina (parecer mencionado, p. 16-17, grifamos):

“18. O art. 5º, XXXVI, como visto acima (n. 10), estatui que a lei não poderá prejudicar direito adquirido, ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Ninguém duvida de que, embora fale em lei, a garantia constitui também limitação ao poder de emenda: poder constituinte derivado, por ser uma forma de poder constituído ou instituído, é poder regrado, condicionado e limitado. Nada mais é do que uma competência instituída, na

<sup>15</sup> *Direito adquirido contra as emendas constitucionais*. Disponível em: <http://www.pgm.fortaleza.ce.gov.br/revistaPGM/vol04/05DireitoAdquiridoContraEmendasConst.htm>. Acesso em: 30 mai. 2006.

Constituição, para a produção de *normas constitucionais derivadas*, de acordo e dentro dos limites estabelecidos pela própria constituição. Disso decorre que se trata de um poder limitado por via de normas da própria Constituição que lhe impõem procedimento e modo de agir, dos quais não pode arredar-se sob pena de sua obra sair viciada, ficando mesmo sujeita ao sistema de controle de constitucionalidade, como outras normas jurídicas. Esse tipo de regramento da atuação do poder de reforma constitucional configura *limitações formais*. Além dessas limitações que são da essência do sistema, assinalam-se outras específicas que a doutrina costuma distribuir em três grupos: *temporais, circunstanciais e materiais* (explícitas e implícitas). Aqui só interessam as limitações materiais explícitas, porque aqui é que se situam os fundamentos das conclusões a que chegaremos neste parecer. **Pois, entre as cláusulas imodificáveis por reforma constitucional, o art. 60, § 4º da Constituição vigente, está a vedação de proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais (inc. IV).**

19. Antes dessa norma não era raro encontrarem-se afirmativas no sentido de não haver direito adquirido contra norma constitucional sem nenhuma distinção. Era uma doutrina pertinente ao poder constituinte originário, mas, se antes se poderia ter dúvidas de que o direito adquirido limitava o poder constituinte derivado, essas dúvidas não podem mais prevalecer em face da vedação, hoje expressa, de apresentação de propostas de emendas tendentes a abolir direitos e garantias individuais. E ninguém duvida de que se configura como uma típica garantia individual a regra constante do inc. XXXVI do art. 5º da Constituição de 1988, segundo o qual a *lei não pode prejudicar o direito adquirido*. O argumento é irretorquível, como um entimema: *a reforma constitucional não pode abolir direito adquirido porque se trata de uma garantia individual*. Ou se quiser em forma de um silogismo: **a reforma constitucional não pode abolir direitos e garantias individuais; o direito adquirido é uma garantia individual expressa no art. 5º, XXXVI; logo, a reforma constitucional não pode abolir o direito adquirido. Ou ainda, por outra forma: os direitos e garantias individuais são imodificáveis por emenda constitucional; o direito adquirido é uma garantia constitucional; logo, o direito adquirido é imodificável por emenda constitucional.**”

No mesmo sentido Alexandre de Moraes<sup>16</sup>:

“Note-se que a alterabilidade constitucional, embora possa traduzir-se na alteração de muitas disposições da Constituição, sempre deverá conservar um valor integrativo, no sentido de que deve deixar substancialmente idêntico o sistema originário idealizado pelo legislador originário. Nelson Sampaio, citando Cooley, afirma que ‘as emendas constitucionais não podem ser revolucionárias; elas devem estar em harmonia com o corpo do documento’. Não é outro o entendimento exposto por Carl Schmitt, ao afirmar que a possibilidade da Constituição ser reformada, não ‘quer dizer que as decisões políticas fundamentais que integram a substância da Constituição possam ser suprimidas e substituídas por outras quaisquer pelo Parlamento’.

(...) Ressalte-se que a Emenda constitucional somente permanecerá no ordenamento jurídico se em sua edição tiver respeitado as limitações expressas e implícitas decorrentes do art. 60 da Constituição (Cf. Capítulo 11, item 4).”

E conclui o eminente autor na edição já atualizada com a Emenda Constitucional n. 47/2005<sup>17</sup>:

Uma das regras obrigatórias para o Congresso Nacional no exercício do poder constituinte derivado reformador é a observância das chamadas *cláusulas pétreas*, verdadeiras limitações materiais ao poder de alteração constitucional e, dentre elas, os chamados *direitos e garantias individuais* (CF, art. 60, § 4º, IV).

Os direitos e garantias individuais [entre eles o direito adquirido], portanto, constituem um núcleo intangível da Constituição Federal, no sentido de preservação da própria identidade da Carta Magna, impedindo sua destruição ou enfraquecimento...”

<sup>16</sup> *Direito Constitucional*. 7ª ed. rev., ampl. e atual. com a EC nº 24/99. São Paulo: Atlas, 2000, p. 348-349.

<sup>17</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 18ª ed. atual. até a EC nº 47/05. São Paulo: Atlas, 2005, p. 369.

O entendimento da doutrina encontra ressonância no Supremo Tribunal Federal:

“Direito Constitucional e Tributário. Ação Direta de Inconstitucionalidade de Emenda Constitucional e de Lei Complementar. I.P.M.F. Imposto Provisório sobre a Movimentação ou a Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira - I.P.M.F. Artigos 5., par. 2., 60, par. 4., incisos I e IV, 150, incisos III, "b", e VI, "a", "b", "c" e "d", da Constituição Federal. 1. **Uma Emenda Constitucional, emanada, portanto, de Constituinte derivada, incidindo em violação a Constituição originária, pode ser declarada inconstitucional, pelo Supremo Tribunal Federal, cuja função precípua e de guarda da Constituição (art. 102, I, "a", da C.F.). (...).”** (ADI 939/DF, Plenário, Min. SYDNEY SANCHES, DJU 18/3/1994, página 5165, grifamos No mesmo sentido: ADI 829/DF, Pleno, Min. MOREIRA DJU 16-09-1994 PP-24278).

Portanto, a instituição do subsídio em parcela única não pode afastar as vantagens regular e lícitamente incorporadas ao patrimônio jurídico dos Membros do Ministério Público e da Magistratura.

Tal impossibilidade é ainda mais flagrante em relação às que, nos termos do julgamento da ADI 14, estavam imunes ao teto definido na redação original da Carta de 1988, como as vantagens pessoais decorrentes da aposentadoria e da incorporação de gratificações (quintos/décimos).

Ademais o escalonamento decorrente da instituição do subsídio para as categorias funcionais abaixo do Procurador-Geral da República e dos Ministros do STF não se confunde com subtetos. A parcela única para os cargos iniciais da carreira, por exemplo, não faz coincidir a noção de piso e teto intermediário. Ao contrário disso, o art. 37, XI, da Constituição – o que foi corroborado no julgamento do MS 24875 – prevê expressamente a coexistência do subsídio, parcela única, com vantagens pessoais, ao dispor:

**"a remuneração e o subsídio** dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, **incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal**, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos" (grifamos).

Portanto, a fixação do teto no patamar do subsídio dos Ministros do Supremo Tribunal Federal permite que os agentes públicos, incluindo os Membros da Magistratura e do Ministério Público, continuem percebendo as chamadas vantagens pessoais pelo menos até o teto.

Esse é o entendimento da doutrina constitucional brasileira, coligido no parecer supracitado do Professor José Afonso da Silva. É também a conclusão que se colhe do Mestre Alexandre de Moraes, eminente Conselheiro do Conselho Nacional de Justiça<sup>18</sup>:

**“Em conclusão, entendemos inadmissível qualquer interpretação seja da EC nº 19/98, seja da EC nº 41/03 que possibilite o desrespeito aos direitos adquiridos dos servidores públicos, às vantagens pessoais incorporadas regularmente aos seus**

<sup>18</sup> MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 18ª ed. atual. até a EC nº 47/05. São Paulo: Atlas, 2005, p. 366

**vencimentos, e conseqüentemente, integrantes definitivamente em seu patrimônio, em face de desempenho efetivo da função ou pelo transcurso do tempo, como por exemplo anuênios ou quinquênios.** Irrefutável a argumentação do saudoso Hely Lopes Meirelles, quando afirma que ‘vantagens irretiráveis do servidor só são as que já foram adquiridas pelo desempenho efetivo da função (*pro labore facto*), ou pelo transcurso do tempo (*ex facto temporis*).

Em relação a essas vantagens, consubstanciou-se o fator aquisitivo, configurando-se a existência de direito adquirido, pois conforme salienta Limongi França, ‘a diferença entre a expectativa de direito e direito adquirido está na existência, em relação a este, de fato aquisitivo específico já configurado por completo’. **Ora, aqueles que, de forma lícita e reconhecida juridicamente, tenham seus vencimentos atuais superiores ao futuro teto salarial do funcionalismo, previsto no inciso XI, do art. 37, da Constituição Federal, pela EC nº 41/03 – auto-aplicável, em face do art. 8º da citada emenda, conforme já analisado -, e correspondente ao subsídio mensal dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, (...), de forma alguma poderão sofrer redução salarial, sob pena de flagrante desrespeito à proteção aos direitos adquiridos”** (grifamos).

É imprescindível notar que a Emenda Constitucional n. 19/98 instituiu o subsídio para os agentes políticos, que constituem o patamar mais elevado da Administração Pública. Estes, como os demais servidores públicos, estão submetidos ao teto remuneratório instituído pelo art. 37, XI, da Carta Magna e são remunerados por parcela única. Ocorre que a preservação das vantagens pessoais somente para os servidores públicos não remunerados por subsídio, o que se admite só para argumentar, faria com que houvesse uma subversão da normal organização administrativa, permitindo que tais servidores fossem remunerados até o teto, mas Magistrados e Membros do Ministério Público percebessem somente a parcela única decorrente do escalonamento determinado pelo art. 93, V, da Constituição. Tal aplicação literal do art. 39, § 4º, da Carta seria por demais iníqua e contrária ao sistema de organização administrativa.

## 6 – Irredutibilidade remuneratória

A Constituição, nos arts. 37, XV, 93, III, e 128, § 5º, I, “c”, ao instituir a garantia de irredutibilidade remuneratória, veda a diminuição nominal dos valores lícitamente recebidos.

Como antes mencionado, o próprio Supremo Tribunal Federal, já na vigência da atual Constituição, definiu que as vantagens pessoais, como o adicional de tempo de serviço e incorporação de quintos/décimos, não se incluíam no teto então estabelecido (ADI 14/DF, Pleno, Ministro Célio Borja, DJU de 01-12-1989, acima transcrito).

Dessa forma, como o princípio constitucional da irredutibilidade dos estipêndios funcionais consta do rol dos direitos e garantias individuais, que são imunes a modificações, é indevido o abate-teto dos valores que vinham sendo legitimamente percebidos.

Mesmo se reafirmando a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal de que não há direito adquirido a regime jurídico, impossível afastar-se a regra da irredutibilidade, que serve de baliza à vigência no novo paradigma. Esse é o sentido da lição do eminente Professor Alexandre de Moraes<sup>19</sup>:

**“O alcance dessa garantia constitucional de irredutibilidade de vencimentos foi definido pelo STF, que estabeleceu tratar-se de cláusula que ‘veda a redução do que se tem’; não podendo, portanto, o quantum remuneratório sofrer redução.**

<sup>19</sup> MORAES, Alexandre. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 891-892, grifos nossos.

Ressaltamos, inclusive, que, mesmo que não haja direito adquirido do servidor público aos critérios legais de fixação do valor de sua remuneração, **eventual alteração ou redução das parcelas que a compõem, não poderão desrespeitar o princípio da irredutibilidade, sendo proibida a diminuição do valor da remuneração em sua totalidade.**”

José Afonso da Silva, no parecer supramencionado (p. 11-12), demonstra o posicionamento sedimentado da Suprema Corte sobre o tema:

“O Supremo Tribunal Federal tem reiterado em diversos pronunciamentos que a garantia constitucional de irredutibilidade de vencimentos proíbe que estipêndio funcional seja reduzido ou afetado, por ato do Poder Público, em seu valor nominal (Cf. ADIN nº1.396-3-SC, Tribunal Pleno, Min. Rel. Marco Aurélio, DJU 07.08.1998; grifos nossos). ‘Esta Corte, pronunciando-se sobre o alcance da cláusula constitucional da irredutibilidade de vencimentos, deixou assentado que o princípio em questão ‘veda a redução do que se tem’ (RTJ 104/80, Rel. Min. MOREIRA ALVES). O Supremo Tribunal Federal, tendo presente a concreta abrangência desse postulado fundamentalmente enfatizou que ‘...a garantia constitucional da irredutibilidade de vencimentos (...) torna intangível o direito que já nasceu e que não pode ser suprimido...’ (RTJ 118/300, Rel. Min. CARLOS MADEIRA), pois, afinal, a garantia da irredutibilidade incide sobre aquilo que, a título de vencimentos, o servidor já vinha percebendo (RTJ 112/786, Rel. Min. ALFREDO BUZAIK)’ (itálico meu).”

Tem-se a garantia de irredutibilidade de subsídio como modalidade qualificada da proteção ao direito adquirido:

“(...)Irredutibilidade de vencimentos: garantia constitucional que é modalidade qualificada da proteção ao direito adquirido, na medida em que a sua incidência pressupõe a licitude da aquisição do direito a determinada remuneração. (...)”<sup>20</sup>

Essa garantia foi novamente reconhecida recentemente no julgamento do MS 24875.

Portanto, há necessidade de preservarem-se os valores nominais da remuneração recebidos antes da fixação do subsídio.

## 7 - Conclusão

No recente julgamento do MS 24875, o STF decidiu pela absorção dos vencimentos, das verbas de representação e do adicional de tempo de serviço pelos subsídios. Reconheceu, todavia, a subsistência de vantagens pessoais frente ao novo regime e a preservação da garantia da irredutibilidade remuneratória.

Tendo em vista a vocação de o direito novo viger para o futuro, a mudança de regime é que faz surgir o direito adquirido, ou seja, aquele em que se verificou os requisitos fáticos e jurídicos, com fato aquisitivo específico já configurado por completo. A lei nova ou regime jurídico novo não podem retroagir para impedir a superveniência dos efeitos de direitos que foram legitimamente incorporados ao patrimônio do cidadão.

As vantagens pessoais, por exemplo, referentes à incorporação de direção, chefia ou assessoramento (quintos/décimos) ou à vantagem do art. 184 da Lei n. 8.112/1990, que foram incorporadas de acordo com os parâmetros do regime já revogado, subsistem no regime dos subsídios, devendo a parcela correspondente somar-se a estes. Não se trata, nesta hipótese, de direito adquirido ao regime revogado, mas somente a preservação dos efeitos dos direitos incorporados enquanto este vigorava.

A Emenda Constitucional n. 41, art. 8º, não determinou a absorção pelos subsídios

<sup>20</sup> STF-RE-298.694/SP, Pleno, Min. Sepúlveda Pertence, DJU 23-04-2004 PP-00009.

ou a extinção de tais parcelas, que subsistem portanto.

A Constituição, com *status* de cláusula pétrea, garante abstrata e concretamente os direitos individuais adquiridos. Essa garantia é ainda mais robusta em relação às vantagens pessoais que, nos termos do julgamento da ADI 14, estavam imunes ao teto original da Carta Cidadã, como as decorrentes da aposentadoria e da incorporação de gratificações (quintos/décimos).

É a própria Carta Magna, no art. 37, XI, que reconhece a coexistência dos subsídios com vantagens pessoais, possibilitando, pois, a soma destas com aqueles até o teto.

A título de irredutibilidade remuneratória, garantida nos arts. 37, XV, 93, III, e 128, § 5º, I, “c”, da Constituição, deve-se preservar o valor nominal da remuneração percebida antes da fixação dos subsídios.



**2007**



## UM OLHAR INVEJOSO DE UMA VELHA SENHORA:

a execução trabalhista no ambiente da Lei nº 11.382/2006 <sup>1</sup>

Antonio Umberto de Souza Júnior <sup>2</sup>

### 1- A importância do novo regime civil de execução dos títulos extrajudiciais

O propósito desse pequeno estudo é analisar a Lei nº 11.382, de 6 de dezembro de 2006, que reformou profundamente o processo de execução civil fundada em títulos extrajudiciais, e verificar suas possíveis interfaces e incongruências com o processo do trabalho.

A tarefa, certamente, impõe duas dificuldades muito grandes (e inevitáveis) em decorrência da recentidade da lei e de seu destino original.

A primeira delas é a própria extensão do novo regime de execução de títulos extrajudiciais, contendo um número significativo de disposições processuais civis alteradas e um outro considerável número de disposições revogadas – o que praticamente obriga todo expositor que sobre elas debruce a uma exposição naturalmente longa, ainda que a contragosto.

Em segundo lugar, concebido o novo regime para execuções cíveis, não é difícil vislumbrar vários questionamentos no tocante à adoção de suas disposições para o processo trabalhista. Afinal, não são poucos os obstáculos para o aproveitamento: detecção de omissão normativa da legislação processual trabalhista, verificação de compatibilidade entre a regra a ser emprestada e as regras e princípios processuais específicos e a restrição legal à executividade de títulos extrajudiciais na Justiça do Trabalho.

O pioneirismo tem o risco intelectual como companheiro inseparável.<sup>3</sup> Portanto, arriscar-se-ão, em alguns momentos, algumas opiniões (especialmente nas interações da reforma da execução fundada em título extrajudicial com a fisionomia da execução trabalhista), que se sujeitarão, obviamente, ao crivo, às críticas e, não se pode ignorar, até ao desprezo da comunidade jurídica. O que se pode antever, em todo caso, sem maior risco, é que, tanto quanto a Lei nº 11.232/05, que substituiu o regime de execução de títulos judiciais pelo regime de cumprimento de sentença, essa reforma da execução por título extrajudicial deverá propiciar muita discussão, muito debate e muita utilidade aos operadores dentro da Justiça do Trabalho.

O tema deste ensaio é, portanto, o novo regime da execução fundada em título extrajudicial no contexto de um velho problema – a (in)executividade dos títulos extrajudiciais na Justiça do Trabalho – e de uma crônica dificuldade imposta pela exigência

<sup>1</sup> O texto que ora se publica foi elaborado a partir da exposição oral que o autor realizou, como instrutor, no último Módulo do 1º Curso *On Line* promovido pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento dos Magistrados do Trabalho – ENAMAT/TST, em 19 de janeiro de 2007. Agradeço à ENAMAT a disponibilização do material resultante da aula para preparação deste texto. Agradeço também aos magistrados que participaram ativamente do Curso e com quem pude trocar impressões e dúvidas trazidas pela nova legislação processual civil, especialmente na interação com o processo do trabalho. Por fim, registro minha gratidão aos servidores LEONARDO PETER (TST) e ALEX HAMMES (TRT da 12ª Região), por todo apoio logístico, essencial para a realização do evento de que este artigo é fruto.

<sup>2</sup> Juiz Titular da 6ª Vara do Trabalho de Brasília/DF. Vice-Coordenador da Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região. Mestre em Direito e Estado pela Faculdade de Direito da UnB – Universidade de Brasília. Doutorando em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Professor universitário. Professor da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho – ENAMAT/TST.

<sup>3</sup> No processo civil, saíram à frente, comentando o novo regime de execução inaugurado pela Lei nº 11.382/2006: ALVIM, J. E. Carreira, e CABRAL, Luciana G. Carreira Alvim. *Nova execução de título extrajudicial: comentários à Lei 11.382/06*. Curitiba: Juruá, 2007; THEODORO JÚNIOR, Humberto. *A reforma da execução do título extrajudicial: Lei nº 11.382, de 06 de dezembro de 2006*.

legal de silêncio normativo como condição para aplicação subsidiária de normas processuais civis no processo trabalhista.

Esse novo regime de execução civil dos títulos extrajudiciais tem uma importância inegável que pode ser vislumbrada em quatro perspectivas diferentes:

a) em primeiro lugar, porque essas normas novas servem como normas subsidiárias do regime de cumprimento de sentença, inaugurado com a Lei nº 11.232/05.<sup>4</sup> Portanto, há aí um relevo interno nesta reforma da execução de títulos extrajudiciais, pois boa parte das novidades que ela transporta para o processo civil será fraternalmente compartilhada pelo outro regime de execução de títulos, que é o regime de cumprimento de sentença;

b) em segundo lugar, essas regras novas podem ser aplicadas na execução de créditos não-trabalhistas (ou seja, créditos que, mesmo não ostentando sua origem direta em nenhuma espécie de relação de trabalho, são exigíveis na Justiça do Trabalho) – isto é, apresentam também um relevo externo. A título ilustrativo, pense-se na execução fiscal de multas administrativas decorrentes do descumprimento da legislação trabalhista – cuja legislação processual especial faz remissão expressa ao CPC como norma subsidiária primária (Lei nº 6.830/80 – Lei de Execução Fiscal - LEF, art. 1º);

c) em terceiro lugar, é digna de cogitação científica – com importantíssimos reflexos práticos – a possibilidade de aplicação dessas normas processuais novas nas execuções de créditos decorrentes de relações de trabalho, empregatícias ou não;

d) por fim, numa idéia que já tem sido propagada por segmentos da doutrina processual trabalhista por ocasião das reformas processuais civis promovidas entre dezembro/2005 e fevereiro/2006,<sup>5</sup> é preciso elevar o grau de audácia científica para encarar a possibilidade de derrogação de algumas normas expressas do regime executivo trabalhista em prol de normas mais efetivas do CPC (ou seja, a suplementação do sistema normativo processual trabalhista mesmo quando este não se mostre omissivo), na linha de necessária atenção à garantia da efetividade do processo e, sobretudo agora, da garantia constitucional da duração razoável do processo (CF, art. 5º, LXXVIII).

Para atingir o propósito delineado, planeja-se dividir o plano da exposição em três módulos: resenhar as inovações mais relevantes trazidas pela Lei nº 11.382/2006, verificar o estado doutrinário da questão da executividade de títulos extrajudiciais na Justiça do Trabalho e, por fim, averiguar se o novo regime executório civil traz contribuições à melhoria da execução trabalhista, em termos normativos.

A resenha do novo regime civil de execução de títulos extrajudiciais procurará distribuir as inovações em 3 grupos: as normas concebidas com o objetivo de mero aprimoramento terminológico (ou seja, a adaptação do CPC à evolução doutrinária e à nova estrutura do Judiciário brasileiro vigente desde a Constituição de 1988), as normas promotoras da informalização de ritos e as normas que tenham promovido a reformulação de procedimentos, com especial ênfase em relação aos atos expropriatórios e aos atos de defesa do executado na execução.

O exame da utilidade do novo regime civil para a execução trabalhista será precedido de uma provocação acadêmica, que é a revisão de um velho problema, isto é, a visão extremamente restritiva quanto à possibilidade de existência de títulos extrajudiciais executáveis dentro da Justiça do Trabalho.

---

<sup>4</sup> CPC, art. 475-R: “Aplicam-se subsidiariamente ao cumprimento da sentença, no que couber, as normas que regem a execução de título extrajudicial”.

<sup>5</sup> Cf., por todos: CHAVES, Luciano Athayde. *A recente reforma no processo comum e seus reflexos sobre o direito processual do trabalho*, 2. ed. São Paulo: LTr, 2006; CHAVES, Luciano Athayde (Org.). *Direito Processual do Trabalho: reforma e efetividade*. São Paulo: LTr, 2007.

Só após tal revisão doutrinária é que se chegará ao ponto final da exposição, salientando que novidades deverão ser aproveitadas imediatamente no processo do trabalho, que novidades têm seu cabimento posto em dúvida e que inovações merecerão o refugio dos intérpretes e aplicadores no ambiente da Justiça do Trabalho.

## **2 – Linhas gerais do novo regime civil de execução de títulos extrajudiciais**

### **2.1 - Aprimoramento terminológico**

Como salientado na introdução, há uma parte relativamente significativa dos dispositivos trazidos pela Lei nº 11.382/2006 cuja alteração foi meramente cosmética. Procurou-se apenas por eles empreender a atualização da terminologia àquilo que a doutrina vinha preconizando e também a adequação da estrutura do CPC à estrutura judiciária brasileira vigente após a entrada em vigor do CPC/73.

Assim, à guisa de ilustração, em vários dispositivos (CPC, arts. 647, I, 651, 652, 668, 706, 736, 740, 745 e 746), a palavra **credor** e a palavra **devedor** são substituídas pelas palavras **exequente** e **executado**, fazendo uma distinção entre a parte legítima e a parte efetivamente titular de um crédito ou de uma obrigação; quanto à adequação das normas à nova estrutura judiciária, retiraram-se do CPC as referências ao Tribunal Federal de Recursos e inseriram-se, em seu lugar, referências ao Superior Tribunal de Justiça (CPC, arts. 411, IV, e 493, I).

### **2.2 - Informalização do processo judicial**

Há um outro grupo de alterações, de maior utilidade prática, que são algumas normas de informalização do processo judicial, ou seja, regras de simplificação ou de desjudicialização de ritos:

- a) a extensão do mesmo regime de presunção de validade das intimações efetuadas em endereços não atualizados pelos advogados (CPC, art. 39) às intimações endereçadas às partes (CPC, art. 238, parágrafo único);
- b) a ampliação das hipóteses de dispensa de autenticação cartorária de cópias de peças do processo judicial, antes confinada aos agravos de instrumentos, para os embargos à execução e demais incidentes da execução que venham a ser opostos no curso de uma ação executiva qualquer, mediante a simples afirmação de conformidade dessas cópias com os originais, pelos respectivos advogados (CPC, arts. 365, inciso IV, e 736, parágrafo único);
- c) a possibilidade de que a parte interessada possa fazer a averbação cartorária da certidão de ajuntamento da execução, com identificação das partes e do valor da causa, para o fim de configurar a fraude à execução caso o executado aliene ou onere os respectivos bens após a referida averbação (CPC, art. 615-A).<sup>6</sup>

### **2.3 - Inovações procedimentais**

Em um terceiro plano – seguramente, o mais relevante –, tem-se um novo

---

<sup>6</sup> Ou seja, valendo-se da nova prerrogativa legal de averbação extrajudicial da existência de execução judicial em curso, o exequente, para configurar a fraude à execução, não precisará demonstrar que aquela venda era capaz de reduzir o executado à condição de insolvente. Em suma, será presumida a fraude nestas circunstâncias (CPC, art. 615-A, § 3º). A partir do instante em que haja a averbação, esta inibirá a eficácia da alienação ou da oneração de bens do executado em relação ao exequente. Em contrapartida, ficará o exequente responsável civilmente por qualquer dano injustificado que tiver imposto ao executado em decorrência dessa sua medida extrajudicial (CPC, art. 615-A, § 4º). Deve-se assinalar que o exequente estará obrigado a comunicar ao juízo onde esteja ocorrendo a execução, nos dez dias seguintes à averbação, a ocorrência dessa anotação de gravame (CPC, art. 615-A, § 1º), que será cancelada em relação a bens não alcançados por penhora suficiente (CPC, art. 615-A, § 2º). Importante enfatizar que as despesas cartorárias para tal averbação não serão exigíveis do exequente com direito à assistência judiciária gratuita (Lei nº 1.060/50, art. 3º, I e II).

conjunto de regras procedimentais a regular a execução fundada em títulos extrajudiciais (e, subsidiariamente, o regime de cumprimento de sentença criado pela Lei nº 11.232/2005). Comece-se pela introdução do processo de execução:

- a) altera-se o prazo para pagamento, que era antes de 24 horas, para 3 dias (CPC, art. 652);
- b) o juiz fixará de plano os honorários de advogado, que deverão ser reduzidos pela metade, se houver o pagamento dentro dos 3 dias fixados pela lei (CPC, art. 652-A);
- c) a cobrança ou compensação de multa ou indenização por litigância de má-fé poderá efetuar-se em autos apensos à própria execução (CPC, art. 739-B);
- d) abre-se a alternativa ao executado de, ao ser citado na execução fundada em título extrajudicial, solicitar, no prazo para oferta de embargos, a efetivação do pagamento parcelado mediante depósito à vista de 30% do valor total do débito, inclusive custas processuais e honorários advocatícios, devidamente atualizado, e o pagamento do saldo em 6 prestações mensais acrescidas de correção monetária e juros de mora de 1% ao mês, ou seja, o executado, ao invés de discutir, tem a opção de reconhecer a existência e exatidão do débito e purgar a mora a prazo (CPC, art. 745-A);<sup>7</sup>
- e) com relação à penhora, abole-se o direito do executado de nomear bens à penhora e, ao mesmo tempo, cria-se a obrigatoriedade de que esse executado indique os bens, se o juiz instá-lo a tanto, de ofício ou a requerimento do exequente, devendo o executado fazê-lo no prazo de 5 dias, sob pena de caracterização de ato atentatório à dignidade da Justiça com a consequente imposição de multa de até 20% (CPC, art. 652, §§ 1º e 2º);
- f) dispensa-se a avaliação quando seja aceito o valor atribuído pelo executado ou quando se trate de títulos ou mercadorias com cotação em bolsa, comprovada em publicação ou certidão oficial (CPC, arts. 680 e 684);
- g) outra novidade (que é, na verdade, uma extensão daquilo que já havia sido fixado para o regime de cumprimento de sentença) é que a intimação da penhora poderá ser efetuada ao executado pessoalmente ou por seu advogado, tornando mais ágil a execução (CPC, art. 652, § 4º);<sup>8</sup>

Em relação à penhora, há uma nova gradação dos bens penhoráveis, conforme a nova ordem ditada pela redação que a Lei nº 11.382/2006 conferiu ao art. 655 do CPC:

- a) prevê-se, expressamente, a penhora eletrônica de valores do executado encontradas em instituições do Sistema Financeiro Nacional, ou seja, explicita-se a possibilidade de bloqueio de ativos financeiros em bancos, por intermédio de ordens judiciais eletrônicas, sepultando de vez as recorrentes (e injustificadas) críticas e objeções que se faziam ao Convênio Bacen-Jud de que é protagonista destacada a Justiça do Trabalho (CPC, arts. 655-A, *caput* e § 1º, e 659, § 6º);
- b) a ordem de bens a penhorar estabelecida na nova redação do art. 655 do CPC é a seguinte:
  - dinheiro;
  - veículos terrestres
  - móveis em geral

<sup>7</sup> É claro que isso levará à preclusão para a oferta de embargos e o credor – nesse caso, posso chamar de **credor** porque houve o reconhecimento do crédito – poderá levantar de imediato a importância depositada à vista, e a execução, então, ficará suspensa, aguardando o pagamento das parcelas remanescentes deste parcelamento legal. Em caso de atraso, haverá incidência de multa de 10% sobre o saldo devedor e as prestações ainda pendentes se vencerão antecipadamente (CPC, art. 745-A, §§ 1º e 2º), como já acontecia com os nossos acordos trabalhistas (CLT, art. 891).

<sup>8</sup> Pode parecer estranho, num primeiro instante, que o § 5º do art. 652 do CPC possibilite a dispensa da intimação da penhora ao executado. É que, como se verá mais adiante neste ensaio, o novo regime de defesa do executado altera o termo inicial para contagem do prazo para embargos que não será mais a intimação da penhora, mas, sim, a própria citação. Pela perda de relevância processual é que se autoriza, portanto, a dispensa da intimação da penhora.

- imóveis, com intimação obrigatória do cônjuge
  - navios e aeronaves
  - ações e cotas de sociedades empresárias
  - parte do faturamento da empresa executada mediante nomeação do depositário, que deverá submeter o plano de penhora à aprovação judiciária e prestar contas mensalmente (CPC, art. 655-A, § 3º)
  - pedras e metais preciosos
  - títulos da dívida pública federal, estadual ou distrital com cotação em mercado
  - títulos e valores mobiliários com cotação em mercado e
  - outros direitos, ou seja, créditos e ações, não mencionados na relação do art. 655 do CPC;
- c) estabelece-se um regime de penhora preferencial sobre o bem em garantia do recebimento da dívida, nas execuções de crédito com garantia real, devendo o terceiro garantidor, se for o caso, ser intimado à penhora também (CPC, art. 655, § 1º);
- d) a meação do cônjuge não fica mais recaindo sobre o bem penhorado, mas sobre o produto da alienação de tal bem, se esse bem for indivisível. Em outras palavras, a penhora de bem do casal não recairá mais sobre a meação do cônjuge executado, mas sim sobre o bem todo, reservando-se ao cônjuge alheio ao negócio gerador da dívida executada o direito de receber os 50% do produto da alienação (CPC, art. 655-B);
- e) já o art. 685-A, § 4º, do CPC, estabelece a obrigatoriedade de se intimar a sociedade para que se garanta o direito de preferência dos sócios na aquisição de cotas penhoradas em ação movida por exequente não sócio.

Também dignas de notas são algumas alterações em relação à impenhorabilidade, que passa a alcançar os seguintes bens (CPC, art. 649):

- os bens inalienáveis e voluntariamente impenhoráveis (sendo possível a penhora de frutos e rendimentos, na falta de outros bens);
- os móveis, pertences e utilidades domésticas que guarnecem a residência do executado (salvo os de elevado valor ou que ultrapassem as necessidades comuns, correspondentes a um médio padrão de vida, em parcial incorporação, no texto do estatuto processual civil, daquilo que já dispunha a Lei nº 8.009/90);
- as roupas e pertences pessoais de módico valor;
- a remuneração de empregados, servidores, pensionistas, aposentados, profissionais autônomos e os auxílios concedidos por liberalidade (por exemplo, um jovem casal que, sem renda própria, recebe um auxílio pecuniários dos pais para sua subsistência), mantida a exceção relativa ao pagamento de prestação alimentícia. Muito importante destacar que a lei, agora, impõe expressamente ao executado o ônus da prova da vinculação de numerário disponível em banco a qualquer destes tipos de renda (CPC, art. 655-A, § 2º);<sup>9</sup>

<sup>9</sup> As regras, aprovadas pelo Congresso Nacional (PL 51/2006 e PLC 4.497/2004), que asseguravam a penhorabilidade de até 40% do que excedesse a 20 salários mínimos e a penhorabilidade de bens de família de valor superior a 1000 salários mínimos (§ 3º do art. 649 e parágrafo único do art. 650 do CPC) foram vetadas quando da sanção presidencial (Mensagem de Veto nº 1.047/2006, publicada no DOU de 7.12.2006), partindo-se da equivocada premissa de impenhorabilidade absoluta dos valores remuneratórios (já penhoráveis no regime anterior para pagamento de prestação alimentícia, exceção mantida com a Lei nº 11.382/2006) e dos bens de família (já penhoráveis na cobrança de tributos sobre o próprio imóvel e em ações trabalhistas de empregados da residência, para ficar apenas em duas das diversas hipóteses abertas pelo art. 3º da Lei nº 8.009/90). Assim, após reconhecer que a “proposta parece razoável porque é difícil defender que um rendimento líquido de vinte vezes o salário mínimo vigente no País seja considerado como integralmente de natureza alimentar”, invoca a Mensagem presidencial que “a tradição jurídica brasileira é no sentido da impenhorabilidade, absoluta e ilimitada, de remuneração”, julgando-se mais conveniente “que a questão volte a ser debatida pela comunidade jurídica e pela sociedade em geral”. Com ligeiras diferenças redacionais foram tecidas as considerações justificadoras do veto ao segundo dispositivo apontado. Ou seja, emprestou o Chefe do Poder Executivo maior peso à “tradição” (em verdade “inventada, como diria HOBBSAWN, pela edição de regras ostensivas, mutáveis

- os livros, utensílios, móveis e equipamentos necessários ou úteis ao exercício de qualquer profissão;
- o seguro de vida;
- os materiais de construção para obras em andamento, que não tenham sido penhoradas;
- a pequena propriedade rural de economia familiar;
- as receitas públicas destinadas a aplicações compulsórias em educação, saúde ou assistência social e
- o saldo de poupança até quarenta salários mínimos.

A última regra nova, nesta matéria, estabelece que não se poderá opor a impenhorabilidade contra o credor que tenha concedido crédito para aquisição do bem que se pretenda penhorar (CPC, art. 649, § 1º).

Quanto à substituição da penhora, cria-se também um regime novo. A substituição da penhora agora não precisa ser necessariamente feita por dinheiro como preconizava o antigo art. 668 do CPC.<sup>10</sup> O Código abre a possibilidade de substituição por outros bens que não o dinheiro (CPC, art. 656).

Quanto ao depósito, estabelece o novo regime, como regra geral, que o bem penhorado permanecerá nas mãos do depositário particular ou público, só devendo ficar nas mãos do executado se houver aceitação do exequente ou se o bem for daqueles de difícil remoção (CPC, art. 666, § 1º).

Ainda nesta seara do depósito judicial, cuidou o legislador de positivizar como norma legal antiga orientação do Supremo Tribunal Federal quanto à desnecessidade de ação autônoma de depósito para decretação de prisão do depositário infiel (CPC, art. 666, § 3º; Súmula 619/STF).

A nova sistemática executiva, por outro lado, torna mais clara a possibilidade de reavaliação do bem penhorado nos casos de erro ou de alteração superveniente do valor do bem ou de fundada dúvida quanto ao valor atribuído (CPC, art. 683).

Ainda no campo do regime dos bens do executado, operou-se importante inovação, que foi a eliminação da remição de bens, com a revogação expressa dos arts. 787 a 790 do CPC, persistindo apenas a remissão de dívidas (CPC, art. 651). Contudo, seria inexato afirmar que o bem penhorado passou a ser irredimível pelos parentes do executado. Em verdade, o legislador preservou tal possibilidade, estendendo ao cônjuge, descendente e ascendente (exatamente os antes legitimados para requerer a remição conforme o revogado art. 787 do CPC) a legitimidade para requerer a adjudicação, inclusive com preferência legal (CPC, art. 685-A).

Por falar em adjudicação, é notável e significativa a mudança promovida pela legislação reformadora no quadro do regime expropriatório. Doravante, observar-se-á a seguinte ordem para venda dos bens penhorados (CPC, arts. 647 e 686):

- a) adjudicação, pelo valor da avaliação, em favor do cônjuge, descendente ou ascendente do executado, do exequente, do exequente com garantia real e de outros exequentes com penhora sobre o mesmo bem (CPC, art. 685-A);

---

pelo Parlamento) que à equidade patrocinada pela medida inovadora proposta e, por ora, extirpada das regras concernentes às restrições à penhora de bens do executado. Contraditoriamente, ao justificar o veto à *vacatio legis* mais dilatada (art. 6º do PL nº 51/2006), alegou-se a desnecessidade de aguardar mais tempo para a lei entrar em vigor porque “o conteúdo do presente Projeto de Lei foi largamente debatido pela comunidade jurídica durante o trâmite parlamentar”.

<sup>10</sup> Eis o texto revogado: “Art. 668. O devedor, ou responsável, pode, a todo tempo, antes da arrematação ou da adjudicação, requerer a substituição do bem penhorado por dinheiro, caso em que a execução correrá sobre a quantia depositada.”

b) alienação particular, diretamente pelo exequente, que poderá realizá-la por si ou por corretor credenciado judicialmente, em prazo, modo de publicidade, valor mínimo, condições de pagamento, garantias e, se houver corretor, comissão de corretagem fixados pelo juiz. (CPC, art. 685-C);

c) arrematação em hasta pública em moldes similares ao que se praticava anteriormente à Lei nº 11.382/2006 (CPC, arts. 686 a 696) e

d) usufruto judicial de bem móvel ou imóvel (CPC, arts. 716 a 724).

Também se alterou o regime de divulgação das hastas, para dispensar os editais, no caso de venda de bens até 60 salários mínimos, desde que a arrematação não se dê por preço inferior ao valor da avaliação (CPC, art. 686, § 3º). Autoriza-se expressamente a divulgação da hasta particular ou pública por meios eletrônicos, na forma da regulamentação dos tribunais (CPC, arts. 685-C, § 3º, 687, § 2º, e 689-A), e também flexibilizou-se a regra de intimação da alienação judicial, por meio do advogado do executado ou ao próprio executado, por mandado, carta registrada, edital ou outro meio idôneo, ou seja, ao advogado (por meio da imprensa ou por qualquer outra forma confiável de intimação) ou ao executado (por mandado, carta registrada, edital ou algum outro meio evidentemente idôneo para comprovação da sua cientificação), na forma do art. 687, § 5º, do CPC.

Nos casos de arrematação com pagamento do preço a prazo, este foi dilatado de 3 para 15 dias mediante caução (CPC, art. 690). No caso de bem imóvel, estabelece-se a possibilidade de propostas de aquisição do bem, de forma parcelada, desde que se ofereça o equivalente a pelo menos 30% à vista e o valor da oferta seja pelo menos igual ao da avaliação. Em tal situação, deverá o proponente indicar o prazo, a forma e as condições de pagamento, sendo o imóvel adquirido hipotecado em garantia ao recebimento do saldo devedor.

Ampliou-se o rol de sujeitos a quem se veda a participação em hastas judiciais para abranger os membros do Ministério Público, da Defensoria Pública e os serventuários da Justiça em geral (CPC, art. 690-A, III).

Também se estabelece uma regra interessante no sentido de que a arrematação, após a assinatura do auto pelo juiz, pelo arrematante, pelo serventuário ou pelo leiloeiro, será tida como definitiva, mesmo se os embargos à execução vierem a ser julgados procedentes (CPC, art. 694). Da mesma forma, a adjudicação também será considerada definitiva após a assinatura do auto pelo juiz, pelo adjudicante, pelo escrivão e, se estiver presente, pelo executado (CPC, art. 685-B, *caput*).

Novo regime de invalidação da arrematação foi implantado para permitir que essa invalidação ocorra pela descoberta de gravame não mencionado no edital, desde que argüido o vício em 5 dias (CPC, art. 694, § 1º, III). Outra hipótese de invalidação é a desistência da aquisição, no caso de oposição de embargos à arrematação, ou seja, o adquirente do bem, diante da notícia de que foram opostos embargos à arrematação, poderá desistir da aquisição. Nesse caso, essa desistência levará à invalidação da arrematação, mas poderá custar caro ao embargante: se o juiz entender que os embargos se revestiam de caráter protelatório, esse adquirente desistente receberá do embargante uma multa de 20% sobre o valor do bem pretendido (CPC, arts. 694, § 1º, IV, e 746, §§ 1º e 2º). Continua possível a invalidação da arrematação efetuada por preço vil e a lei continua vaga, não estabelecendo qual seria o parâmetro da vileza (CPC, arts. 692 e 694, § 1º, V). Outra situação ensejadora de invalidação da arrematação será a falta de cientificação da arrematação, com 10 dias de antecedência, ao senhorio direto, ao credor com garantia real ou com penhora anteriormente averbada sobre o bem penhorado, desde que ele não tenha participado da execução (CPC, arts. 694, § 1º, VI, e 698).

Estabelece-se também a responsabilidade patrimonial do exequente se os

embargos à execução, sem efeito suspensivo, vierem a ser julgados procedentes. Nesse caso, o exequente responderá pelo valor arrecadado ou pelo valor do bem; quer dizer, aquele que for financeiramente mais significativo (CPC, art. 694, § 2º). Já o arrematante ou seu fiador perderá a caução pelo não pagamento do preço a prazo (CPC, art. 695).

Ainda dentro dessas regras relativas à venda dos bens, estabelece-se a possibilidade de leilão público para a alienação de bens móveis que não esteja a cargo de corretores da bolsa de valores (CPC, arts. 704 a 707).

Explicita-se que todas as decisões em matéria de concurso de credores e de concessão de usufruto de imóvel ou móvel terão natureza interlocutória, comportando, portanto, apenas agravo, não mais apelação (CPC, arts. 711, 713, 716, 718 e 722), permitindo um fluxo mais veloz do feito.<sup>11</sup>

Preocupou-se o legislador, ainda, com a lavratura do auto de arrematação, que há de ser imediata, sendo a ordem de entrega do bem móvel ou a carta de arrematação do imóvel postergada até o depósito do preço ou, se for o caso, até a prestação das garantias pelo arrematante, ou seja, naquelas situações de pagamento a prazo (CPC, art. 693). E também se altera o conteúdo das cartas de adjudicação e arrematação, que agora devem conter (CPC, arts. 685-B, parágrafo único, e 703):

- a descrição do imóvel com referência à matrícula e aos registros, ou seja, os cartórios onde estão registrados;
- a cópia do auto respectivo e
- a prova da quitação do imposto de transmissão.

No caso de alienação por iniciativa particular, a sua formalização se dará por termo assinado pelo juiz nos autos, pelo exequente, pelo adquirente e, se for o caso, pelo executado, expedindo-se carta de alienação do imóvel ou mandado de entrega do bem móvel (CPC, art. 685-C, § 2º).

## 2.4 - Defesa do executado

Por fim, como quarto grupo de inovações em termos procedimentais, merece destaque o exercício do direito de defesa nas execuções por títulos extrajudiciais.

Primeiro, naquilo que talvez represente o único retrocesso da grande reforma do sistema executivo, criou-se uma nova modalidade de execução provisória. Até o advento da Lei nº 11.382/2006, só se cogitava de execução provisória quando o título fosse judicial, pois a provisoriedade fundava-se na possibilidade de reversão de decisão judicial condenatória por intermédio de recurso sem efeito suspensivo (CPC, art. 475-I, § 1º), ou seja, a execução era provisória porque havia o risco de desaparecimento do título executivo judicial em que se fundava pelo êxito do condenado nas instâncias recursais. A partir de agora, também provisória será a execução de título extrajudicial que prossiga quando pendente apelação contra a sentença que tenha julgado improcedentes os embargos à execução recebidos com efeito suspensivo (CPC, art. 587). Trocando em miúdos, se o juiz condutor da execução entender, num primeiro momento, que ela deva ser suspensa por força dos embargos (falaremos a seguir sobre esta eficácia suspensiva condicionada), a execução a seguir, após o julgamento dos embargos, será considerada como provisória se for interposto recurso; em contrapartida, se o juiz condutor, ao receber os embargos à execução, negar-lhes eficácia suspensiva, a execução será definitiva mesmo se pendente apelação contra a sentença que os tenha rejeitado.

Mas o que se afigura mais relevante é a nova sistemática aplicável aos

---

<sup>11</sup> ALVIM, J. E. Carreira e CABRAL, Luciana G. Carreira Alvim, ob. cit., p. 182-183.

embargos à execução.

Ampliou-se o prazo de embargos para 15 dias (ao invés de 10), contados da juntada do mandado de citação ou, no caso de carta precatória, da juntada do comunicado do juízo deprecado, inclusive por via eletrônica, da efetivação dessa citação no juízo deprecado (CPC, art. 738, *caput* e § 2º), e não mais da intimação da penhora quando se tratasse de execução para pagamento de quantia certa (CPC, art. 738, I, na redação anterior à entrada em vigor da Lei nº 11.382/2006).

No caso de coexecutados, os prazos e resultados dos julgamentos são autônomos e não observarão a regra do art. 191 do CPC, que garante a contagem em dobro do prazo para os litisconsortes com procuradores distintos (CPC, art. 738, §§ 1º, 3º e 4º). Estabeleceu-se também a autuação em separado e a dispensa, já mencionada aqui, de autenticação das peças.

Além de tudo isso, não há mais necessidade, exatamente porque o prazo para embargos à execução passa a fluir a partir da citação, de prévia garantia do juízo para oferta de tais embargos (CPC, art. 736). A medida, aparentemente, induzirá um esvaziamento significativo das hipóteses de exceção ou objeção de pré-executividade em execuções civis. Diz-se “aparentemente” porque a franquia de embargos sem necessária garantia do juízo propiciará a precoce defesa do executado (evitando a penhora eventualmente iníqua), mas tal defesa só estará apta para sobrestar a execução (e os atos constritivos e expropriatórios correspondentes), afora outros requisitos específicos, se o juízo estiver garantido. Assim, remanesce interesse de agir para os incidentes de exceção ou objeção de pré-executividade.<sup>12</sup>

Quanto às matérias argüíveis em sede de embargos à execução, a nova redação do art. 745 do CPC prescreve que poderá o executado alegar:

- ausência de executividade do título
- incorreção da penhora ou erro na avaliação
- excesso de execução ou acumulação indevida de execuções
- retenção por benfeitorias necessárias ou úteis, nos casos de títulos para entrega de coisa certa
- qualquer matéria própria de defesa em processo de conhecimento.

Em relação às benfeitorias, reza o dispositivo mencionado que elas podem ser compensadas a pedido do exequente com o valor de frutos ou danos considerados devidos pelo executado e que poderá haver a imissão na posse, a qualquer momento, mediante depósito do valor devido pelas benfeitorias ou pelo valor remanescente após a compensação (CPC, art. 745, §§ 1º e 2º).

Nova roupagem ganhou a rejeição liminar dos embargos. Segundo o novo art. 739 do CPC, os embargos à execução poderão ser rejeitados por intempestividade, por inépcia da petição inicial, pelo caráter manifestamente protelatório ou – e aqui há uma inovação importante na disciplina dos embargos – pela não indicação do valor devido em memória de cálculo no caso de alegação de excesso de execução.

Outra inovação extremamente relevante nos embargos, seguindo também uma tendência aberta com o regime de cumprimento de sentença, é o **efeito suspensivo condicionado** dos embargos à execução, convertendo a recepção dos embargos numa

---

<sup>12</sup> No mesmo sentido, ainda que com argumentos um pouco diferentes: THEODORO JÚNIOR, Humberto, ob. cit., p. 180-181; ALVIM, J. E. Carreira e CABRAL, Luciana G. Carreira Alvim, ob. cit., p. 197. Estes últimos autores destacam a visão ilusória dos apresentadores do projeto de que resultou a Lei nº 11.382/2006, ao suporem, na respectiva Exposição de Motivos, que a dispensa de garantia para embargos eliminaria a necessidade de uso das tais exceções de executividade.

espécie de tutela cautelar incidental.

Agora, ao opor os embargos, a parte, se pretender suspender a execução durante a discussão dos embargos, deverá garantir o juízo suficientemente, por penhora, depósito ou caução, e deverá procurar convencer o juiz da plausibilidade do direito sustentado nos embargos e do risco no prosseguimento da execução (CPC, arts. 739-A, *caput* e § 1º, e 791, I). Insiste-se que, no novo regime ora comentado, a penhora não é necessária para a oferta de embargos, mas é imprescindível para viabilizar a concessão de efeito suspensivo.

Em suma, havendo esses três elementos (relevo nos fundamentos dos embargos; risco no prosseguimento da execução e garantia do juízo executório), poderá o magistrado conceder efeito suspensivo sobre toda a execução ou sobre parte dela, dependendo do tipo de alegação que se faça, e a execução, então, prosseguirá ou não, a depender dessa decisão inicial do juiz quanto à concessão de efeito suspensivo.<sup>13</sup> Como ocorre com os provimentos antecipatórios e cautelares em geral (CPC, arts. 273, § 4º, e 807), o juiz poderá modificar ou revogar a decisão inicial acerca do efeito suspensivo dos embargos a qualquer momento (CPC, art. 739-A, § 2º). Mesmo concedido o efeito suspensivo aos embargos opostos, os atos de penhora e avaliação serão concluídos (CPC, art. 739-A, § 6º). Se a impugnação for apenas quanto a uma parte da execução, a parte não impugnada não será tida como afetada pelo efeito suspensivo e a execução quanto a ela poderá continuar normalmente (CPC, art. 739-A, § 3º). Independentemente da concessão ou negativa de efeito suspensivo aos embargos, será aberto prazo de 15 dias para que o exequente possa impugná-los.

Não havendo necessidade de instrução, deverão os embargos ser julgados em 10 dias. Havendo prova oral a ser produzida, marcará uma audiência de conciliação, instrução e julgamento (CPC, art. 740).

Por fim, neste desfile de novidades, merecem referência os embargos à adjudicação, à alienação ou à arrematação. O prazo para sua oferta foi reduzido para 5 dias, mas, no mais, seu rito acompanhará, “no que couber”, o mesmo rito desenhado para os embargos à execução (CPC, art. 746).

Nesses embargos à expropriação podem ser alegadas a nulidade da execução ou qualquer causa extintiva da obrigação superveniente à penhora. Mas a lista legal é meramente exemplificativa. Um exemplo de imprevisão de hipótese óbvia para tais embargos, ausente da lista legal, é o advento da falência da executada.

O resultado do julgamento dos embargos será indiferente para a conclusão do ato expropriatório, ou seja, a expropriação será concluída normalmente, desde que não haja alegação que envolva o arrematante (CPC, art. 694, § 2º).

---

<sup>13</sup> “Poderá” ou deverá conceder o efeito suspensivo, na presença do trio de requisitos legais? Esta é uma velha questão que assola, em especial, os estudiosos dos processos cautelares. Evidentemente, o dilema proposto não está na dimensão da competência do juiz (neste sentido, ele sempre poderá conceder o efeito suspensivo aos embargos opostos), mas de se inquirir se há alternativa discricionária que respalde a negativa de concessão do efeito suspensivo mesmo quando objetivamente presentes os requisitos respectivos. A jurisdição cautelar não é uma jurisdição menor, mas apenas incompleta porque a atividade do julgador pode interferir na posição jurídica de alguém que ainda não foi ouvido (a referência aqui é às hipóteses comuns de deferimento de liminares *in audita altera pars*, situação funcionalmente muito similar ao da decisão concessiva do efeito suspensivo aos embargos à execução fundada em título extrajudicial). Assim, demonstrados o risco e a viabilidade da pretensão, no caso concreto, não poderá o juiz vacilar entre conceder ou não o efeito suspensivo. É esta a opinião, dentre outros, de HUMBERTO THEODORO JÚNIOR (ob. cit., p. 194) e de NELSON NERY JÚNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY (*Código de Processo Civil comentado*, 9. ed. São Paulo: RT, 2006, p. 943). Parafrazeando famosa expressão cunhada por CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, trata-se, pois, de um *dever-poder geral de cautela*.

### 3 – Direito intertemporal

Tema dos mais ingratos, pela precariedade dos interesses envolvidos, é a questão do direito intertemporal.

Em decorrência do veto presidencial ao art. 6º do Projeto de Lei nº 51/2006 (do qual veio à luz a Lei nº 11.382/2006, publicada no DOU de 7.12.2006), a *vacatio legis*, que era para ser de seis meses, foi fixada em 45 dias – regra geral para os casos em que a lei se silencie a respeito de sua vigência (Decreto-Lei nº 4.657/42 – Lei de Introdução ao Código Civil - LICC, art. 1º), o que significa, conjugando essa regra com a regra do art. 8º, § 1º, da Lei Complementar nº 95/98, (ou seja, “com a inclusão da data da publicação e do último dia do prazo, entrando em vigor no dia subsequente à sua consumação integral”) que o fluxo desses 45 dias terá recaído no dia 20 de janeiro, entrando em vigor, então, no dia 21 de janeiro de 2007.

Entretanto, em 10 de janeiro de 2007, publicou-se na primeira página do Diário Oficial da União uma retificação para que, no novo inciso III do art. 656 do CPC, se lesse “se, havendo bens no foro da execução, outros houverem sido penhorados” no lugar de “se, havendo bens no foro da execução, outros houver sido penhorados”. Terá tal retificação condão de postergar o início da vigência da nova lei ora comentada?

À primeira vista, a resposta é afirmativa. Afinal, “se, antes de entrar a lei em vigor, ocorre nova publicação de seu texto, destinado a correção, o prazo deste artigo e dos parágrafos anteriores começará a correr da nova publicação” (LICC, art. 1º, § 3º) e, com tal republicação, a reforma da execução aqui examinada só entraria em vigor em 24 de fevereiro de 2007.

Todavia, a republicação apta a adiar a vigência da norma em *vacatio legis* somente pode ser aquela que altere o teor da norma, “a sua substância ou o seu sentido”.<sup>14</sup> Como visto pela transcrição do texto original e da errata, o problema detectado era de correção gramatical de um erro de concordância sem qualquer interferência na apreensão do sentido da norma (ainda menos na apreensão do sentido de todo conjunto de normas). Ademais, ainda que fosse juridicamente significativa a retificação referida, alterando o conteúdo normativo, a postergação de vigência somente deveria atingir o dispositivo corrigido,<sup>15</sup> o que, no caso sob análise, seria irrelevante, pois a alteração na disposição do inciso III do art. 656, em relação à versão original da norma, cinge-se à mudança do tempo verbal do verbo *haver*.<sup>16</sup>

Portanto, a retificação em causa não equivale à republicação para efeito de adiamento da data de vigência da norma corrigida.

E como se resolvem os problemas de aplicação da lei nova no tempo? Seguindo o ordenamento processual brasileiro a teoria do isolamento dos atos processuais (*tempus regit actum*), tem-se que:

<sup>14</sup> RÁO, Vicente. *O Direito e a vida dos direitos*, v. 1, 3. ed. São Paulo: RT, 1991, p. 292. No mesmo sentido, leciona CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA: “Poderá acontecer que a lei, ao ser publicada, contenha incorreções e erros materiais, que exorbitando de pequenas falhas ortográficas que lhe não desfiguram o texto, exijam nova publicação, total ou parcial” (*Instituições de Direito Civil*, v. I, 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 75).

<sup>15</sup> “Se apenas uma, ou algumas partes, houverem sido corrigidas, o prazo recomeçará a correr somente em relação à parte ou partes retificadas, pois não se poderia admitir, para a entrada em vigor das partes certas, um prazo de espera excedente do limite geral estabelecido para o início dos efeitos obrigatórios de todas as leis, a não ser que a parte retificada afete a própria substância, o próprio espírito da lei, e, assim, a lei, por inteiro (RÁO, ob. cit., p. 292).

<sup>16</sup> “Se apenas uma, ou algumas partes, houverem sido corrigidas, o prazo recomeçará a correr somente em relação à parte ou partes retificadas, pois não se poderia admitir, para a entrada em vigor das partes certas, um prazo de espera excedente do limite geral estabelecido para o início dos efeitos obrigatórios de todas as leis, a não ser que a parte retificada afete a própria substância, o próprio espírito da lei, e, assim, a lei, por inteiro (RÁO, ob. cit., p. 292).

- a) as execuções futuras (inclusive de títulos judiciais decorrentes de ações ainda não julgadas no instante em que as inovações entraram em vigor) serão apanhadas completamente pela lei nova;
- b) as execuções findas são indiferentes a essas alterações, e
- c) os processos pendentes serão apanhados na medida em que a fase processual esteja em curso e seja regida pelas novas disposições.<sup>17</sup>

Essas são as linhas gerais da reforma do CPC promovida pela Lei nº 11.382/06.

Resta por discutir o novo regime dessa execução civil perante a Justiça do Trabalho.

#### **4 – Um velho problema: a ineficácia executiva dos títulos executivos extrajudiciais na justiça do trabalho**

A chegada do novo regime de execução civil de títulos extrajudiciais deve animar a retomada de uma reflexão em torno do problema da exaustividade da lista dos títulos extrajudiciais executáveis na Justiça do Trabalho.

##### **4.1 - Teorias restritivas do cabimento dos títulos executivos extrajudiciais**

Criou-se, há muito tempo, uma forte trincheira de resistência doutrinária, praticamente unânime, à possibilidade de execução de títulos extrajudiciais não previstos na CLT.

Um grupo significativo, qualitativa e quantitativamente, execra a possibilidade de execução de títulos extrajudiciais ou admite apenas aqueles introduzidos pela Lei nº 9.958/2000 (termos de ajustamento de conduta celebrados perante o Ministério Público do Trabalho e termos de acordo celebrados perante as Comissões de Conciliação Prévia).

SÉRGIO PINTO MARTINS, por exemplo, nega a executividade dos títulos extrajudiciais no processo do trabalho<sup>18</sup>, porque a “execução na Justiça do Trabalho está adstrita [...] às regras do art. 876 da CLT” que, segundo ele, “é claro no sentido de que apenas o título executivo judicial pode ser executado [...] Na redação original do art. 876 da CLT não havia previsão para execução de termos de ajuste de conduta firmados perante o Ministério Público do Trabalho, o que não poderia ser feito.[...] Os termos de conciliação firmados perante as Comissões de Conciliação Prévia também poderão ser executados. O termo de conciliação é título executivo extrajudicial (parágrafo único do art. 625-E da CLT)”.<sup>19</sup> No mesmo sentido caminham as opiniões de AMADOR PAES DE ALMEIDA<sup>20</sup> e MANOEL ANTONIO TEIXEIRA FILHO<sup>21</sup>.

RENATO SARAIVA também descarta os títulos executivos extrajudiciais para instruir execuções trabalhistas, “apenas constituindo-se em documentos aptos a instruir

<sup>17</sup> Cf., por todos: SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de Direito Processual Civil*, v. 1, 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 32-34.

<sup>18</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. *Comentários à CLT*, 10. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 937.

<sup>19</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito Processual do Trabalho*, 27. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 655-656.

<sup>20</sup> ALMEIDA, Amador Paes de. *Curso prático de processo do trabalho*, 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 345. O autor, todavia, não esclarece a sutil evolução de sua opinião ao dizer que os termos de ajuste de conduta e de acordo nas comissões de conciliação prévia são exemplos de títulos extrajudiciais (deixando no ar a impressão do cabimento de outras espécies de títulos).

<sup>21</sup> TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *Execução no processo do trabalho*, 9. ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 196-197.

eventual ação monitoria, caso os títulos tenham origem na relação de emprego (ou mesmo ajuizar uma ação trabalhista normal)”<sup>22</sup>, sem maior aprofundamento.

Já VALENTÍN CARRIÓN também não aceita a executividade trabalhista de títulos extrajudiciais comuns, mas, lembrando lição antiga de SERAFIM LOURENÇO, levanta hipóteses de situações em que tais títulos poderiam ser admitidos, como a emissão de nota promissória ou cheque pelo empregador para quitação de débito contratual trabalhista ou o reconhecimento de dívida em instrumento público ou particular firmado por testemunhas.<sup>23</sup>

Do coro doutrinário acima referido, percebe-se um arraigado apego à literalidade do art. 876 da CLT, que, de fato, não admitia títulos executivos extrajudiciais na Justiça do Trabalho até o advento da Lei nº 9.958/2000. Ocorre que esta lei, alterando a redação do art. 876 da CLT, não trouxe uma cláusula aberta a todo tipo de título extrajudicial, admitindo apenas os termos de ajustamento de conduta firmados com o Ministério Público do Trabalho e os termos de acordo celebrados nas Comissões de Conciliação Prévia que estavam sendo criadas justamente por tal diploma legal. Portanto, a tímida abertura doutrinária continuou vinculada a uma interpretação literal (e, como procurarei demonstrar, constitucionalmente inadequada) da disposição da CLT que lista os títulos executivos trabalhistas.

Um aspecto que dificulta o enfrentamento científico da questão é a precariedade argumentativa dos autores que rejeitam a executividade de títulos extrajudiciais comuns. Mas há ao menos uma exceção de peso. WAGNER GIGLIO dedica generoso espaço de seu *Curso* à questão, mostrando que havia receio doutrinário de fraudes e danos ao trabalhador se se admitisse a executividade de títulos extrajudiciais comuns na Justiça do Trabalho. Para ele, os demais títulos extrajudiciais, não aventados no art. 876 da CLT, “deviam ser submetidos ao crivo do contraditório, na fase de cognição, considerando o estado de subordinação em que se encontra o empregado, diante de seu empregador, e o prejuízo, daí derivado, para a autenticidade das manifestações de vontade do subordinado”. Prosseguindo, destaca o autor que a inclusão dos trabalhadores sem subordinação dentro do espectro de competência da Justiça do Trabalho acabou superando tal óbice, que, em sua visão, “continua válido para os empregados como trabalhadores subordinados. As manifestações de vontade destes ainda são recebidas com reserva, a ponto de somente lhes ser reconhecido valor quando autenticadas por órgão fiscalizador (arts. 477 e 500 da CLT). Seria portanto temerário reduzir a discussão sobre o valor das manifestações da vontade do empregado, eliminando-se o debate amplo, propiciado pela fase de cognição, para lhes conceder força executiva”. Termina o autor, identificando outra dificuldade que seria admitir a execução de títulos extrajudiciais trabalhistas por terceiros cessionários alheios à relação de emprego, extravasando os limites competenciais da Justiça do Trabalho.<sup>24</sup>

Assim, é possível divisar duas linhas teóricas nessa matéria:

a) a tese negacionista, que rejeita completamente a executividade dos títulos extrajudiciais perante a Justiça do Trabalho, pela falta de previsão legal e pelo receio de se abrir mais um flanco para fraudes por intermédio da obtenção desses títulos extrajudiciais trabalhistas, tese que só pôde vigorar até o ano 2000, porque, naquele ano, tivemos o advento da Lei nº 9.958 que, alterando a redação do art. 876 da CLT, lhe acrescentou dois títulos executivos aos títulos judiciais ali previstos, que seriam os termos de acordo nas comissões de conciliação

<sup>22</sup> SARAIVA, Renato. *Curso de Direito Processual do Trabalho*, 3. ed. São Paulo: Método, 2006, p. 552.

<sup>23</sup> CARRIÓN, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*, 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 683.

<sup>24</sup> GIGLIO, Wagner D. e CORRÊA, Cláudia Giglio Veltri. *Direito Processual do Trabalho*, 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 521-522.

prévia e os termos de ajuste de conduta celebrados perante o Ministério Público do Trabalho; b) a tese restritiva, embalada pelas mesmas razões que imperavam antes em relação à imprevisão legal, já que apenas as duas espécies de títulos extrajudiciais introduzidas no texto do art. 876 da CLT seriam admitidas e os mesmos temores antes demonstrados em relação à potencialidade de fraudes continuavam a causar impacto de grande resistência à chegada dos títulos extrajudiciais comuns dentro da Justiça do Trabalho.

Como reconhece GIGLIO, a reforma do Judiciário, realizada pela Emenda Constitucional nº 45/2004, provocou novo abalo na tese da admissão limitada de títulos extrajudiciais executáveis na Justiça do Trabalho. É que, a partir do instante em que são admitidas, dentro da competência da Justiça do Trabalho, outras lides que não aquelas entre empregados e empregadores (CF, art. 114, I),<sup>25</sup> a argumentação protetiva perdia completamente sua razão de ser. Passa-se, então, a admitir, sem nenhum problema, a execução de títulos extrajudiciais, desde que desatrelados das relações de emprego.<sup>26</sup> Assim teremos, por exemplo, a execução fiscal das multas administrativas decorrentes de infração à legislação trabalhista ou, para aqueles que entendam ainda possível, a execução de contribuições sindicais perante a Justiça do Trabalho,<sup>27</sup> além de toda sorte de título que venha a ser emitido – título extrajudicial comum – fora daqueles parâmetros de competência clássica da Justiça do Trabalho.

O que cumpre verificar é se essa visão restritiva, ainda que mitigada, resiste a uma leitura mais próxima e conjugada com aquilo que a Constituição estabelece.

Quando a Constituição Federal estabelece a distribuição das competências dos vários órgãos do Poder Judiciário, não faz distinção quanto ao tipo de atividade a ser desempenhada pelos diversos tribunais: é-lhe indiferente se essa tutela é de natureza declaratória, condenatória, mandamental, cautelar ou executiva. Sendo assim, ao se introduzir a idéia de que toda controvérsia decorrente de relação de trabalho está no espectro de competências da Justiça do Trabalho, fica difícil sustentar a fuga das execuções de títulos extrajudiciais do âmbito da Justiça do Trabalho; ou seja, a leitura do art. 876 da CLT deve ser feita numa perspectiva de conformidade com a Constituição Federal e não de conflito com ela.<sup>28</sup>

<sup>25</sup> COUTINHO, Grijalbo Fernandes e FAVA, Marcos Neves (Coord.). *Nova competência da Justiça do Trabalho e Justiça do Trabalho: competência ampliada*. São Paulo: LTr, 2005; DELGADO, Maurício Godinho, TEODORO, Maria Cecília Máximo e PEREIRA, Vanessa dos Reis (Coord.). *Relação de trabalho: fundamentos interpretativos para a nova competência da Justiça do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2005.

<sup>26</sup> “Cumprir ressaltar que, com a promulgação da EC 45/2004, que atribuiu competência à Justiça do Trabalho para processar e julgar as ações oriundas das relações de trabalho, entendemos que os demais títulos executivos extrajudiciais poderão ser executados na Justiça laboral, como o contrato de honorários de advogado que não recebeu a contraprestação pelos serviços prestados (o contrato de honorários é considerado título executivo extrajudicial pela Lei 8.906/1994, art. 24)” (SARAIVA, Renato. *Curso de Direito Processual do Trabalho*, 3. ed. São Paulo: Método, 2006, p. 552).

<sup>27</sup> O problema aqui consiste em saber se subsiste, no novo tempo constitucional de liberdade de organização sindical e de absenteísmo estatal nesta matéria, a possibilidade de expedição de certidão pelas Delegacias Regionais do Trabalho que sirvam como título executivo para cobrança das contribuições sindicais (CLT, art. 606, *caput* e § 1º). A favor da preservação da executividade das certidões da DRT mesmo no atual ambiente constitucional, embora equivocadamente (STJ, CC 71527, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, Ac. 1ª Seção, DJU 27.11.2006, p. 233) atribuindo competência à Justiça Comum: MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*, 23. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 746. Contra, com indicação de precedentes do STJ dando pela pertinência da ação monitória: BARROS, Alice Monteiro. *Curso de Direito do Trabalho*, 2. ed. São Paulo: LTr, 2006, p. 1197-1198.

<sup>28</sup> Sobre a indiferença da omissão textual do novo art. 114 da CF à competência executória da Justiça do Trabalho: SOUZA JÚNIOR, Antonio Umberto de. *O réveillon constitucional e seus silêncios eloqüentes: a possível intangibilidade das competências pretéritas da Justiça do Trabalho omitidas pela Emenda Constitucional n. 45/2004*. In: COUTINHO, Grijalbo Fernandes e FAVA, Marcos Neves (Coord.). *Justiça do Trabalho: competência ampliada*. São Paulo: LTr, 2005, p. 38-40.

Nesta perspectiva de inevitável entrosamento da lei com as normas constitucionais (princípio da supremacia da Constituição), infere-se, na interpretação constitucionalmente contextualizada do art. 876 da CLT, que tal dispositivo legal simplesmente criou dois novos títulos executivos tipicamente trabalhistas sem excluir a exigibilidade de recebimento de créditos representados por outros títulos executivos extrajudiciais (a que chamamos, aqui, por preocupação didática, de *títulos extrajudiciais comuns*).

Doutro lado, a possibilidade de argüição, nos embargos à execução fundada em título extrajudicial, de toda matéria de defesa própria dos processos de conhecimento (CPC, art. 746, V) inspira a seguinte pergunta: haveria competência da Justiça Comum para apreciar matérias próprias de processos de conhecimento atreladas a questões trabalhistas? Dito de outra forma, teria a Justiça Comum competência para dirimir controvérsia fundada na exigibilidade ou na existência de um débito decorrente de relação de trabalho? A resposta é, evidentemente, negativa.

Então, por esse primeiro viés, por respeito ao art. 114 da CF (mesmo em sua versão original, anterior à Emenda Constitucional nº 45/2004), a conclusão inafastável é de que todo título executivo extrajudicial, previsto ou não em norma processual trabalhista, pode ser objeto de execução na Justiça do Trabalho, sem qualquer tipo de constrangimento.

A tal conclusão chegou ÍSIS DE ALMEIDA, muito antes da Emenda Constitucional nº 45/2004 vir à luz: “Tem-se discutido se caberiam, na execução trabalhista, títulos de crédito dados em pagamento de débito trabalhista; ou, mais especificamente, notas promissórias.

As opiniões divergem por entenderem alguns que teria ocorrido a conversão em débito de natureza civil, e sua cobrança achar-se fora da competência da Justiça do Trabalho; enquanto outros admitem a perquirição da *causa petendi* do título, e, aí, a execução seria de um acordo não cumprido, o que se encontraria, indubitavelmente, no âmbito do processo trabalhista [...] O fato, porém, é que o trabalhador, para cobrar, na Justiça Comum, uma promissória ou cheque recebido do empregador em pagamento de débito trabalhista, geralmente em acordos em que o primeiro já abriu mão de algumas parcelas, teria de constituir advogado, ao qual pagaria honorários, e submeter-se às delongas do processo civil e à lentidão da Justiça Civil. Acabaria desistindo, mesmo que pudesse contar com assistência judiciária. Na Justiça do Trabalho, a execução se processaria mais rapidamente [...]

Essas considerações levam-nos a repensar o assunto e, pelo menos, levar em conta que um empregador que emite cheque sem fundos, ou promissória que não paga no vencimento, para saldar direitos trabalhistas de seu empregado, precisa ser tratado de forma mais repressiva.

Assim, não nos parece censurável um entendimento que não se atenha religiosamente a cânones da doutrina cambial da autonomia e independência do título [...]

Em conclusão: promissória, cheque, letra de câmbio dados ao empregado para pagar salários, férias, décimos terceiros, indenizações etc. devem ser cobrados na Justiça do Trabalho, sujeitando-se o autor, evidentemente, à prova da *causa debendi*, quando, na defesa, pretender-se descaracterizar a razão de ser da obrigação assumida ao se emitir o título ou o cheque. De resto, é sempre um litígio entre empregado e empregador, conforme dispõe a CF ao fixar a competência da Justiça do Trabalho em seu art. 142” [*sic*: o autor certamente deixou de atualizar o texto, invocando o dispositivo correspondente ao art. 114

da CF/88 na Emenda Constitucional nº 1/69].<sup>29</sup>

Por outro prisma argumentativo – a principiologia do processo do trabalho –, mostra-se inegável a importância desses títulos executivos como meios extrajudiciais de resolução de litígios. A própria origem do título de crédito está diretamente ligada a necessidade que os comerciantes, desde a Idade Média, enxergaram de que era preciso tornar mais ágeis e mais fáceis o intercâmbio e as operações de cunho pecuniário e, para isso, a existência do título era fundamental.<sup>30</sup>

No caso das relações trabalhistas, a mesma necessidade de agilidade na formação do título representativo de crédito pode ser constatada: estando o empregador diante de uma situação de eventual dificuldade, mas, ao mesmo tempo, não querendo postergar o pagamento ou aguardar uma ação judicial a ser proposta pelo empregado, mostra-se muito mais razoável que ele emita um cheque para ser liquidado com algum prazo e que esse trabalhador, caso esse cheque não seja honrado, possa executá-lo, do que o trabalhador ter de entrar com uma ação trabalhista para que a Justiça do Trabalho reconheça a existência de um débito já devidamente representado por aquele cheque ou ter de levar o caso à Justiça comum para execução da dívida, sob o risco de, em sede de embargos à execução, ter de enfrentar matéria completamente estranha ao âmbito de atuação da Justiça comum.

Uma ponderação que merece todo o respeito, evidentemente, é aquela relativa ao risco de se abrir brecha para a instalação de uma nova indústria de fraudes de direitos trabalhistas a partir da emissão desses títulos extrajudiciais. Todavia, nada impede que se separe a questão da eficácia obrigacional, representada pelo título, da questão da eficácia liberatória, decorrente da indisponibilidade dos direitos trabalhistas. Em outras palavras, o fato de alguém poder levar à execução uma confissão de dívida ou uma nota promissória representativa de crédito trabalhista não induz à imaginação de que se possa querer, com aquilo, admitir a quitação de direitos trabalhistas que tenha deixado de observar o regramento (CLT, arts. 9º, 145, 464, 477, § 1º, e 500, por exemplo) e a principiologia do Direito do Trabalho. Neste sentido:

“Acontece, entretanto, que afastado o mito da igualdade das partes e reconhecida a inferioridade do trabalhador também no campo processual seria perfeitamente admissível a execução de títulos extrajudiciais, comprobatórios de créditos do trabalhador, tornando-os inegociáveis e equiparando-os à sentença e ao acordo, como preconizado por Alcione Niederauer Corrêa, em conferência sob o título de 'Análise crítica do processo do trabalho no Brasil', publicado na *Revista do TRT* da 9ª Região, v. 5, n. 1, p. 43-69.

Por outro lado, toda a argumentação no sentido de recusar valor a títulos extrajudiciais parte da premissa falaciosa de que deve ser dado o mesmo valor a títulos de dívida subscritos pelo empregado que o reconhecido aos assinados pelo empregador. Nada existe de mais irreal, pois, como subordinado, o trabalhador não teria como constranger o empregador a admitir dívida, salvo casos excepcionais. Porque normalmente espontânea, a confissão de dívida do empregador deve ser presumida válida, e a do empregado, não. E ao empregador ainda se facultaria vencer a presunção, em embargos à execução.

Finalmente, quanto à cessão de títulos, bastaria exigir a prova da existência de relação de emprego ou recusar validade aos títulos cedidos, no processo trabalhista, como fez o Provimento TST/CGJT n. 6, de 21 de dezembro de 2000 [...]

Impõe-se a conclusão, diante de tantas exceções, de que a execução de títulos extrajudiciais já é admitida como normal, no processo trabalhista, anulando a restrição

<sup>29</sup> ALMEIDA, Ísis de. *Manual de Direito Processual do Trabalho*, v. 2, 9. ed. São Paulo: LTr, 1998, p. 434-435.

<sup>30</sup> DORIA, Dylson. *Curso de Direito Comercial*, v. 2, 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 13-14 e 78.

decorrente do disposto no art. 876 da CLT[...] A cessão de títulos continua inviável, a nosso ver, seja no caso de empregado, seja no de trabalho não subordinado, por ensejar fraudes.”<sup>31</sup>

Por fim, deve-se lembrar que, no caso nos títulos executivos extrajudiciais trabalhistas típicos (ou seja, aqueles explicitamente acolhidos no art. 876 da CLT), há um pormenor muito relevante: ambos (os termos de acordo de comissão de conciliação prévia e os termos de ajuste de conduta perante o Ministério Público do Trabalho) só poderão ser objeto de questionamento no plano da validade (isto é, qualquer questionamento não orbitará em torno da justiça ou injustiça das obrigações nele inseridas ou na correspondência ou desarmonia entre a obrigação e a relação jurídica respectiva, mas na possível incidência de algum vício de consentimento – erro, dolo, coação, estado de perigo ou lesão, de difícil ocorrência porque são instrumentos negociais celebrados necessariamente na presença de terceiros desinteressados – os membros das comissões de conciliação prévia e os procuradores do trabalho). Não se poderá, quanto a eles, discutir a obrigação em si. Ou seja, a vulnerabilidade dos títulos executivos extrajudiciais trabalhistas típicos a ataques em sede de embargos à execução é muito similar à vulnerabilidade dos títulos executivos judiciais. A situação é semelhante à das sentenças arbitrais, porém estas mereceram do legislador a expressa classificação de títulos executivos judiciais (CPC, art. 475-N, IV), embora sua origem seja obviamente extrajudicial, justamente para proteger a exigibilidade de tais decisões de ataques por embargos à execução fundados em alegações próprias de matéria de defesa em processos de conhecimento.

Claro que há uma discussão, sobretudo em relação às comissões de conciliação prévia, quanto ao verdadeiro alcance da expressão *eficácia liberatória geral* (CLT, art. 625-E, parágrafo único). Contudo, qualquer que seja o posicionamento que se adote, restritivo ou ampliativo, aceitar-se-á que o termo de acordo celebrado nas comissões de conciliação prévia terá quitado obrigações trabalhistas. Em suma, eventual defesa de executados por esses títulos executivos será muito mais limitada, a despeito da natureza extrajudicial do acordo, que para os demais títulos (os títulos executivos extrajudiciais comuns).

Com base nesse raciocínio, soa razoável formular a seguinte proposta de classificação, constitucionalmente adequada, dos títulos executáveis na Justiça do Trabalho:

a) títulos executivos judiciais:

- decisões condenatórias
- decisões mandamentais
- sentenças homologatórias de acordo
- sentenças condenatórias penais com efeitos civis que resvalam para o campo trabalhista e
- sentenças arbitrais trabalhistas (claro que sem querer entrar no mérito de se saber se essas sentenças arbitrais são ou não válidas em matéria de dissídio individual, respeitando apenas aquilo que está disposto no próprio Código de Processo Civil quando elenca os títulos executivos judiciais);

b) títulos executivos extrajudiciais:

*b.1. títulos extrajudiciais típicos*

- termos de ajustamento de conduta firmados perante o Ministério Público do Trabalho e
- termos de acordo celebrados perante as comissões de conciliação prévia;

*b.2. títulos extrajudiciais atípicos (ou comuns)*

- termos de ajustamento de conduta firmados perante os demais órgãos públicos (inclusive a

<sup>31</sup> GIGLIO, Wagner D. e CORRÊA, Cláudia Giglio Veltri. *Direito Processual do Trabalho*, . ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 521-522.

Defensoria Pública, por força da Lei nº 11.448/07)

- títulos executivos extrajudiciais comuns representativos de dívidas oriundas de relações de trabalho, inclusive as relações de emprego
- títulos executivos extrajudiciais comuns representativos de dívidas oriundas de relações sindicais, ou seja, de relações entre sindicatos, entre sindicatos e empregadores ou entre sindicatos e trabalhadores ou intra-sindicais
- títulos executivos extrajudiciais comuns representativos de dívidas oriundas do exercício do direito de greve – imaginemos a situação de um sindicato que resolve reconhecer extrajudicialmente a ocorrência de um determinado dano ao empregador e emita para isso um título e não honre esse título, e
- certidões da dívida ativa da União referentes à multa administrativa por infração à legislação trabalhista.

Todavia, isso gera um efeito colateral no aspecto procedimental porque, a partir do instante em que se admitam novos títulos, há o problema de se saber qual o rito a ser observado.

Conjugadas as regras da CLT (art. 889) e da Lei de Execução Fiscal (art. 1º com a Constituição Federal pela nova garantia fundamental de celeridade processual (art. 5º, LXXVIII)) e respeitadas as normas processuais estranhas ao processo do trabalho para aquelas demandas em que haja rito especial (Instrução Normativa nº 27/2005/TST, art. 1º), pode-se inferir que se apliquem as seguintes normas:

- a) a CLT, incorporada pelas normas supletivas, inclusive derogatórias,<sup>32</sup> da Lei de Execução Fiscal e do CPC, para os títulos executivos extrajudiciais referentes a controvérsias oriundas de relação de trabalho, intersindicais, intra-sindicais e vinculadas ao exercício do direito de greve (salvo no tocante ao *jus postulandi* e seus desdobramentos, reservados às lides decorrentes de relação de emprego – Instrução Normativa nº 27/2005/TST, arts. 5º e 6º);
- b) a Lei de Execução Fiscal para a execução das multas administrativas, auxiliada pelo CPC, conforme remissão da própria Lei nº 6.830/80 (art. 1º), salvo quanto ao sistema recursal (Instrução Normativa nº 27/2005/TST, art. 2º), e, por fim,
- c) o CPC e, supletivamente, a CLT para a execução contra a Fazenda Pública, prevalecendo as normas da CLT quanto ao sistema de liquidação, ao princípio da irrecorribilidade das decisões interlocutórias e à possibilidade de impugnação à sentença de liquidação pelo exequente (isto é, respeitada a logística de liquidação, de defesa em execução e de recursos própria da Justiça do Trabalho).

## **5 – Do aproveitamento do novo regime de execução civil na Justiça do Trabalho**

Para encerrar este estudo, cumpre verificar que normas introduzidas pela Lei nº 11.382/2006 mostram-se de aplicação compatível, duvidosa ou incompatível nas execuções em curso na Justiça do Trabalho.

### **5.1 - Regras do novo regime civil de execução aplicáveis à execução trabalhista**

Principia-se por aquelas novas normas civis que se mostram aplicáveis sem sobressaltos à execução trabalhista. Tais normas incidem para suprimento dos espaços normativos vazios da legislação processual trabalhista.

Como destacado ao início, a reforma da execução dos títulos extrajudiciais, no processo civil, também alterou, substancialmente, as etapas de constrição e expropriação de

<sup>32</sup> Sobre o tema, cf., por todos, CHAVES, Luciano Athayde. *A recente reforma...*, ob. cit., *passim*.

bens penhorados nas execuções de títulos judiciais (agora chamadas de *cumprimento de sentença*), dado o exposto caráter subsidiário das novas normas (CPC, art. 475-R). Sendo a CLT pobre em normas procedimentais próprias em matéria de execução (inclusive mantendo um regime único mesmo depois de admitir explicitamente a executividade de títulos extrajudiciais) e não cuidando a legislação regente das execuções fiscais (primeira fonte subsidiária de socorro normativo nas execuções trabalhistas, segundo o art. 889 da CLT) de vários aspectos procedimentais, a busca de normas reguladoras da penhora, da defesa do executado e da alienação do bem penhorado termina, numa longa viagem de remissões subsidiárias, às normas civis de cumprimento de sentença e de execução de títulos extrajudiciais.

No entanto, não basta a detecção de norma suplementar: é preciso que a norma encontrada esteja em harmonia com a sistemática da execução trabalhista (CLT, art. 889). Neste contexto, por não haver regramento próprio na CLT nem na legislação processual trabalhista ou executiva fiscal e por serem harmônicas com as regras e princípios processuais trabalhistas, podem ser aplicadas ao processo laboral as seguintes inovações:

- a) a presunção de regularidade das comunicações das partes, com endereços desatualizados (CPC, art. 238, parágrafo único);
- b) a dispensa de autenticação de cópias de peças do próprio processo judicial que instruem incidentes ou ações paralelas (CPC, arts. 365, IV, e 736, parágrafo único);
- c) a possibilidade de averbação extrajudicial da execução em tabelionatos de imóveis, DETRAN e outras repartições em que se registrem propriedades (CPC, art. 615-A);
- d) a fixação de plano dos honorários advocatícios nos procedimentos executórios de títulos extrajudiciais (CPC, art. 652-A) não decorrentes de relação de emprego (Instrução Normativa nº 27/2005/TST, art. 5º);<sup>33</sup>
- e) a obrigatoriedade de informação, pelo executado, dos bens penhoráveis – já latentemente presente, até por imposição ética, sendo agora apenas melhor elucidada no sentido de se fixar, inclusive, um prazo de cinco dias, após o que a parte estará sujeita a uma multa (CPC, arts. 600, IV, e 656, § 1º);
- f) a possibilidade de cobrança ou compensação de multa ou indenização por litigância de má fé em autos em apenso aos da execução principal (CPC, art. 739-B);
- g) a dispensa de avaliação, em caso de aceitação da estimativa do executado ou de cotação controlada em bolsa (CPC, arts. 680 e 684, I);
- h) a flexibilização da forma da intimação da penhora, que pode agora ser feita pelo advogado nos mesmos moldes do regime de cumprimento de sentença (CPC, arts. 475-J, § 1º, e 652, § 4º);
- i) a nova ordem preferencial dos bens penhoráveis do art. 655 do CPC (aproveitamento bem óbvio porque o art. 882 da CLT faz expressa referência a tal dispositivo comum);
- j) as regras sobre impenhorabilidade (CPC, art. 649), observada a largueza da expressão “prestação alimentícia” como exceção à invulnerabilidade judicial dos rendimentos de assalariados, autônomos e carentes (CPC, art. 649, IV e § 2º), se se recorrer ao conceito

<sup>33</sup> Ainda que qualquer senso de equidade fique perturbado pela atribuição de honorários de sucumbência a credores não empregados enquanto persiste firme a jurisprudência que recusa tal verba nas ações decorrentes de contrato de trabalho (Súmulas 219 e 329/TST), em uma inversão de valores incrível (o advogado de um consultor credor de honorários de R\$ 200.000,00, por exemplo, terá direito a honorários de sucumbência, enquanto o advogado de uma empregada doméstica não assistida por entidade sindical, que reclame da patroa R\$ 1.000,00 a título de verbas rescisórias, nada receberá pelo êxito judicial). Se o óbice à aceitação da generalização dos honorários advocatícios reside na sobrevivência do *ius postulandi* (CLT, art. 791), não seria o caso de se ressaltarem da condenação à verba honorária sucumbencial apenas aqueles casos em que a parte não esteja assistida por advogado? Respondendo afirmativamente à tal indagação: CHAVES, Luciano Athayde. *A recente reforma...*, ob. cit., p. 228.

constitucional de débitos de natureza alimentícia (CF, art. 100, § 1º-A) que parece autorizar a inclusão dos créditos decorrentes das relações de emprego como “prestação alimentícia”;<sup>34</sup>

k) a substituição da penhora, se requerida pelo exequente (CPC, arts. 656 e 657);<sup>35</sup>

l) a designação do executado como depositário apenas quando houver aceitação do exequente ou for difícil a remoção (CPC, art. 666, § 1º);

m) a desnecessidade de ação autônoma para a decretação da prisão do depositário infiel (CPC, art. 666, § 3º);

n) a reavaliação por argüição fundamentada em erro de avaliação ou dolo do avaliador, alteração do valor do bem ou dúvida sobre o valor atribuído em requerimento de substituição (CPC, art. 683);

o) a conversão da hipótese de remição do bem em adjudicação (CPC, art. 685-A, § 2º);

p) a divulgação das hastas judiciais por meios eletrônicos, especialmente pela *Internet* (CPC, art. 687, § 2º);

q) as regras relativas à definitividade da adjudicação e da arrematação, mesmo se procedentes os embargos à execução (CPC, arts. 685-B e 694);

r) o regime de invalidação da arrematação (CPC, arts. 692, 694, § 1º, e 746, §§ 1º e 2º);

s) a responsabilidade do exequente quando procedentes os embargos à execução não recebidos com efeito suspensivo (CPC, art. 694, § 2º);

t) a possibilidade de leilão público para venda de bens móveis não atribuído à corretora de bolsa de valores (CPC, arts. 704 a 707);

u) a forma dos autos e das cartas de arrematação, de adjudicação e também, se se entender aplicável, o termo de alienação particular (CPC, arts. 685-B, 693 e 703);

v) a autonomia dos prazos e resultados em relação aos co-executados (CPC, art. 738, §§ 1º, 3º e 4º);

w) a autuação dos embargos à execução em apartado (CPC, art. 736, parágrafo único), embora tal providência deva ser reservada, por economia processual, àquelas situações em que o efeito suspensivo houver sido concedido sobre toda execução (CPC, art. 739-A, §§ 1º, 3º e 4º), pois só nestes casos a execução ficará paralisada;

x) as regras relativas à rejeição liminar dos embargos à execução, especialmente naquelas situações em que seja evidente o caráter procrastinatório do incidente (CPC, art. 739);

y) a eficácia suspensiva condicionada dos embargos à execução, só assegurada quando verificar o juiz a suficiência da penhora, a plausibilidade das alegações e a existência de risco no prosseguimento da execução (CPC, art. 739-A, § 1º);<sup>36</sup>

z) o rol de matérias argüíveis em sede de embargos à adjudicação e à arrematação, inclusive no tocante à possibilidade de desistência do adquirente e de imposição de sanção pecuniária

<sup>34</sup> Contra, embora sem enfrentar a questão à luz do art. 100, § 1º-A: “MANDADO DE SEGURANÇA. PENHORA DE VALORES EM CONTA CORRENTE DESTINADA AO PAGAMENTO DE SALÁRIOS. Ato impugnado em que o Juízo da Execução determinou a penhora de 30% (trinta por cento) dos valores líquidos existentes na conta corrente da Impetrante, percebidos a título de salário, pagos pelo Ministério das Relações Exteriores, até a satisfação do crédito trabalhista. Configuração de ofensa ao art. 649, inciso IV, do CPC. Recurso ordinário a que se dá provimento parcial” (TST, SDI-2, ROMS 347-2005-000-10-00-0, Rel. Min. GELSON DE AZEVEDO, DJU 19.12.2006).

<sup>35</sup> Mais adiante se explicará porque apenas a substituição da penhora requerida pelo exequente é aproveitável.

<sup>36</sup> A CLT não contém regra de suspensão automática da execução pela oposição de embargos. JOSÉ AUGUSTO RODRIGUES PINTO, comentando a possível incidência do novo regime de cumprimento de sentença (Lei nº 11.232/2005) na execução trabalhista, defende a aplicabilidade imediata da regra de condicionamento do efeito suspensivo dos embargos à execução de sentença à demonstração de relevo das alegações e do perigo de grave dano de difícil ou incerta reparação (CPC, art. 475-M, *caput*), mecanismo idêntico ao posteriormente introduzido nos embargos à execução fundada em título extrajudicial (PINTO, José Augusto Rodrigues. *Execução trabalhista*, 11. ed. São Paulo: LTr, 2006, p. 42).

contra o embargante que se opuser, de modo temerário, à alienação judicial (CPC, arts. 694, § 2º, e 746).

## 5.2 - Possíveis derrogações de normas processuais trabalhistas: o princípio constitucional implícito da prevalência da norma mais efetiva

Um segundo grupo de inovações no processo civil provoca uma sensação perturbadora, incômoda.

É que as novas regras de tal conjunto reformador geram natural inveja aos operadores judiciários na seara trabalhista (partes, juízes, procuradores, advogados e serventuários), pois, voltadas as novas regras processuais civis a relações jurídicas onde a preocupação com o nível de desigualdade entre as partes é indiferente, mostram-se de potencial de efetividade evidentemente maior que aquele potencial de efetividade propiciado pelas normas anciãs da CLT.<sup>37</sup>

Perplexos, os operadores judiciários trabalhistas admiram as inovações, mas postam-se inertes por uma barreira intransponível, aparentemente. É que, relembra-se, a adoção de dispositivos legais oriundos do CPC só é admissível em caráter subsidiário, ou seja, pressupõe, necessariamente, a omissão da legislação processual trabalhista. Em outras palavras, por força das regras dos arts. 769 e 889 da CLT, a importação de regras processuais comuns só é viável para o preenchimento de lacunas. Por isso, segmentos doutrinários respeitáveis têm assumido uma postura extremamente cautelosa quanto ao aproveitamento das reformas do CPC, cingindo-se à captação das regras que disciplinam matérias não abordadas pela legislação processual trabalhista.<sup>38</sup>

Do mesmo modo que no exame da executividade dos títulos extrajudiciais não reconhecidos pela CLT, o problema da adoção de normas derogatórias da CLT, rompendo com a condição legal da omissão, imposta pelos arts. 769 e 889 da CLT, não deve ser encarado pela perspectiva isolada das normas habilitantes mencionadas.

Ora, a fisionomia do processo do trabalho é especialmente moldada pela ânsia de velocidade na prestação jurisdicional porque sua clientela de autores compõe-se, fundamentalmente, de trabalhadores cujo único capital disponível são seus braços e cérebro e, por isso, não é razoável lhes pedir que aguardem pacientemente o desfecho de suas ações pela “natural demora do processo”. Como pondera LUCIANO ATHAYDE CHAVES, “precisamos forjar um sistema em torno das demandas e necessidades de seu principal usuário e interessado: o jurisdicionado”.<sup>39</sup>

Assim, o princípio da razoabilidade da duração do processo, incrustado no inciso LXXVIII do art. 5º da CF, elevando o princípio processual da celeridade ao *status* de princípio constitucional, deve merecer atenção especialíssima na esfera da jurisdição trabalhista. Como ocorre com todos princípios constitucionais em matéria processual, o

<sup>37</sup> Neste sentido, confrontando a CLT e o novo regime de cumprimento de sentença trazido com a Lei nº 11.232/2005: LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de Direito Processual do Trabalho*, 4. ed. São Paulo: LTr, 2006, p. 835.

<sup>38</sup> É o caso, dentre outros notáveis, de JOSÉ AUGUSTO RODRIGUES PINTO, ao tecer comentário sobre a inaplicabilidade de regras da Lei nº 11.232/2005 na execução trabalhista: “É fácil intuir, partindo desta premissa, que falta às *alterações de sistema* que levou a cabo a *força para subsidiar* o processo do trabalho, em vista de conflituarem visivelmente com as normas que continuam vigendo para este último” (*Execução...*, ob. cit., p. 30-31). No mesmo sentido, em tom de lamento: LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso...*, ob. cit., p. 835). Todavia, o mesmo autor, na edição seguinte de sua obra, promoveu um giro em seu posicionamento cauteloso e passou a defender convicta e empolgadamente, com densa fundamentação, a aplicabilidade tanto do regime de cumprimento de sentença quanto do regime de execução de títulos extrajudiciais, inclusive naquelas áreas em que a legislação processual trabalhista não seja omissa, desde que a solução do processo civil mostre-se mais efetiva (LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de Direito Processual do Trabalho*, 5. ed. São Paulo: LTr, 2007, p. 93-103 e 869-994)

<sup>39</sup> CHAVES, Luciano Athayde. *A recente reforma...*, ob. cit., p. 28.

princípio da razoabilidade da duração do processo possui raio de abrangência bem amplo, formatando a produção legislativa e conformando a atividade jurisdicional como um todo.<sup>40</sup>

Assim, reconhecido o caráter normativo e superlativo dos princípios,<sup>41</sup> a leitura dos arts. 769 e 889 da CLT deve ser contaminada pelo espírito do princípio constitucional explícito da razoabilidade da duração do processo. Dentro de tal prisma, ao julgador cumpre adotar todas as medidas tendentes a imprimir maior velocidade na conclusão dos processos. Como efeito de tal dever constitucional, abre-se a oportunidade para se extrair desta conjugação entre o princípio da razoabilidade da duração do processo e a relevância dos direitos e garantias constitucionalmente atribuídos aos trabalhadores subordinados um princípio constitucional implícito<sup>42</sup> que, à falta de melhor nome, poderia ser apelidado de *princípio da prevalência da norma mais efetiva*: em nome do respeito à necessidade de celeridade nas execuções trabalhistas, não podem as regras dos arts. 769 e 889 da CLT constranger a incidência de regime procedimental comum mais eficaz.

A supremacia da norma processual mais efetiva constitui elemento essencial para garantia da efetividade do princípio da razoabilidade da duração do processo. Afinal, a efetividade pode ser traduzida como “a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade social”.<sup>43</sup>

Portanto, o concerto entre as reformas processuais civis e a imprescindibilidade de um sistema processual trabalhista realmente eficaz é o carro abre-alas para a aplicabilidade das regras que, por se mostrarem mais coerentes com os princípios da razoabilidade da duração do processo e da proteção do trabalhador, derroguem regras próprias do processo do trabalho.<sup>44</sup>

O Tribunal Superior do Trabalho, em elogiável atitude de vanguarda, adotou implicitamente o princípio da prevalência da norma mais efetiva quando, na revisão de sua Súmula 303, prestigiou a solução legal do processo civil para dispensar o reexame necessário das decisões condenatórias contra a Fazenda Pública em determinados casos (CPC, art. 475, §§ 2º e 3º), apesar de ter o processo do trabalho regra específica a respeito (Decreto-Lei nº 779/69, art. 1º, V).

Nesta ambiência constitucional, é possível ir além, no aproveitamento de novas regras comuns em matéria de execução, transpondo a barreira da literalidade dos arts. 769 e 889 da CLT e admitindo a derrogação de dispositivos da CLT:

a) o rol de matérias argüíveis em embargos à execução (CPC, art. 745), ampliando o leque de hipóteses do art. 884 da CLT, há de ser admitido eis que, além de incompleto em relação aos títulos judiciais (não contempla, por exemplo, as hipóteses de nulidades processuais insanáveis), tal disposição consolidada não foi preparada para os títulos extrajudiciais, sendo alegáveis em embargos à execução fundada em tais títulos as matérias referentes à inexecutividade do título, aos vícios de penhora ou avaliação, à cumulação inadequada de

<sup>40</sup> “O escopo do princípio ora focalizado, portanto, reside na efetividade da prestação jurisdicional, devendo o juiz empregar todos os meios e medidas judiciais para que o processo tenha uma ‘razoável duração’” (LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso...*, obs. cit., p. 58).

<sup>41</sup> Cf., por todos, BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*, 9. ed. Brasília: UnB, 1997, p. 158.

<sup>42</sup> *Ibidem*, p. 159.

<sup>43</sup> BARROSO, Luís Roberto *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*, 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 85.

<sup>44</sup> No mesmo sentido, embora com diversa e rica argumentação: CHAVES, Luciano Athayde. *A recente reforma...*, ob. cit., *passim*, e LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso...*, 5. ed., *passim*.

execuções, à retenção por benfeitorias necessárias ou úteis e, ressalvados os títulos extrajudiciais trabalhistas típicos, como já demonstrado, à qualquer defesa licitamente sustentável em um processo de conhecimento;

b) a possibilidade de adjudicação e alienação por iniciativa particular anteriores à arrematação (CPC, arts. 685-A e 685-C) por atender aos reclamos de um processo mais efetivo porque garante maior velocidade no desfecho da execução sem maiores danos ao executado, já que se deve garantir a venda, pelo menos, pelo valor da avaliação;

c) a dispensa de editais em caso de bens penhorados de valor até 60 salários mínimos, garantida a arrematação pelo valor da avaliação (CPC, art. 686, § 3º);

d) a possibilidade de arrematação de imóveis com propostas de quitação do preço a prazo, a partir do pagamento de pelo menos 30% à vista (CPC, art. 690), ampliando o número de possíveis candidatos à aquisição dos bens penhorados e evitando a reiteração de praças infrutíferas;

e) a exigência de apresentação de memória de cálculo para aqueles casos de alegação de excesso de execução (CPC, art. 739, § 5º). A CLT já é exigente quanto à necessidade de especificação e fundamentação das impugnações a cálculos (seja pela vista prévia facultativa de que trata o art. 879, § 2º, da CLT, seja em sede de embargos à execução ou impugnação à sentença de liquidação ou seja por ocasião do agravo de petição). A exigência complementar de indicação objetiva da correta conta, como condição para conhecimento dos embargos, seguramente torna mais eficaz a regra processual trabalhista específica, reduzindo espaços para procrastinação por meio de críticas sem revelação do valor tido como devido.

Um terceiro conjunto de novidades da nova execução civil mostra-se de aproveitamento eventual, difícil ou impossível, nos feitos trabalhistas:

a) a abolição do direito à nomeação de bens à penhora (CPC, art. 652, § 1º) esbarra na existência de regra que, em prazo doravante inferior ao do CPC (48 horas ao invés de 3 dias), dá ao executado a oportunidade de efetuar o pagamento ou nomear bens à penhora. Como o próprio CPC cogita da indicação de bem à penhora, pelo exequente, por provocação do juiz, de ofício ou a requerimento da parte, não é visível, neste momento inicial de prospecção das inovações legais, nenhuma vantagem sobre a execução trabalhista, em retirar a possibilidade de seleção e designação de bem à penhora pelo executado, até porque eventual indicação desinteressante poderá ser repelida sempre que subvertida a ordem preferencial de que trata o art. 655 do CPC;

b) haverá cabimento em adotar a contagem do prazo para embargos à execução a partir da citação (CPC, art. 736)? Em princípio, o regime trabalhista mostra-se mais efetivo ao condicionar o exercício do direito de defesa pelo executado à prévia garantia do juízo porque se cria, com tal estratégia, uma lógica muito interessante para o processo de execução: é preciso, primeiro, que o executado comprometa o seu patrimônio para que depois possa ter o acesso ao meio de defesa. Todavia, essa norma de abertura do prazo de defesa a partir da citação pode resolver o problema daquelas execuções em que o juízo esteja insuficientemente garantido e o patrimônio conhecido do executado esteja totalmente exaurido. Tal circunstância instaura um impasse insolúvel no processo de execução, nos seus moldes tradicionais, porque, como não houve a complementação da garantia do juízo, a parte não pode ainda se defender e, por conseqüência, não podendo defender-se, não se poderá considerar definitivo o valor do crédito fixado na sentença de liquidação definitiva. Como não se pode considerar esse valor definitivo, também não se permite a liberação dos valores ou efetuar a venda dos bens penhorados, sem antes haver a complementação da garantia do juízo. Assim, antecipar o momento para oferta dos embargos, nas execuções com garantia insuficiente, pode ser uma saída. Aliás, é uma saída, atualmente, para a fixação definitiva dos valores devidos contra a massa falida, ou seja, expede-se um mandado de citação para

que a massa falida, se houver motivo, oponha embargos e possa, assim, se for o caso, discutir a conta apresentada. Logo, essa idéia de o prazo iniciar a partir da citação, para algumas situações de garantia insuficiente, não é uma hipótese completamente descartável desde que, claro, o juiz firme expressamente esse ônus de apresentação dos embargos ao ordenar a citação do executado indigente;

c) a ampliação das possibilidades de substituição da penhora pelo executado (CPC, art. 656) não deve ser admitida, nas execuções trabalhistas, porque, nesse caso, não se pode ignorar a existência de regra mais eficaz extraída da fonte subsidiária principal em matéria de execução (CLT, art. 889), que é a Lei nº 6.830/80 (art. 15, I), que estabelece a restrição da substituição do bem penhorado apenas por dinheiro ou por fiança bancária. Restringindo os espaços de manobra do executado a solução da LEF mostra-se muito mais compatível com o processo do trabalho do que a ampla possibilidade de substituição da penhora por qualquer outro tipo de bem;

d) o prazo de 15 dias para pagamento pelo arrematante (CPC, art. 690) porque a CLT estabelece um prazo de 24 horas (CLT, art. 888, § 2º), evidentemente mais compatível com o processo do trabalho;

e) a idéia de uma caução sem valor definido que seria perdida no caso de não haver pagamento à vista (CPC, art. 695) também não parece aproveitável nas execuções trabalhistas por haver regra específica convergente (CLT, art. 888, §§ 2º e 4º);

f) o prazo de 15 dias para os embargos à execução (CPC, art. 738) por fixar a CLT prazo mais exíguo (5 dias), muito mais compatível com o processo do trabalho, evidentemente (CLT, art. 884, *caput*). Conseqüentemente, igualmente inaplicável será o prazo para resposta aos embargos – 15 dias (CPC, art. 740) bem como os trâmites finais de instrução e julgamento, já que a CLT, nos arts. 885 e 886, estabelece que, não havendo necessidade de instrução, o juiz deverá julgar o incidente em 5 dias, prazo inferior àquele estabelecido pelo CPC – 10 dias;

g) a abertura de nova hipótese para o curso provisório da execução (CPC, art. 587), quando pendente de julgamento recurso contra a sentença que rejeitou embargos à execução inicialmente recebidos com efeito suspensivo, contraria o propósito de ritmo mais célere para as execuções trabalhistas. A novidade – talvez o único retrocesso do novo regime executório cível – apenas aloja no CPC hipótese já reconhecida, na rotina forense, de se impedir, por meio de tutela cautelar incidental, a conclusão de execuções onde a perspectiva de êxito recursal do executado seja significativa;

i) outra inovação para utilização apenas em casos peculiares é o parcelamento legal do débito (CPC, art. 745-A). Abrir aos executados, indistintamente, a possibilidade do reconhecimento do crédito, pagando de imediato 30% do valor total cobrado e o restante em seis parcelas mensais, subverte a lógica de celeridade. Se, no processo de conhecimento, o não pagamento de verbas rescisórias incontroversas, na primeira audiência, impõe ao ex-empregador a pesada multa de 50% (CLT, art. 467), não seria coerente admitir esta espécie de moratória a devedores na Justiça do Trabalho. Em outras palavras, é difícil tolerar tal inovação em relação aos créditos trabalhistas pela incompatibilidade da demora dessa postergação em relação à celeridade desejada para o recebimento dos créditos de natureza alimentar. Entretanto, em relação a outros créditos não titularizados por trabalhadores subordinados, inexistente dificuldade no aproveitamento do novo procedimento, exatamente porque não se teria a premissa inibidora da urgência do credor judicial trabalhista.

## 6 - CONCLUSÃO

Com jeito de conclusão, deve-se salientar o perfil revolucionário do novo regime da execução civil, a partir das mudanças patrocinadas nos últimos anos e em especial com a Lei nº 11.382/2006, aqui analisada.

Porém, a relação complexa entre os ordenamentos processuais comum e trabalhista deixa nas mãos dos intérpretes e aplicadores um dilema crucial para a vitalidade da execução no âmbito da Justiça laboral: ocupar ou pressionar, por todos os meios idôneos possíveis, as trincheiras do Parlamento em busca da efetividade perdida do processo do trabalho<sup>45</sup> ou, por meio de uma ação transformadora constitucionalmente justificada, incorporar desde já ao processo do trabalho todas as inovações do CPC capazes de produzir soluções mais satisfatórias para a aceleração da prestação jurisdicional no momento sublime de sua concretização – que é a execução.<sup>46</sup>

Não se sustentou aqui o simples abandono da Consolidação das Leis do Trabalho, em matéria de execução. Afinal, mesmo idosa, nossa velha senhora contém soluções, em alguns aspectos, ainda vantajosas em comparação ao sistema executivo cível rejuvenescido. O regime de diferimento dos debates em torno da liquidação, a irrecorribilidade imediata das decisões interlocutórias, a exigüidade dos prazos e a exigência de prévia garantia do juízo são aspectos procedimentais preciosos para que o processo trabalhista atenda a expectativa fundamental de propiciar instrumentos agilizadores da satisfação material das pretensões judicialmente reconhecidas. E por tal preciosidade, não merecem o confortável desprezo.

Fica aqui o registro da esperança de que, pelo saudável equilíbrio entre as virtudes da anciã CLT e do renovado CPC, se assista a um profícuo casamento onde paire o espírito empreendedor das reformas civis sobre o sistema processual trabalhista, levando a sério a idéia de garantia fundamental de um tempo razoável para o término satisfatório das execuções.

<sup>45</sup> Com todas as dificuldades políticas que isto apresenta. Não é preciso muita malícia para perceber a razão para tamanho descompasso de ritmos entre as reformas do processo civil e do processo do trabalho. Para tanto, responda o leitor à seguinte singela indagação: a quem aproveita um sistema de execução cível mais ágil? Não seria aos mesmos segmentos a quem prejudicaria um sistema de execução trabalhista eficaz? Ademais, o Projeto de Lei nº 4.731/2004, apresentado na mesma ocasião em que foram apresentados os projetos que deram origem às últimas alterações do CPC, é excessivamente tímido, preocupando-se, fundamentalmente, em autorizar a penhora insuficiente em determinadas circunstâncias e em condicionar a admissibilidade dos embargos à execução à oferta de bens à penhora (a íntegra do Projeto pode ser obtida no sítio da Câmara dos Deputados: [www.camara.gov.br](http://www.camara.gov.br)). Ou seja, não são alentadoras as perspectivas de reforma específica para a execução trabalhista, ao menos no ambiente do tal *Pacto de Estado em favor de um Judiciário mais Rápido e Republicano*. Talvez mais promissoras sejam as soluções concebidas nos projetos sobre a certidão negativa de débito trabalhista e de regulamentação do Fundo de Garantia de Execuções Trabalhistas (PL 7077/2002 e 6541/2006), embora a tramitação legislativa siga um ritmo demasiadamente lento.

<sup>46</sup> Sobre o tema, vide a pioneira coletânea de estudos de VICENTE MALHEIROS DA FONSECA (*Reforma da execução trabalhista e outros estudos*. São Paulo: LTr, 1993). Pregando a desconsideração da personalidade jurídica, mesmo rompendo com o dogma dos limites subjetivos da coisa julgada, e a exigência da certidão negativa de débitos trabalhistas como sanção restritiva de direitos útil para agilizar as execuções na Justiça do Trabalho, em tese aprovada no Congresso Nacional de Magistrados Trabalhistas realizado em São Paulo, em 1996, e encampada pela ANAMATRA como sugestão ao Parlamento – PL 7077/2002: SOUZA JÚNIOR, Antonio Umberto de. Por uma execução trabalhista mais eficaz. *Notícia do Direito brasileiro*, nº 6, jul.-dez./1998. Brasília: Universidade de Brasília, 2000, p. 113-131.



# DECLARAÇÃO DE NULIDADE DE CLÁUSULA DE CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO - COMPETÊNCIA FUNCIONAL DO JUIZ DO TRABALHO DE PRIMEIRO GRAU

Suzidarly Ribeiro Teixeira Fernandes<sup>1</sup>

## 1 - Objetivo Geral

Pretende-se suscitar o debate acerca da competência funcional do juiz do trabalho, nas lides acima citadas, motivar a reflexão mais cuidadosa do assunto e estimular o abandono da postura automática de se acatar os atuais precedentes jurisprudenciais das Cortes Trabalhistas Superiores.

### Resumo

O presente estudo evidencia a competência funcional do juiz do trabalho de primeiro grau para conhecer e julgar as demandas que objetivem a declaração de nulidade de cláusula de convenção coletiva de trabalho. O artigo analisa algumas das principais teses sobre o tema, apontando seus equívocos e trazendo os fundamentos jurídicos e sociológicos que justificam a competência do juízo singular nas mencionadas lides. Esclarece-se, pois, que inexistente norma a estabelecer a competência originária do Tribunal Regional do Trabalho para tais ações, o que conduz à competência do juiz monocrático. Defende-se que a hipótese é regida pela Lei n.º 8.984/95, a qual dispõe que compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios que tenham origem no cumprimento de convenções coletivas de trabalho, sem fazer distinção entre demandas individuais ou coletivas, traçando, o legislador, um parâmetro extremamente amplo, para abranger todo e qualquer dissídio.

**Palavras-chave:** Competência funcional, declaração de nulidade de cláusula de convenção coletiva de trabalho, demanda coletiva, direito processual do trabalho; demanda relativa a direitos metaindividuais.

## 2 - Introdução

Em tempos em que se discutem as ‘novas competências’ da Justiça do Trabalho e o alcance da Emenda Constitucional n.º 45/2004, não se pode descurar de temas relevantes, que permeiam o cotidiano desta Justiça Especializada.

O debate mostra-se necessário, porquanto, não raras vezes, o posicionamento jurisprudencial tem se mantido inalterado, repetindo-se, sem grande reflexão, precedentes cujos alicerces não mais se sustentam.

Hodiernamente, ampliou-se o questionamento acerca dos limites da negociação coletiva e, conseqüentemente, da validade dos instrumentos normativos dela decorrentes (convenção e acordo coletivos de trabalho). Nesse contexto, apresenta-se, no presente estudo, a reflexão acerca da competência para declarar a nulidade de cláusula de convenção coletiva de trabalho.

Inicialmente, será analisada a competência funcional e a excepcionalidade da competência originária dos Tribunais. Após, demonstrar-se-ão as razões que justificam a competência do juiz do trabalho de primeiro grau. Por fim, em considerações finais, serão ressaltadas as principais ponderações feitas ao longo da discussão.

## 3 - Da Competência Funcional e da Excepcionalidade da Competência Originária dos Tribunais

---

<sup>1</sup> Juíza do Trabalho Auxiliar da 1ª Vara do Trabalho de Palmas/TO, bacharel em direito pela Fundação Universidade do Tocantins - UNITINS, pós-graduada em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho pela UNITINS – Fundação Universidade do Tocantins.

Segundo leciona Humberto Theodoro Júnior, a competência é o “critério de distribuir entre os vários órgãos judiciários as atribuições relativas ao desempenho da jurisdição”, ou seja, “é a medida da jurisdição.”<sup>2</sup>

O referido autor ainda ensina que a competência funcional pode ser classificada segundo: a) a fase do procedimento (como, por exemplo, a execução); b) o objeto do juízo (v.g., quando é suscitada a inconstitucionalidade nos tribunais); c) o grau de jurisdição. É este último critério de definição da competência funcional que nos interessa, incluindo-se, no mesmo, a competência originária dos tribunais e a competência recursal.

Sobre o tema, o jurista Theodoro Júnior assevera *in verbis*:

“Prevalendo, outrossim, em nosso sistema jurisdicional o princípio do duplo grau de jurisdição como regra geral, há sempre, pelo menos, duas operações sucessivas de determinação de competência para cada causa ajuizada: a) uma inicial, tendente a determinar o órgão que tomará conhecimento originário da lide; e b) outra posterior, que fixará o órgão a cuja competência será atribuído o julgamento do recurso eventualmente interposto das decisões daquele que conheceu da causa em primeiro grau de jurisdição.

A primeira recebe a denominação de competência originária (juízo da causa) e a segunda, de competência hierárquica (juízo do recurso).”<sup>3</sup>

Em face do princípio do duplo grau de jurisdição, a regra é que as demandas devam ser ajuizadas perante o juízo de primeiro grau. Os tribunais foram concebidos, a princípio, apenas como cortes revisoras, dando-se à parte a faculdade de provocar um juízo distinto daquele que proferiu o julgamento que lhe foi desfavorável. Apenas por razões de política judiciária é que se estabeleceu a competência originária dos tribunais para conhecer e julgar determinadas causas. Em razão de sua origem e de sua função primordial (atividade revisora), são, pois, excepcionais as competências originárias dos Tribunais, e só ocorrem quando há expressa previsão legal. Neste sentido, têm-se os seguintes arestos:

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA – INCOMPETÊNCIA FUNCIONAL DO TRIBUNAL REGIONAL. A competência originária dos tribunais é sempre fixada expressamente em lei, dado o seu caráter de excepcionalidade. (...) Incompetência funcional declarada por unanimidade.” (TRT 24ª Região, Ac.329, AD 85/1996. Rel. Juiz João de Deus Gomes de Souza).<sup>4</sup>

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA E DISSÍDIO COLETIVO. COMPETÊNCIA MATERIAL E FUNCIONAL DA JUSTIÇA DO TRABALHO. (...) Ressalta-se ainda que, enquanto a ação civil pública se baseia no ordenamento jurídico preexistente para a busca da tutela jurisdicional, no dissídio coletivo – fonte do poder normativo da Justiça do Trabalho – o comando pretendido se equipara à lei, instituindo nova ordem jurídica para os membros da classe representada. Já a **competência do primeiro grau para conhecer da lide emerge da ordem instrumental vigente, na qual a competência originária dos Tribunais se dá apenas em caráter excepcional, e, portanto, há que ser expressa**, comando este inexistente na hipótese da ação civil pública. Portanto, é de se concluir pela competência desta Justiça Especializada para – em primeiro grau de jurisdição – conhecer de litígio instaurado pelo Ministério Público do Trabalho, visando à proteção de interesses difusos e coletivos dos trabalhadores, em nada violando os limites do Poder Normativo da Justiça Obreira (TRT 2ª Região, RO n. 02980150988/1998, 2ª Turma, Rel. Juíza Yone Frediani, g.n.)”<sup>5</sup>

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA – INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 24ª REGIÃO. (...) Procurou-se estabelecer uma proximidade jurídica entre o dissídio coletivo e a Ação Civil Pública e por

<sup>2</sup> Curso de Processo Civil - vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 138.

<sup>3</sup> Curso de Processo Civil, ob.cit, p.142.

<sup>4</sup> Acórdão selecionado por Raimundo Simão de Melo, in Ação Civil Pública na Justiça do Trabalho. 2. ed. São Paulo: LTr, 2004, p. 323.

<sup>5</sup> Raimundo Simão de Melo, ob. cit., p. 320.

consequência uma adaptação das regras de Direito Processual Civil a esta atinente, ao local do ajuizamento dos dissídios coletivos que se iniciam nos Tribunais. Contudo, tal raciocínio não encontra respaldo jurídico. **A competência originária dos Tribunais é sempre prevista em lei, seja de natureza constitucional ou ordinária, dado o seu caráter de excepcionalidade.** (...). (TRT 24ª Região, Ac.560, AD 24/1996; Rel. Juiz João de Deus Gomes de Souza, g.n.)<sup>6</sup>.

Destarte, aquele que se propõe a analisar os casos de competência funcional não pode se olvidar de que a regra é que a causa deve ser proposta perante o juiz monocrático, salvo se houver disposição legal ou constitucional conferindo aos tribunais esse poder-dever jurisdicional.

#### **4 - Da Competência para Declarar a Nulidade de Cláusulas de Convenção Coletiva de Trabalho**

Não há norma, legal ou constitucional, estabelecendo a competência originária do Tribunal Regional do Trabalho para julgar as ações cujo objeto seja a declaração de nulidade de cláusulas de convenção coletiva de trabalho. Partindo-se da regra acima delineada, acredita-se que cabe ao juiz do trabalho, em primeira instância, conhecer e julgar tal pretensão.

Na seara justralhista, tem ocorrido um equívoco, ao se entender que a competência, na referida lide, é dos Tribunais Regionais do Trabalho, tomando-se por base a natureza da demanda, que seria semelhante a do dissídio coletivo.

Aliás, como se percebe dos julgados retro, assim como a ação anulatória é atualmente equiparada ao dissídio coletivo (e que, por consequência, justificaria a competência do TRT), também a ação civil pública o foi, outrora. Tanto isso é verdade que a jurisprudência, ao firmar a competência do juízo monocrático, traçava os pontos de distinção entre a ação civil pública e o dissídio coletivo.

No acórdão citado acima, o ilustre relator Juiz João de Deus ponderou, com razão, que se buscou fixar uma similitude jurídica entre o dissídio coletivo e ação civil pública, com a adaptação das normas de Direito Processual Civil ao local do ajuizamento dos dissídios coletivos, que se iniciam nos tribunais. Entretanto, destaca o relator, “tal raciocínio não encontra respaldo jurídico”. Entendo, pois, que, quanto ao pleito de anulação de cláusulas de convenção coletiva, o mesmo incorreto raciocínio infelizmente tem sido utilizado.

Messias Pereira Donato<sup>7</sup> assinala que:

“O argumento de que, em sendo a ACP ação de natureza coletiva, recairia na competência originária dos Tribunais Regionais do Trabalho, que já conciliam e julgam os dissídios coletivos, dificilmente venceria a objeção posta por Rodolfo de Camargo Mancuso, de que se estaria utilizando de uma **‘atecnia de extensão analógica, em matéria de competência absoluta’**, cuja fonte ordenadora é a lei” (g.n.)

O Ministro João Oreste Dalazen, nos autos da ACP 92.867/1993<sup>8</sup>, ao decidir que a competência para o julgamento de Ação Civil Pública cabe ao juiz de primeiro grau, afirmou que “não há lei que cometa aos Tribunais do Trabalho tal competência, mostrando-se tecnicamente insustentável para tanto a invocação da analogia”. Assim, também no caso em análise, não há que se definir a competência funcional a partir de uma comparação analógica entre a ação anulatória e o dissídio coletivo.

<sup>6</sup> Raimundo Simão de Melo, ob.cit., p. 323.

<sup>7</sup> Texto: Ação Civil Pública, in Compêndio de direito processual do trabalho. Alice Monteiro de Barros – coordenadora.3.ed. São Paulo: LTr, 2002, p. 870/871.

<sup>8</sup> Essa decisão constitui-se em um dos precedentes da Orientação Jurisprudencial 130 da SDI-II/TST, tendo sido publicada no DJ 22/11/2002.

A pretensão declaratória de nulidade de cláusula de convenção coletiva de trabalho envolve interesse metaindividual, pertencente a um número indeterminado de pessoas, mormente se for acolhido o pleito de condenação em obrigação de não fazer. Ressalto que esse caráter coletivo (transindividual) da demanda não a aproxima do denominado dissídio coletivo, instaurado entre as categorias profissional e econômica, não podendo a ele ser equiparada.

Como se percebe dos julgados supra, a jurisprudência trabalhista mostrava-se inquieta quanto à fixação da competência em sede de ação civil pública, também por atribuir-lhe um 'caráter coletivo', dando azo a uma interpretação de que a competência seria do TRT e não das Varas do Trabalho. Raimundo Simão de Melo colaciona, inclusive, uma decisão judicial em que foi concedida a segurança para cassar liminar proferida em ação civil pública, sob o argumento de que a então junta de conciliação e julgamento seria funcionalmente incompetente para análise do feito, que versava sobre "interesse coletivo"<sup>9</sup>.

A mencionada matéria, porém, foi pacificada pela Orientação Jurisprudencial nº. 130 da SBDI-2, do C.TST, que entendeu pela competência do juiz do trabalho de primeiro grau, da Capital do Estado, se o dano a ser reparado ou evitado limitar-se ao âmbito regional, ou do Distrito Federal, se for de âmbito supra-regional ou nacional. A Orientação Jurisprudencial observou, assim, a regra de que é excepcional a competência originária dos Tribunais, bem como que o caráter coletivo da demanda não afasta a competência do juiz de primeira instância, conquanto a OJ tenha sido atécnica ao se referir à analogia, pois se trata de aplicação subsidiária das regras de direito processual comum (CLT, artigo 8º).

Cumprir registrar que os precedentes que deram origem à OJ 130 diferenciam a ação civil pública dos dissídios coletivos a partir da simplória distinção entre 'dissídios individuais' e 'dissídios coletivos', traçando, pois, a regra de que caberia ao juiz monocrático julgar apenas os 'dissídios individuais'. Entretanto, várias são as lides cujos interesses extrapolam os limites individuais, dando origem ao que se denominou de 'coletivização da prestação jurisdicional'. Não são poucas as demandas que, ajuizadas perante o juiz de primeiro grau, envolvem direitos e interesses metaindividuais. E não se pode falar, como faz dois de tais precedentes<sup>10</sup>, que tais ações se assemelhariam ao 'dissídio individual plúrimo', já que este representa a reunião de interesses genuinamente individuais. Não. São demandas verdadeiramente coletivas (*lato sensu*), que não representam a simples soma de interesses individuais, mas que atingem, indistintamente, toda sociedade, ou determinado grupo de pessoas (coletivamente consideradas). Um exemplo disso é a demanda em que se pretende a condenação por danos morais coletivos (em razão de discriminação no trabalho, trabalho escravo, terceirizações ilegais, etc.). Como dizer que tal lide assemelha-se ao 'dissídio individual plúrimo'? Indiscutivelmente são lides metaindividuais, mas nem por isso são de competência originária dos tribunais. A ausência de interesses individuais (presença apenas de interesse coletivo) não subtrai a competência do juízo de primeiro grau.

Assim, entendo não subsistir o argumento que tem justificado a competência originária dos Tribunais nas demandas que visem anular cláusulas de convenção coletiva, porquanto as lides coletivas, a tutela de interesses indivisíveis de que sejam titulares pessoas indeterminadas ou grupo determinado de pessoas, tudo isso, ostentando indiscutivelmente um "caráter coletivo", tem marcado acentuada presença no exercício da judicatura em primeira instância.

Na verdade, o pleito de anulação de cláusula de CCT pode, inclusive, ser formulado em sede Ação Civil Pública, porquanto pretensões de toda natureza podem ser

<sup>9</sup> Ação Civil Pública na Justiça do Trabalho, ob.cit., p. 322.

<sup>10</sup> ACP 622115/2000, DJ 19/04/2002, e ACP 754436/2001, DJ 15/03/2002, ambos relatados pelo Ministro Ronaldo Lopes Leal.

veiculadas por esse instrumento processual (declaratória – positiva ou negativa, constitutiva ou desconstitutiva, e condenatória), aplicando-se, dessa forma, as normas trazidas pela Lei nº. 7.347/85 (LACP) e da Lei nº. 8.078/90 (CDC), também quanto à competência do juízo singular.

Acentua-se, ainda, que não há relevância jurídica no fato de a Lei Complementar nº. 75/93, no artigo 83, apresentar, em inciso autônomo, a hipótese de anulação de cláusula convencional, e, em outro inciso, prever o ajuizamento da Ação Civil Pública. Isso não faz concluir que o pedido não possa ser formulado em Ação Civil Pública. A se pensar assim, chegaríamos à esdrúxula e inadmissível conclusão de que não caberia o ingresso de Ação Civil Pública para a defesa dos interesses metaindividuais de trabalhadores menores, de determinada região, em razão de a mencionada Lei ter também previsto em inciso autônomo, separado daquele que prevê a ação civil pública, a defesa dos direitos e interesses dos menores. Assim, para cada inciso teríamos uma determinada espécie de ação, e a defesa dos direitos ali indicados somente seria viável se fosse utilizado o instrumento específico (inclusive com nomenclatura distinta). Não há sensatez nisso. Não se pode esquecer que o processo é um instrumento a serviço da prestação jurisdicional, não constituindo um fim em si mesmo. Ademais, possui pouca importância o *nomem juris* dado à ação, a qual, aliás, como direito público subjetivo que é, sequer precisa ser nominada, pois seu enquadramento jurídico é feito a partir da pretensão deduzida em juízo.

Raimundo Simão de Melo pondera que:

“A competência funcional tem como um dos seus critérios de determinação o grau hierárquico dos juízos imbuídos da função jurisdicional. **Cada um somente pode atuar no âmbito em que especificado por lei.** É o caso da jurisdição coletiva, reservada, originariamente, ao juízo ou foro de primeira instância.” (g.n.)<sup>11</sup>

Na presente discussão, não tem relevância apenas a lacuna legislativa quanto à competência originária dos TRTs. Além disso, existe norma dispondo que cabe ao juiz de primeiro grau a apreciação das demandas que visem à declaração de nulidade de cláusula de convenção coletiva de trabalho. É que a Lei nº. 8.984/95 estabelece que compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios que tenham origem no cumprimento de convenções coletivas de trabalho, sem fazer distinção entre demandas individuais ou coletivas. O legislador traçou parâmetro extremamente amplo, para abranger todo e qualquer dissídio, até aqueles estabelecidos entre sindicatos.

Considera-se, pois, que a discussão sobre a validade ou não de determinada cláusula também se insere nos “dissídios” mencionados pela Lei 8.984/95, cabendo, pois, ao juiz de primeiro grau apreciá-las, assim como as demais lides previstas nesse diploma legal. Nesta direção, colaciona-se a seguinte ementa:

“AÇÃO ANULATÓRIA. CLÁUSULA DE CONVENÇÃO COLETIVA – COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO – INCOMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO TRIBUNAL. Nos termos da Lei 8.984/95, a Justiça do Trabalho é competente para apreciar e julgar dissídios com base em convenção coletiva, competente também para apreciar a nulidade ou não de cláusula convencional. Porém, não se trata, no caso de competência originária do Tribunal, mas sim de ação perante a Junta de Conciliação e Julgamento (art. 678, CLT). (TRT 15ª Região, Ac. n. 00470/1995, Seção Especializada, Relator: Juiz Ramom Castro Touron, g.n.).

Mostra-se oportuna a lição de João de Lima Teixeira Filho, ao ensinar que:

“(.) também compete à Vara do Trabalho apreciar ação declaratória de nulidade de cláusula contratual ou de instrumento normativo que viole liberdades individuais ou coletivas ou direitos indisponíveis dos trabalhadores: ‘A Justiça do Trabalho é competente para conhecer e julgar ação civil pública ajuizada pelo Ministério

<sup>11</sup> Ação Civil Pública na Justiça do Trabalho, ob.cit., p. 167.

Público do Trabalho visando anular cláusula de convenção coletiva de trabalho, que estabelece desconto assistencial mensal em 2% do salário dos empregados, independentemente de filiação sindical e assegurar o direito de oposição. Matéria de índole trabalhista, que afeta direta e inequivocamente os contratos individuais de trabalho. Aplicação da Lei n. 8.984/95 que amplia a competência da Justiça especializada para conhecer e julgar dissídios entre sindicatos, ou entre estes e empresas, fundados em acordos e convenções coletivas. Recurso de revista conhecido e provido, determinando-se o retorno dos autos à JCJ de origem para julgamento da ação'.<sup>12</sup>

Dessa forma, como já mencionado, a competência não se firma pela análise da natureza jurídica dos interesses envolvidos (se individual ou coletivo), pela comparação entre o dissídio coletivo e a ação anulatória, nem pela aplicação analógica de regra jurídica disciplinadora de competência, mas pela existência ou não de lei que atribua ao Tribunal a competência originária. A competência funcional dos Tribunais Regionais do Trabalho foi traçada pelo artigo 678 da CLT, que não inscreve entre as causas de sua competência originária a demanda citada no artigo 83, IV, da Lei Complementar 75/93.

Ressalto que se tem admitido a competência do juízo singular quando se trata de condenação em obrigação de não fazer, ou seja, de não constituir novos instrumentos coletivos com cláusulas nulas, quer a nulidade tenha sido ou não declarada anteriormente. Não há razoabilidade em se firmar a competência do juiz de primeiro grau para conhecer e julgar a pretensão condenatória e negá-la quanto à declaratória. O julgador analisará, incidentalmente, a nulidade da cláusula e imporá obrigação de não fazer, qual seja, não inserir idêntica cláusula nos próximos instrumentos normativos negociados coletivamente. Entretanto, não fará coisa julgada a declaração de nulidade, podendo os sindicatos infratores exigirem a observância das cláusulas ilegais, até posterior e eventual declaração de nulidade pelo TRT. Isso fere os princípios da unidade de convicção e da economia processual (pois serão necessários dois pronunciamentos sobre a alegada nulidade para que a disposição convencional seja banida), além de favorecer a prolação de decisões judiciais contraditórias, comprometendo a tão cara segurança jurídica.

Mostra-se evidenciada, destarte, a competência do juiz de primeiro grau para conhecer e julgar o pedido de declaração de nulidade de cláusula de convenção coletiva de trabalho.

## 5 Considerações Finais

Ao fim do presente estudo, podem ser ressaltadas, como considerações finais, as seguintes ponderações:

- Em respeito ao princípio do duplo grau de jurisdição, a regra geral é que as demandas devam ser ajuizadas perante o juízo monocrático, porquanto os tribunais foram concebidos, a princípio, apenas como cortes revisoras;
- Por razões de política judiciária, estabeleceu-se a competência originária dos tribunais para conhecer e julgar determinadas causas, sendo que tal competência, no ordenamento jurídico-processual brasileiro, apresenta-se como excepcional, exigindo-se expressa disposição legal ou constitucional.
- Inexiste norma a estabelecer a competência originária do Tribunal Regional do Trabalho para as ações cujo objeto seja a declaração de nulidade de cláusulas de convenção coletiva de trabalho, o que conduz à competência do juiz singular para conhecer e julgar lides dessa natureza.

<sup>12</sup> In Instituições de Direito do Trabalho - volume II. Arnaldo Süssekind *et. al.* 22. ed. atual. por Arnaldo Süssekind e João de Lima Teixeira Filho. São Paulo: LTr, 2005, p. 1413. Julgado: TST, 4ª T., Proc. RR-268.416/96, REL.MIN. Almir Pazzianotto Pinto, in Revista Ltr, São Paulo: LTr, mar./97, pág. 359.

- Equivocadamente, tem-se entendido que a competência, neste particular, é dos Tribunais Regionais do Trabalho, tomando-se por base a natureza da demanda, que seria semelhante a do dissídio coletivo, olvidando-se que descabe analogia em matéria de competência jurisdicional.
- O mesmo equívoco também ocorreu quando da fixação da competência para julgar as ações civis públicas na Justiça do Trabalho, tema que fora pacificado pela Orientação Jurisprudencial nº. 130 da SBDI-2, do C.TST, que entendeu pela competência do juiz do trabalho de primeiro grau, da Capital do Estado, se o dano a ser reparado ou evitado limitar-se ao âmbito regional, ou do Distrito Federal, se for de âmbito supra-regional ou nacional.
- O caráter coletivo da demanda não afasta a competência do juiz monocrático, já que lides que versam sobre interesses metaindividuais têm marcada presença no exercício da judicatura em primeira instância.
- Além disso, a hipótese analisada é regida pela Lei nº. 8.984/95, a qual dispõe que compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios que tenham origem no cumprimento de convenções coletivas de trabalho, sem fazer distinção entre demandas individuais ou coletivas, traçando parâmetro extremamente amplo, para abranger todo e qualquer dissídio.
- Por fim, anota-se que subtrair, da competência do juiz do trabalho, a declaração de nulidade de cláusula convencional fere os princípios da unidade de convicção e da economia processual (pois serão necessários dois pronunciamentos sobre a alegada nulidade), além de favorecer a prolação de decisões judiciais contraditórias, comprometendo a tão cara segurança jurídica.
- Mostra-se evidenciada, portanto, a competência do juiz de primeiro grau para conhecer e julgar o pedido de declaração de nulidade de cláusula de convenção coletiva de trabalho.

**REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

BARROS, Alice Monteiro de (Org.). **Compêndio de direito processual do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2002.

SÜSSEKIND, Arnaldo. *et al.* **Instituições de direito do trabalho - volume II**. 22. ed. atual. por Arnaldo Süssekind e João de Lima Teixeira Filho. São Paulo: LTr, 2005.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Processo Civil - vol. I**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

MELO, Raimundo Simão de. **Ação Civil Pública na Justiça do Trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2004.

## ORGANIZAÇÃO SINDICAL E O PODER-DEVER DO JUDICIÁRIO

**Elaine Machado Vasconcelos<sup>1</sup>**

A criação de associações, sindicatos, federações e confederações está jungida às vontades dos que podem criá-las, segundo os critérios da legislação vigente. Assim, a aquisição da personalidade jurídica e da capacidade de participar dos atos inerentes operar-se-ão através de registro que possibilite o seu funcionamento (CLT, art. 511).

Anteriormente à promulgação da Constituição Federal de 1988, a investidura sindical dependia da aprovação ministerial. Igualmente, o Ministro do Trabalho poderia intervir no funcionamento dos sindicatos, segundo critérios subjetivos (CLT, art. 518 e 528).

A Carta de 1988 declara ser livre a associação profissional ou sindical (art. 8<sup>a</sup> *caput*), contudo enfatiza a necessidade de um registro da entidade que está para ser criada (inciso I); mantém a unicidade sindical - uma organização sindical para cada categoria profissional ou econômica, em qualquer grau, numa mesma base territorial, limitada à área de um Município - (inciso II); impõe a representação por categoria profissional e econômica (em cada unidade territorial); e reforça o sistema confederativo e a cobrança de contribuições para custeio do sistema sindical (incisos II c/c inciso IV).

Entretanto, observam-se tentativas bem sucedidas de superação do sistema da unicidade sindical por parte das associações, que criam, sem qualquer critério, alguns sindicatos sem representatividade e sem o menor interesse para as categorias. Uma consulta ao órgão de registro sindical do Ministério do Trabalho revela o surpreendente volume de sindicatos genéricos de uma mesma categoria (profissional ou econômica) por unidade territorial.

Vivemos um pluralismo sindical oficioso, à revelia da Constituição Federal e, pior, sob a chancela do Estado, considerando os limites de atuação do órgão ministerial.

O Ministério do Trabalho está adstrito ao exame dos requisitos formais para a criação de uma entidade sindical, não lhe sendo autorizado analisar ou intervir sobre a conveniência ou oportunidade do desmembramento, desfiliação, dissociação ou situações semelhantes.

É poder-dever do Judiciário Trabalhista zelar pelo cumprimento da Constituição Federal e das Leis da República, sem restrição ao exame dos aspectos formais previstos em lei, quando provocado para dirimir conflito impugnatório de formação ou desmembramento de sindicato. Impõe-se a análise dos verdadeiros interesses de trabalho e de empresa, quando vislumbrado o **abuso de direito**.

Vejamos a seguinte jurisprudência:

“Eventual desmembramento de sindicatos deve iniciar-se por aquele que é titular da carta sindical (TST SDC, RO-DC 7.774/90-7-7, ac. 502/91, Rel. Min. Marcelo Pimentel, DJU 6-9-91, p. 1.208), devendo passar pelo crivo democrático da categoria, e não por poucas pessoas que resolvem criar um sindicato e sem amparo em um fato social autorizador e relevante (TST, SDC, RO-DC 1.794190, ac. 449/91, Rel. Min. Wagner Pimentel, Ltr 55-10/288-291)” . (Sérgio Pinto Martins, Direito do Trabalho, 2002, p. 655).

Nesta esteira, o TST elaborou a Súmula 369, limitando o número de dirigentes

<sup>1</sup> Juíza do TRT da 10<sup>a</sup> Região - Brasília-DF

sindicais destinatários da estabilidade sindical, entendendo recepcionado pela CF o art. 522 da CLT. Esta conclusão decorreu do vultoso volume de processos em que entidades sindicais elegiam um número absurdo e desproporcional de diretores, com o objetivo espúrio de obtenção de estabilidade em afronta ao poder potestativo da empresa, ínsito ao poder de direção.

De efeito, as cortes trabalhistas devem superar a aferição formal da organização sindical, para, além disso, adentrarem o mérito e analisarem a relevância dos interesses, por conta dos abusos de direito observados, sem embargo de malferimento do art. 8º da CF/88. Em nome do princípio da liberdade sindical não podemos mais tolerar tais abusos, calcados em interesses dos mais diversos. Se a atuação do Ministério do Trabalho é estreita, diversamente, o Judiciário Trabalhista, como Poder do Estado, deve aferir e se pronunciar acerca da conveniência ou oportunidade da criação, desmembramento, desfiliação, dissociação ou situações semelhantes das entidades sindicais, quer em processos coletivos ou individuais do trabalho.

## O EMPREGADOR MAIS PRÓXIMO À JUSTIÇA.

**Elaine Machado Vasconcelos<sup>1</sup>**

A concepção embrionária do Estado Liberal relativa à isonomia esteve adstrita ao aspecto formal, traduzido na idéia de que todos são iguais perante a lei. Entretanto, este enfoque tornou-se insuficiente diante das desigualdades socioeconômicas derivadas do próprio liberalismo.

A Constituição de 1988 tratou da igualdade não somente do ponto de vista formal, mas também material, pois enuncia igualdade de tratamento, para além da consideração da igualdade de todos perante a lei – concepção formal obtusa. (art. 5º e incisos). Outrossim, trata do conceito de diversidade, referencial jurídico-normativo para se viver numa sociedade plural e democrática.

Malgrado a elevação da igualdade à condição de princípio constitucional, observamos a presença de posicionamentos que ignoram a diversidade na dinâmica de nossa sociedade.

Aqui gostaria de dar relevo ao fato de que dentro de uma sociedade plural como a nossa, mormente em função da era do neoliberalismo, há uma diversidade latente entre as modalidades de empregadores. Assim temos as multinacionais e grandes sociedades anônimas, mas também o micro-empresário e a pessoa física.

Vem-se tornando doméstico na lida forense trabalhista a sustentação de empregador no sentido de não ter condições de arcar com o pagamento das custas processuais e depósito recursal, por se tratar de pessoa juridicamente pobre. Neste diapasão, requerem a liberação do recolhimento do depósito recursal e dispensa das custas processuais, quando da interposição de recurso, especificamente o recurso ordinário para a segunda instância.

O posicionamento majoritário das cortes trabalhistas é no sentido de entender cabível os benefícios da Justiça gratuita somente ao empregado hipossuficiente.

A Lei 1060/50, disciplinadora da assistência jurídica aos necessitados, estabelece em seu art. 2º que “Gozarão dos benefícios desta lei os nacionais ou estrangeiros residentes no país, que necessitarem recorrer à Justiça penal, civil, militar ou do trabalho”.

O parágrafo único do artigo em referência traz o conceito de necessitado, considerado pelo legislador para tal fim, como sendo “todo aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família”.

A prestação de assistência jurídica integral e gratuita pelo Estado aos que comprovarem a insuficiência de recursos, de forma indistinta, está prevista também no texto constitucional (art. 5º, LXXIV). Não fez o legislador constituinte qualquer distinção quanto aos destinatários da norma.

Outrossim, a limitação da benesse apenas ao trabalhador representa mácula aos princípios constitucionais da isonomia, já debatido alhures, como também ao amplo acesso à justiça - inciso XXXIV, letra “a”, e inciso XXXV, da Carta Magna de 1988.

Ressalto, ainda, que o entendimento acima apresentado encontra-se em

---

<sup>1</sup> Juíza do TRT da 10ª Região – Fevereiro/2006.

sintonia com a Instrução Normativa nº 03/93, do C. TST, que, no item X, refere-se à inexistência inclusive do depósito recursal, “dos entes de direito público externo das pessoas de direito público contempladas no Decreto-Lei nº 779, de 21.08.69, bem assim da massa falida, da herança jacente e da parte que, comprovando insuficiência de recursos, receber assistência judiciária integral e gratuita do Estado (art. 5º, LXXIV-CF)” (grifei).

Arion Sayão Romita, in Direito do Trabalho - Temas abertos, Ltr, 1988, pág. 736/737, assim elucida o tema:

“Na linha de raciocínio que desenvolve a partir da noção de acesso à Justiça, Marc Galanter adverte que muitos obstáculos podem ser opostos com o propósito de dissuadir as partes de fazerem valer em juízo suas razões: prazos, despesas, incerteza quanto à decisão são elementos considerados no momento de propor uma ação ou conduzi-la a termo percorrendo as diferentes instâncias. Neste contexto, a exigência de depósito assume especial relevo, com possíveis resultados manifestamente injustos, a tornar inoperante o princípio do acesso ao Judiciário.

Não há dúvida de que o Estado pode conformar o direito de recurso e submetê-lo a uma série de requisitos intrínsecos e extrínsecos, mediante variadas modalidades de disciplinação, restrições e balizamentos. Esta faculdade, porém, encontra limite na produção de resultados individuais e socialmente injustos, a saber, injustiça material.

O Estado de direito não pode vergastar o sentido garantístico do procedimento. Existe manifesta interconexão dinâmica entre direitos fundamentais e procedimento. O empecilho arbitrariamente criado ao desenvolvimento razoável do procedimento autorizaria a negação de qualquer outro direito fundamental”.

A lei 7.115/83, prevê a comprovação do estado de miserabilidade pela simples declaração firmada pelo interessado ou por procurador com poderes específicos, sob as penas da lei, cujo teor goza de presunção de veracidade. Pelo princípio da igualdade das partes, entendo ser esta regra aplicável também ao empregador (pessoa física), exigindo-se para a derrogação do conteúdo desta declaração produção de prova inconteste pela parte adversa.

Desta feita, reputo absolutamente consentâneo com os princípios constitucionais epigrafados - isonomia e amplo acesso à justiça -, a interpretação aqui defendida, repita-se, a possibilidade de dispensa do recolhimento das custas processuais e depósito recursal ao empregador pessoa física.

## NEGOCIAÇÃO COLETIVA NO SERVIÇO PÚBLICO

**Arnaldo Boson Paes<sup>1</sup>**

O Supremo Tribunal Federal, com a decisão proferida no último dia 25 de outubro, por ocasião do julgamento dos Mandados de Injunção 670, 708 e 712, reconhecendo o direito de greve aos servidores públicos e determinando a aplicação da Lei 7.783/89, provocou uma transformação paradigmática no sistema de relações coletivas de trabalho no serviço público, sinalizando na direção do reconhecimento pleno dos direitos coletivos dos servidores públicos, compreendendo aí a plena liberdade sindical, a deflagração de conflitos coletivos e a negociação coletiva.

Essa nova perspectiva decorre de as categorias “sindicato”, “greve” e “negociação” encontrarem-se em regime de complementaridade, haja vista que a face coletiva da liberdade sindical é a autodeterminação, baseada no princípio da autonomia coletiva. Logo, tendo o STF reconhecido o direito à greve, deriva daí como consequência necessária o direito à negociação coletiva, pois o direito de greve é inconcebível e até absurdo sem a possibilidade de negociar um acordo que possa por termo ao conflito. Ademais, a negociação, assim como a greve, integra o conteúdo essencial da liberdade sindical, na medida em que seria impossível a existência de sindicato de servidores na ausência da greve ou da negociação, pois se o direito assegura a vida dos sindicatos é para que lutem pela realização de seus fins.

O precedente do STF, além de reconhecer o direito à greve, deve ser entendido como uma ruptura do modelo de não-negociação para um sistema de negociação coletiva no serviço público. A nova perspectiva impõe o reconhecimento da negociação coletiva como instrumento essencial para a definição das condições de trabalho no setor público. Com esse novo modelo de função pública, passa-se de uma concepção unilateral, estatutária, autoritária, a um modelo contratual, bilateral, consensual, em que as condições de trabalho passam a ser fixadas prioritariamente através da negociação coletiva com a efetiva participação dos sindicatos.

Não se trata de negociação meramente consultiva, pré-legislativa, destinada à elaboração compartilhada de anteprojeto de lei, preservando a discricionariedade do poder público. Conquanto admissível esse tipo de negociação para certas matérias, urge a implementação de um modelo de negociação vinculante, em que a administração e os servidores alcançam o consenso visando à regulação das condições de trabalho por meio de ato bilateral, formalizado através de contrato coletivo, com eficácia jurídica plena, que passa a integrar a ordem jurídica independente da intervenção superveniente do parlamento. O contrato coletivo daí resultante deve ser dotado de efeitos normativos e obrigacionais, que obrigam tanto a administração como os servidores, desfrutando de eficácia geral, com as características de imediatidade, imperatividade e inderogabilidade.

Admitida a negociação coletiva, observa-se que os direitos coletivos dos servidores, constituindo direitos, têm seus limites configurados, sujeitando-se a peculiaridades e especificidades. Necessário, portanto, a definição da estrutura negocial básica, de modo que a negociação possa desenvolver-se dentro de marcos previamente assentados. Deve então haver a institucionalização do processo negocial através da definição de fases e procedimentos próprios, contemplando os tipos, sujeitos, matérias, procedimentos, resultado, efeitos dos instrumentos e

---

<sup>1</sup> Presidente do TRT/PI  
Mestre e Doutorando em Direito

sistema de composição dos conflitos. Esta estruturação deve adequar-se às peculiaridades e especificidades do serviço público, mas não pode desvirtuar o conteúdo essencial da negociação coletiva.

Este o caminho necessário para a superação de conflitos coletivos de trabalho no setor público no contexto de uma sociedade plural, democrática e participativa. Alguns dirão que ainda não existe o caminho. A resposta está no poeta espanhol Antonio Machado: “caminhante, não há caminho, faz-se o caminho ao andar.” Eis o enorme desafio: construir o caminho que conduza a um modelo de negociação coletiva no serviço público que assegure a efetiva participação da administração e dos servidores na regulação das condições de trabalho.

# POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DOS PRÓPRIOS AUTOS DA RECLAMAÇÃO TRABALHISTA EM CURSO PARA A EXECUÇÃO DO ADVOGADO QUE RETÉM INDEVIDAMENTE QUANTIAS RECEBIDAS EM NOME DO CLIENTE<sup>1</sup>

Erasmio Messias de Moura Fé

GURUPI (TO), JANEIRO DE 2008

## 1 - Introdução

O artigo tem o propósito de demonstrar que o advogado, como indispensável à administração da justiça, poderá sofrer a afetação patrimonial nos próprios autos do processo em que atua, quando retém indevidamente o recurso obtido na ação judicial destinado à parte que representa.

Debate-se o procedimento a adotar na medida em que a relação jurídica entre parte e advogado é estranha aos autos em curso, porém, é dever funcional do juiz a ultimação da prestação jurisdicional.

## 2 - O advogado

Advogado é o profissional habilitado pela Ordem dos Advogados do Brasil para atuar na tutela de interesses particulares. Constituído por procuração *ad judicium*<sup>2</sup>, defende o interesse do cliente em qualquer juízo ou tribunal, invocando a lei e exigindo o seu cumprimento. Assim fazendo, colabora com a administração da justiça.

O advogado exerce a advocacia, que consiste na “atividade jurídica exercida pelos guardiões das liberdades humanitárias, políticas e filosóficas, e que visa à manutenção e aplicação da ordem jurídica aos casos concretos em sociedade, pugnando pelo Estado de Direito”<sup>3</sup> (D’ÁVILA, 2006).

Esses profissionais liberais, que também podem ser empregados ou advogados públicos, exercem um encargo público, mesmo na defesa de interesse privado<sup>4</sup>, pois prestam serviço público em sua atuação na medida em que contribuem para a defesa do Estado Democrático de Direito.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> Artigo extraído do Trabalho de Conclusão de Curso (TCC) de pós-graduação *latu sensu* à distância em Direito do Estado e das Relações Sociais apresentado em dezembro de 2007 na Universidade Católica Dom Bosco (UCDB) e Escola Superior da Magistratura do Estado de Mato Grosso do Sul (ESMAGIS), feito com a colaboração do Delegado de Polícia Fábio Anderson Ribeiro Sampaio.

<sup>2</sup> Cláusula do mandato judicial que autoriza o advogado a praticar todos os atos judiciais em qualquer instância.

<sup>3</sup> Conforme Silva (1998), na origem o *Estado de Direito* era um conceito tipicamente liberal, com características de submissão ao império da lei, porém, houve concepções deformadoras desse conceito em face da diversidade da idéia que se tem de *Direito*. Mas o Estado de Direito, na atualidade, deixou de ser formal, neutro e individualista, para transformar-se em Estado Material de Direito, enquanto adota uma dogmática e pretende realizar a justiça social (Cf. p.116-120).

<sup>4</sup> Lei nº 8.906/94, art. 2º, § 1º: “no ministério privado, o advogado presta serviço público e exerce função social”.

<sup>5</sup> Para Silva (1998), citando Verdú e Díaz, *Estado Democrático de Direito* reúne os princípios do Estado Democrático e do Estado de Direito, formando um Estado de legitimação justa (ou Estado de Justiça Material) que se funda numa sociedade democrática que instaure um processo de efetiva incorporação de todo o povo nos mecanismos de controle das decisões, e de sua real participação nos rendimentos da produção (Cf. p. 122).

## 2.1 - Indispensabilidade à administração da justiça

A Constituição Federal de 1988 concebeu a advocacia como verdadeiro *múnus* público, ao reconhecer o advogado como exercente de função essencial à justiça e indispensável à sua administração.<sup>6</sup>

Da mesma forma, o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (EOAB), instituído pela Lei nº 8.906/94, assegurou essa prerrogativa ao advogado e afirmou que no seu ministério privado ele presta serviço público e exerce função social. Além disso, contribui no convencimento do julgador quando postula decisão favorável ao seu constituinte, sendo que seus atos constituem *múnus* público (art. 2º).

Para a Ministra Fátima Nancy Andrichi<sup>7</sup> (2004), do Superior Tribunal de Justiça, participar da administração da justiça não se restringe nem se limita à prática dos atos processuais, tais como: peticionar, fazer sustentações orais e ajuizar ações. “Administrar é muito mais, é ajudar a gerir e usufruir os resultados”. Segundo a Ministra, “o Poder Judiciário não pertence exclusivamente aos juízes, mas aos juízes e advogados, e em caráter solidário respondemos todos pelo sucesso ou insucesso, pela eficiência ou ineficiência dos serviços públicos prestados por esta Instituição”.

O Juiz de Direito Mauro Nicolau Júnior<sup>8</sup> (2003a), em análise de caso em que o advogado reteve indevidamente crédito do cliente, discorreu sobre a importância deste no exercício do ofício profissional, assegurando que:

A razão de ser o Advogado indispensável à administração da justiça deve-se ao fato de que o juiz não pode acionar os motores que impulsionam a prestação jurisdicional. O magistrado deve permanecer inerte até que seja provocado pelo autor, como já previam os romanos *nemo iudex sine actore*, isto é, não há juiz sem autor. O autor a que nos referimos, deve ser representado por quem possui o *ius postulandi*, sendo o Advogado o profissional devidamente habilitado para desempenhar tal tarefa. É esse o fundamento da indispensabilidade do Advogado na administração da justiça, como também das demais funções inseridas nos artigos 127 a 135 da Constituição Federal.

Portanto, faz o advogado a conexão entre o cidadão, sujeito de direitos e obrigações, e o Estado-Juiz, responsável pelo restabelecimento da ordem jurídica e a paz social. Sem ele, salvo exceções<sup>9</sup>, o Estado não será capaz de realizar a função primordial da prestação da tutela jurisdicional. Daí a importância na formação de advogados comprometidos com a ética profissional e conscientes da co-responsabilidade na administração da justiça.

## 2.2 - Deveres do advogado

No Código de Ética e Disciplina da OAB estão descritos alguns dos principais deveres do advogado, incluindo, entre outros, as relações com o cliente, o sigilo profissional, o dever de urbanidade, a contratação de honorários e a publicidade dos seus serviços.

O artigo 1.º estabelece que o exercício da advocacia exige conduta compatível com os preceitos deste Código, do Estatuto, do Regulamento Geral, dos Provimentos e com os demais princípios da moral individual, social e profissional.

<sup>6</sup> CF/88, art. 133: “o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”.

<sup>7</sup> Palestra proferida na Ordem dos Advogados Mineiros, em agosto de 2004, com o tema: Administração da Justiça: responsabilidade compartilhada.

<sup>8</sup> Juiz da 48ª Vara Cível da Comarca do Rio de Janeiro, na sentença proferida em ação de indenização por danos morais e materiais. Processo nº 2000.001.142958-5.

<sup>9</sup> Admite-se o *ius postulandi* em ações de alimentos, juizados de pequenas causas e reclamações trabalhistas.

O parágrafo único do artigo 2º dispõe como deveres do advogado, entre outros: preservar, em sua conduta, a honra e a dignidade da profissão; atuar com honestidade, lealdade e boa-fé; velar por sua reputação pessoal e profissional; contribuir para o aprimoramento das instituições, do Direito e das leis e abster-se de emprestar concurso aos que atentem contra a ética, a moral, a honestidade e a dignidade da pessoa humana.

Luz (2002, p. 27) menciona como dever profissional do advogado o patrocínio justo de causas. Para ele, “patrocinar causas justas e honestas é, antes de tudo, um dever de todo advogado. O causídico que assim proceder, além de gozar de alto prestígio na comunidade em que atua, estará também granjeando a simpatia dos clientes, colegas e magistrados”.

Sempre presente o mandamento do saudoso Rui Barbosa (1999a, p. 46-47) aos seus pares, em Oração aos Moços, para quem, entre outros conselhos, o advogado deve “não transfugir da legalidade para a violência, nem trocar a ordem pela anarquia” {...} e “não fazer da banca balcão, ou da ciência mercatura”.

Portanto, exige-se do advogado conduta irrepreensível, compatível com a função social que exerce na sociedade e em sintonia com a grandeza do encargo público que executa.

### 3 – Crédito recebido em nome do cliente

Quando uma pessoa busca a justiça por meio de advogado, a lei<sup>10</sup> prevê como formalidade a outorga pela parte de poderes adequados a determinado tipo de representação, utilizando para tanto o contrato de mandato, via procuração, a qual será mais simples, com menos poderes ao patrono, quando se restringe às cláusulas judiciais, ou mais complexa, com cláusulas *ad judicium et extra*<sup>11</sup>, quando inclui poderes especiais para receber e dar quitação.

Portanto, somente mediante procuração com poderes especiais o advogado estará autorizado a receber quantias relativas ao processo destinadas ao seu constituinte, presumindo a lei, nestes casos, uma maior confiança da parte no seu representante.

#### 3.1 - Mandato judicial

Diniz (1997, v. 3, p. 856) conceitua o mandato como sendo “o contrato pelo qual alguém (mandatário) recebe de outrem (mandante) poderes para, em seu nome, praticar atos ou administrar interesses”.

Ricardo Fiúza (2003, p. 590), Relator Geral do novo Código Civil na Câmara dos Deputados, assegura que mandato “é a relação contratual pela qual uma das partes (mandatário) se obriga a praticar, por conta da outra (mandante), um ou mais atos jurídicos, criando-se, daí, uma espécie de obrigação interna entre ambos”.

O instrumento do mandato é a procuração.<sup>12</sup> O mandatário é conhecido como procurador.

Em conformidade com o formalismo primitivo, o que ainda resiste em contratos verbais, ao ser convencionado o mandato as partes estendem as mãos como gesto de aceitação

<sup>10</sup> Código de Processo Civil, art. 38: “a procuração geral para o foro, conferida por instrumento público, ou particular assinado pela parte, habilita o advogado a praticar todos os atos do processo, salvo para receber citação inicial, confessar, reconhecer a procedência do pedido, transigir, desistir, renunciar ao direito sobre que se funda a ação, receber, dar quitação e firmar compromisso”.

<sup>11</sup> A procuração com cláusula *ad judicium et extra* habilita o advogado para a prática dos atos judiciais mais os atos extrajudiciais de representação e defesa da parte em quaisquer órgãos de direito público ou privado.

<sup>12</sup> CC, art. 653: “Opera-se o mandato quando alguém recebe de outrem poderes para, em seu nome, praticar atos ou administrar interesses. A procuração é o instrumento do mandato”.

mútua do pactuado.

No mandato judicial, além da representação e da onerosidade, existe também a prestação de serviço, na medida em que o mandatário judicial representa o constituinte e presta serviços profissionais no patrocínio de seus interesses.

As principais obrigações do mandatário, oriundas do próprio contrato, são as de agir em nome do mandante com cautela e atenção, repassando-lhe as vantagens que obtiver em seu nome e, no final de sua gestão, prestar contas dos atos praticados. As demais obrigações do mandatário estão descritas no Código Civil, artigos 667 a 674.

### **3.2 - Dever de prestar contas**

No âmbito do direito civil e processual civil, entende-se prestação de contas como sendo “o ato pelo qual aquele que age em nome de outrem, gerindo seus negócios e bens, justifica as despesas feitas durante sua administração” (DINIZ, 1998, v.3, p.706).

O mandatário é obrigado a dar contas de sua gerência ao mandante, transferindo-lhe as vantagens provenientes do mandato, por qualquer título que seja (CC, art. 668).

O dever de prestar contas também está mencionado inciso XXI do artigo 34 do EOAB, sendo a omissão tipificada como infração disciplinar que sujeita o advogado a sanções administrativas junto ao tribunal de ética e disciplina da entidade. Além disso, constitui dever moral de todo cidadão prestar contas ao outro daquilo que possui em nome deste.

### **3.3 - Crime de apropriação indébita: sanção penal**

O advogado que se apropriar de dinheiro do cliente terá de devolvê-lo, com correção monetária, ficando suspenso da atividade advocatícia até a satisfação da dívida (EOAB, art. 37, § 2º), sem prejuízo da sanção penal, pois constitui crime de apropriação indébita apropriar-se de coisa alheia móvel, de que tem a posse ou a detenção, o qual é agravado quando cometida em razão de ofício, emprego ou profissão (Código Penal, art. 168).

Não raro se tem notícia de que alguns profissionais da advocacia, ao término do processo, recebem quantias pertencentes aos clientes e não as repassam aos destinatários, incidindo na prática daquele crime, inclusive com causa de aumento de pena.<sup>13</sup>

A lei penal trata com rigor tal conduta, para a qual não existe mecanismo eficiente de combate na seara civil, de modo a propiciar ao cliente um caminho rápido para o recebimento da quantia pecuniária obtida por meio do processo judicial.

### **3.4 - Sanção administrativa**

O EOAB menciona no artigo 34 uma série de disposições relativas a sanções administrativas e tipifica como infrações disciplinares várias condutas, dentre as quais destacamos: inciso XX – locupletar-se, por qualquer forma, à custa do cliente ou da parte adversa, por si, ou interposta pessoa; inciso XXI – recusar-se, injustificadamente, a prestar contas ao cliente de quantias recebidas dele ou de terceiros por conta dele; inciso XXV - manter conduta incompatível com a advocacia; e inciso XXVIII – praticar crime infamante.

Estas condutas, dentre outras, sujeitam o advogado a sanções disciplinares, que

<sup>13</sup> CP, art. 168 – crime de apropriação indébita: Apropriar-se de coisa alheia móvel, de que tem a posse ou a detenção: Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa. Aumento de pena: § 1º A pena é aumentada de um terço, quando o agente recebeu a coisa: (...) III – em razão de ofício, emprego ou profissão.

variam desde censura, passando por multa e suspensão até a exclusão dos quadros da entidade fiscalizadora.

### **3.5 - Sanção civil**

O advogado está sujeito à reparação do dano causado por sua conduta quando extrapolar os limites do mandato. A responsabilidade civil encontra-se disciplinada no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor (CDC) e fundamenta-se no princípio de que a pessoa que por ato ilícito, ou que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imperícia, violar direito e causar dano a outrem, fica obrigado a indenizá-lo (CC, arts. 186 e 927).

Acquaviva (2000, p. 1122) assegura que “a vida em sociedade pressupõe um complexo de relações ensejadas por interesses de toda ordem. Quando um interesse protegido pelo direito é injustamente lesionado, imperioso seu ressarcimento por quem o feriu”.

Assim, com base na premissa de que ninguém deve lesar o próximo, o advogado que o fizer também sofrerá a sanção civil a fim de reparar o dano causado.

Portanto, a conduta consistente em reter indevidamente importâncias de clientes no curso ou no término do processo sujeita o advogado a sanções nas esferas civil, criminal e administrativa.

## **4 – Execução do advogado nos próprios autos da ação trabalhista**

Um conflito de interesse deveria ser resolvido pela subordinação dos seus sujeitos às ordens abstratas da lei, de modo que sua composição dependeria apenas da submissão à ordem jurídica. “É o bastante o respeito à lei, às normas de direito objetivo, para que os interessados se componham segundo o que elas prescrevem” (SANTOS, 1999, v.I, p.144).

Quando isso não ocorre, ou seja, quando uma parte exige a subordinação de um interesse alheio ao interesse próprio e a outra não concorda, surge a pretensão resistida, advindo o litígio, cabendo ao prejudicado, invocando o direito de ação e por meio de um processo, buscar a tutela jurisdicional para ver solucionado o caso na forma da lei.

Na atividade forense, com destaque no ramo trabalhista, ocorrem situações em que o procurador da parte vencedora na ação, após receber o montante da execução – e em atitude contrária à legislação e ao código de ética profissional -, não o repassa ao cliente, e este procura a Vara do Trabalho para reclamar do advogado.

É certo que a relação jurídica entre a parte e o seu advogado é estranha aos sujeitos integrantes do processo judicial, e nem sempre as questões envolvendo ambos são levadas ao conhecimento do juízo. Mas “a efetividade do processo mostra-se ainda particularmente sensível através da capacidade, que todo o sistema tenha, de produzir realmente as situações de justiça desejadas pela ordem social, política e jurídica” (DINAMARCO, 1993, p.320).

Assim, fazem-se necessários mecanismos dinâmicos no sentido de compelir o advogado, nos próprios autos do processo em que atuou, a entregar eficazmente ao “ex-cliente” que o confiou, o que indevidamente lhe foi subtraído.

### **4.1 - Responsabilidade civil do advogado**

A responsabilidade civil do advogado tem caráter contratual, fundada no contrato de mandato, que tem como feição uma obrigação de meio. Tal responsabilidade pressupõe o

compromisso de todo cidadão pelo pagamento do que se obrigou ou pelo ato que praticou.

Diniz (1998, v. 4, p. 171) conceitua a responsabilidade civil como sendo “a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiro em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda, ou, ainda, de simples imposição legal”.

Porém, a responsabilidade civil do advogado não é apurada somente com base no EOAB. Está submetida a um regramento complexo oriundo do código civil, do código de processo civil e do código de defesa do consumidor.

Frise-se que pelo contrato de mandato o advogado/mandatário é responsabilizado civilmente em três hipóteses distintas: a) não execução do mandato de acordo com as instruções recebidas (CC, art. 1.306); b) não enviar ao mandante as somas recebidas em função do mandato ou não depositá-las em nome do mandante (CC, art. 1.303); e c) não prestar contas de sua gerência ao mandante, transferindo-lhe as vantagens provenientes do mandato por qualquer título que seja (CC, art. 1.031).

Inviável falar-se em cláusula implícita de irresponsabilidade inerente ao contrato advocatício, muito menos para acobertar a culpa ou o dolo profissional. O CDC estabelece a nulidade das cláusulas de isenção de responsabilidade nos contratos celebrados entre clientes e prestadores de serviço, como no caso do advogado (art. 51).

E quando se trata de retenção indébita de crédito, indubitável a presença dos requisitos essenciais para a responsabilização civil (ação ou omissão, culpa ou dolo, nexos de causalidade e prejuízo), mais precisamente da modalidade do dolo direto<sup>14</sup>, “que se caracteriza pela intenção deliberada do agente de obter o resultado danoso, praticando para tanto o ato adequado para alcançá-lo” (DINIZ, 1998, v.2, p.233).

Logo, uma vez demonstrada a culpa do advogado pelo não cumprimento de cláusula contratual ou na inobservância de deveres legais, será responsabilizado pelo prejuízo suportado por seu cliente.

#### **4.2 - Legitimação passiva do advogado**

É através da execução judicial que a Justiça dá efetividade à pretensão da parte, entregando ao vencedor da demanda aquilo que ele obteve com o processo.

O CPC enumera quem pode ser sujeito passivo da execução, estando legitimados ao pólo passivo o devedor, reconhecido como tal em título executivo; o espólio, os herdeiros ou os sucessores do devedor; o novo credor, que assumiu, com o consentimento do credor, a obrigação resultante do título judicial; o fiador judicial e o responsável tributário, assim definido na legislação própria (art. 568).

Theodoro Júnior (2003) sustenta que dentro da sistemática do Código, a legitimação passiva pode ser dividida em: (a) devedores originários; (b) sucessores do devedor originário, e (c) apenas responsáveis (Cf. v. II, p. 44).

Já o Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172/66) define o sujeito passivo da obrigação tributária como a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária, o que engloba, inclusive, as hipóteses de sujeição passiva indireta, ou seja, envolve não só o devedor original ou seus sucessores, mas também pessoa diversa que auferiu vantagem do ato,

---

14 Julio Mirabete (2000, p. 139) assegura que o código penal adotou a *teoria da vontade* quanto ao dolo direto. Por essa teoria, “age dolosamente quem pratica a ação consciente e voluntariamente”.

fato ou negócio tributário (arts. 121 a 135).

No caso em discussão, em que o advogado retém indevidamente a importância do cliente obtida na ação judicial que patrocinou (auferiu vantagem indevida), e transportando a regra da responsabilidade tributária para o campo da responsabilidade civil em função do princípio da subsidiariedade<sup>15</sup>, **entendemos ser possível a “sujeição passiva indireta” pela modalidade da “substituição”**, ou seja, o advogado passa a integrar o pólo passivo da execução em substituição ao devedor direto, que em verdade já pagou a dívida (Cf. THEODORO JÚNIOR, 2003, v. II, p.51-52).

Essa responsabilização civil ganha relevo quando se trata de crédito trabalhista, que ostenta natureza alimentícia<sup>16</sup>, **caso em que nos próprios autos da reclamação trabalhista o Juiz, tomando conhecimento da apropriação indébita, instará o advogado, mediante simples despacho, a devolver/entregar a quantia ao cliente (deduzidos eventuais honorários), sob pena de execução direta.**

### 4.3 - Responsabilidade executiva secundária do advogado

Segundo Lopes da Costa, citado por Theodoro Júnior (2003), é princípio informativo do processo executivo que “toda execução é real” (não pessoal). A responsabilidade patrimonial recairá normalmente sobre o patrimônio do devedor ou responsável pelo cumprimento da obrigação (Cf, v. II, p. 100).

Há casos, entretanto, em que o patrimônio de uma pessoa fica sujeito aos efeitos da execução, sem que ela seja parte no processo, operando-se – na lição de Liebman, citado por Theodoro Junior (2003) - a “responsabilidade executiva secundária”, pela qual são executados – segundo Alcides Mendonça, também mencionado por Theodoro Junior, - os “bens que não são do devedor, mas de terceiro, que não se obrigou e, mesmo assim, respondem pelo cumprimento das obrigações daquele” (Cf, v.II, p.102).

O CPC enumera as hipóteses em que ocorre esta modalidade secundária de responsabilidade, ao dizer que ficam sujeitos à execução os bens do sucessor a título singular; do sócio; **do devedor, quando em poder de terceiros**; do cônjuge; e os alienados ou gravados com ônus real em fraude à execução (Art. 592). {grifo nosso}.

Em se verificando a ocorrência do fato em questão, assume o advogado a condição de terceiro que se apropriou do bem do devedor (executado) destinado ao credor (exequente), qual seja, a quantia deste (dinheiro), ficando esse bem sujeito à execução (art. 592, III).

Note-se que no direito processual “dinheiro” é bem por excelência, ostentando, inclusive, a preferência na ordem de penhora (CPC, art. 655).

Assim, pela via da responsabilidade secundária, evidencia-se, também, a possibilidade de execução do procurador, a fim de alcançar o “bem” que ele se apropriou indevidamente, ou seja, a importância pecuniária destinada ao cliente.

15 Segundo Diniz (1998), o princípio da subsidiariedade vigora quando não existir meios ou instrumentos jurídicos para solucionar uma determinada situação, como se dá, por exemplo, com o (princípio) que veda o enriquecimento sem causa (Cf, v.3, p.731).

16 CF/88, art. 100, § 1º-A: “os débitos de natureza alimentícia compreendem aqueles decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou invalidez, fundadas na responsabilidade civil, em virtude de sentença transitada em julgado”.

#### 4.4 Responsabilidade do juiz no processo

Cabe a indagação se a atuação do juiz da causa se encerra com a decisão que autoriza o levantamento do crédito pelo procurador e em seguida extingue a execução.

Formalmente o processo executivo se extingue quando o devedor satisfaz a obrigação (CPC, art. 794, I), produzindo efeitos entre as partes litigantes quando a extinção é declarada por sentença (CPC, art. 795).

O problema surge quando o juiz toma conhecimento, por manifestação direta do credor exequente nos autos, de que não foi repassado o crédito a esse, ou a quantia que recebera é muito aquém do crédito levantado pelo advogado, mesmo deduzidos os honorários advocatícios contratuais, evidenciando a certeza de que a prestação jurisdicional não se completou, apesar de toda movimentação da máquina judiciária.

Repugna sob todos os aspectos morais e éticos uma atitude desta espécie oriunda de advogado, não sendo razoável admitir-se que, em casos assim, o Juiz se restrinja à mera orientação - como geralmente ocorre - para que a parte, que confiou e buscou a tutela jurisdicional, procure o próprio órgão de que o causídico faz parte para a instauração de processo administrativo, ou contrate outro advogado para acionar novamente o Judiciário em vindicação do que já obteve judicialmente.

Discursando sobre o princípio da razoabilidade (ou proporcionalidade, adequação, necessidade) em confronto com as restrições legislativas de direito, o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Ferreira Mendes (1999, p. 43), assegura a competência do Poder Judiciário para apreciar se as restrições são adequadas e justificadas pelo interesse público, o que demonstra a necessidade de, muitas vezes, proceder-se, no controle de normas, ao confronto da 'lei consigo mesma', tendo em vista os fins constitucionais perseguidos. Disse:

A doutrina constitucional mais moderna enfatiza que, em se tratando de imposição de restrições a determinados direitos, deve-se indagar não apenas sobre a admissibilidade constitucional da restrição eventualmente fixada (*reserva legal*), mas também sobre a compatibilidade das restrições estabelecidas com o *princípio da proporcionalidade*. Essa nova orientação, que permitiu converter o princípio da reserva legal no *princípio da reserva legal proporcional*, pressupõe não só a legitimidade dos meios utilizados e dos fins perseguidos pelo legislador, mas também a *adequação* desses meios para consecução dos objetivos pretendidos e a *necessidade* de sua utilização.

A Lei de Introdução ao Código Civil (LICC) estabelece que na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum (Decreto-Lei nº 4.657/42, art. 5º). Já CPC propugna que no julgamento da lide caberá ao juiz aplicar as normas legais, e não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito (art. 126).

É certo que o juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei (CPC, art. 127). Não menos certo é que a proibição de que o juiz decida por equidade, “significa que não haverá de substituir a aplicação do direito objetivo por seus critérios pessoais de justiça. Não há de ser entendida, entretanto, como vedando se busque alcançar a justiça no caso concreto, com atenção ao disposto no art. 5º da Lei de Introdução” (NEGRÃO, 2007).<sup>17</sup>

Na seara do Direito do Trabalho, a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) autoriza o juiz, na falta de disposições legais ou contratuais, a decidir pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e ainda, de acordo com os usos e costumes (art. 8º). No procedimento de rito

<sup>17</sup> Comentário nº 2 ao artigo 127 do CPC, in Theotonio Negrão, 2007, p. 263, citando RSTJ 83/168.

sumaríssimo a CLT dispõe que o juiz, ao mencionar na sentença os elementos de convicção, adotará em cada caso a decisão que reputar mais justa e equânime, atendendo aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum (art. 852-I, § 1º).

Não se trata de iniciativa do juiz de “criar” norma jurídica, mas apenas de compatibilizar o cabedal legislativo presente no sistema jurídico para dar efetividade à missão constitucional de prestar a jurisdição eficientemente, em sua inteireza. É o que concluiu Dinamarco (1993, p. 309) ao discorrer sobre a instrumentalidade do processo como “novo método do pensamento do processualista e do profissional do foro”. Acrescentou o autor:

Mesmo não sendo o juiz equiparado ao legislador, o seu momento de decisão é um momento valorativo e, por isso, é preciso que ele valere situações e fatos trazidos a julgamento de acordo com os reais sentimentos de justiça correntes na sociedade de que faz parte e dos quais ele é legítimo canal de comunicação com as situações concretas deduzidas em juízo. {...} A liberdade do juiz encontra limite nos ditames da lei e dizer que esta precisa ser interpretada teleologicamente para fazer justiça e que o juiz direciona sua interpretação pelos influxos da escala axiológica da sociedade não significa postular por algo que se aproxime da ‘escola do direito livre’. (p. 320-321).

O Juiz de Direito Mauro Nicolau Júnior (2003b), da 48ª Vara Cível da Comarca do Rio de Janeiro, em sentença proferida em ação de indenização por danos morais e materiais envolvendo exatamente um advogado que reteve indevidamente crédito do cliente em reclamação trabalhista, pontuou:

Em contrapartida à enorme importância do advogado, não só no mundo jurídico como também na sociedade moderna de modo geral, deve ele se comportar de forma exemplar, mantendo conduta compatível com a dignidade de sua função e entre suas responsabilidades, talvez a maior e primeira delas seja exatamente prestar contas e agir com honestidade para com a pessoa que nele depositou confiança outorgando-lhe mandato com poderes inclusive para receber e dar quitação. A frustração das expectativas da autora que, após mais de uma década litigando, ainda não conseguiu receber o que lhe era devido, e já não mais por conta de resistência do devedor, mas sim por conduta totalmente inaceitável exatamente da pessoa em quem confiou e nomeou para defesa de seus direitos, está a caracterizar o dano moral que haverá de ser indenizado.

Maximiliano (1991, p. 59) compara a relação entre o juiz e o legislador à existente entre o dramaturgo e o ator. Para ele, o ator “deve estar atento às palavras da peça e inspirar-se no seu conteúdo; porém, se é verdadeiro artista, não se limita a uma reprodução pálida e servil: dá vida ao papel”.

Sempre atualizados os conselhos do advogado Rui Barbosa (1999b, p. 40) mencionados no célebre discurso escrito em 1921 para a turma de 1920 da Faculdade de Direito de São Paulo, cujas palavras ainda soam para reflexão quando se questiona a demora na efetivação da justiça. Disse ele:

(...) Mas justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta. Porque a dilação ilegal nas mãos do julgador contraria o direito escrito das partes, e assim, as lesa no patrimônio, honra e liberdade. Os juízes tardinheiros são culpados, que a lassidão comum vai tolerando. Mas sua culpa tresdobra com a terrível agravante de que o lesado não tem meio de reagir contra o delinqüente poderoso, em cujas mãos jaz a sorte do litígio pendente. Não sejais, pois, desses magistrados, nas mãos de quem os autos penam como as almas do purgatório, ou arrastam sonos esquecidos como as preguiças do mato.

Portanto, como responsável pela condução do processo, deve o Juiz atentar para a

rápida solução da lide<sup>18</sup>, e no caso de retenção indevida de crédito pelo advogado, atuar para a completa efetivação da prestação jurisdicional.

#### **4.5 - A utilização dos próprios autos da ação executiva em curso**

O processo civil tem como escopo o ideal de propiciar às partes uma justiça barata e rápida. Segundo Echandia, citado por Theodoro Júnior (2003, vol. I, p. 28), extrai-se do processo a regra básica de que “deve tratar-se de obter o maior resultado com o mínimo de emprego de atividade processual”.

O processo de execução, instrumento de efetivação do direito reconhecido em título executivo judicial ou extrajudicial, deve-se inspirar, entre outros, nos princípios da economia e da celeridade processuais, e no da eficiência, este propugnado pela CF/88 como norteador da prestação de todo serviço público (art. 37, *caput*).

Diniz assegura que pelo princípio da economia processual deve-se conseguir o máximo com um mínimo de tempo. Já o princípio da celeridade requer rapidez na solução de conflitos (Cf, 1998, vol. 3, p. 719-720).

Tais princípios foram consagrados no CPC, quando dispôs que o juiz dirigirá o processo, competindo-lhe velar pela rápida solução do litígio (art. 125, III).

Além disso, a CF/88, através da Emenda Constitucional nº 45/2004, positivou o princípio da celeridade na tramitação de processos como direito e garantia de todo cidadão.<sup>19</sup>

Nesse contexto, considerando o advogado como responsável pelo crédito que se apropriou indevidamente, ou mesmo considerando-o responsável secundário, e sendo ele profissional indispensável à administração da justiça, deve-se utilizar os próprios autos da ação em curso para sua execução, a fim de evitar que o jurisdicionado, já cansado pela espera na solução do caso, tenha que se valer de outro meio processual, até mesmo na esfera administrativa perante a OAB, para recuperar o que foi obtido na ação judicial.

Para tanto, adotar-se-á um procedimento relativamente simples: o servidor do Cartório ou Secretaria da Vara, ao ouvir a queixa do jurisdicionado - autor e destinatário do crédito obtido com o processo -, de que nada recebera até então (ou recebeu valor ínfimo), e constatar, pela análise dos autos, que o crédito já fora liberado ao advogado (ou era muito superior), reduzirá a termo as declarações, remetendo em seguida os autos ao Juiz, que proferirá despacho, concedendo ao advogado prazo para comprovar o repasse do crédito ao cliente, sob pena de execução direta.

Sem comprovação nem manifestação no prazo assinalado, expede-se mandado de penhora, a recair, inicialmente, sobre o “bem” (dinheiro) retido indevidamente (CPC, art. 655, I), utilizando, se houver, convênio com o Banco Central para o bloqueio da importância na conta bancária do causídico, sem prejuízo da provocação aos órgãos competentes para a aplicação das sanções administrativas e penais cabíveis.

Havendo manifestação do procurador e estabelecendo-se controvérsia relevante acerca do repasse da quantia, deve o Juiz remeter peças dos autos para a OAB e para o Ministério Público relatando o ocorrido, para que sejam tomadas as medidas de direito, sem prejuízo da iniciativa da parte em buscar as reparações materiais e morais via responsabilização

---

18 CLT, art. 765: “os juízes e Tribunais do Trabalho terão ampla liberdade na direção do processo e velarão pelo andamento rápido das causas, podendo determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas”.

19 CF, art. 5º, inciso LXXVIII: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

civil do advogado.

#### **4.6 - A efetividade da prestação jurisdicional**

Hans Kelsen (1998, p.1) fez uma comparação da indagação de Pilatos a Jesus sobre “o que é verdade”? com outra questão da humanidade bem mais veemente: “o que é justiça?”. No caso em exame, sob o ponto de vista empírico, a resposta do que é justiça seria **o dinheiro obtido na ação judicial no bolso do autor.**

Sem dúvida, a utilidade e a efetividade do processo como instrumento para a prestação da tutela jurisdicional somente se ultima com a satisfação integral do provimento judicial invocado pela parte.

Para Maximiliano (1991, p. 157), “o intuito de imprimir efetividade jurídica às aspirações, tendências e necessidades da vida de relação constitui um caminho mais seguro para atingir a interpretação correta do que o tradicional apego às palavras, o sistema silogístico de exegese”. Na mesma obra *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, escrita nos idos de 1924, ele afirmou que “desapareceu nas trevas do passado o método lógico, rígido, imobilizador do direito: tratava todas as questões como se foram problemas de Geometria”.

Nesse escopo, a ultimação da atividade judiciária somente ocorre após o efetivo recebimento pelo credor do valor devido pelo devedor, embora tal fato seja presumido com a entrega do montante ao procurador judicial com poderes especiais para receber e dar quitação.

### **5 - Conclusão**

Ainda que formalmente se verifique o fim da relação processual entre as partes em litígio, a atividade jurisdicional não se exaure com o repasse ao procurador da quantia obtida na ação judicial. O órgão judiciário, mesmo não tendo a incumbência de fiscalização da atividade advocatícia, deve utilizar o próprio instrumento processual em tramitação – quando tiver conhecimento da conduta ilícita do advogado - para compelir este, agente indispensável à administração da justiça, a ultimar a atividade judiciária, entregando a quem de direito – o seu cliente – o que lhe é devido.

É relativa a presunção de que a quantia repassada ao procurador foi entregue ao autor da ação, sucumbindo diante da constatação inequívoca de que o valor não chegou ao verdadeiro destinatário, ou seja, quando o advogado não repassou o dinheiro ao cliente.

Nesse contexto, o Juiz deverá tomar medidas propositivas, utilizando-se do instrumento processual à disposição – o processo em tramitação - para dar efetividade ao ofício judicante, fazendo com que o procurador cumpra seu dever profissional. E a constrição judicial de bens do advogado (preferencialmente dinheiro), valendo-se dos próprios autos da ação em curso, resulta em celeridade no escopo finalístico da tutela estatal, a satisfação completa do crédito do jurisdicionado, merecendo exceção apenas quando subsistir controvérsia de relevo sobre o fato, qual seja, a apropriação indébita.

Assim fazendo, a Justiça rompe o paradigma dominante pelo qual o Juiz, sem possibilidade de agir, e muitas vezes indignado, se limita a informar à parte lesada pelo procurador a socorrer-se ao órgão de fiscalização da classe – a OAB - ou se valer de outra ação judicial, com outro advogado.

**REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Dicionário Jurídico Brasileiro Acquaviva**. 11.ed. amp., rev. e atual. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 2000.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. **Administração da justiça: responsabilidade compartilhada**. ADV Advocacia Dinâmica: seleções jurídicas, Rio de Janeiro, n. 8, p. 35-38, ago. 2004. Disponível em: <http://www.bdjur.stj.gov.br> . Acesso em: 12 jul. 2007.

BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. Edição popular anotada por Adriano de Gama Kuri. 5. ed. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1999.

**CÓDIGO Civil anotado**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

D'ÁVILA, Thiago Cássio. **Conceito e características da advocacia**. *Jus Navigandi*. Teresina, ano 10, nº 1032, 29 abr. 2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8324> – Acesso em: 12 jul. 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 3.ed. rev. São Paulo: Malheiros Editores, 1993.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1998.

ECHANDIA, Hernando Davis. **Compendio de Derecho Procesal**. Bogotá, 1974, v. I, nº 15, p. 45, *apud* THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 39.ed. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

FIUZA, Ricardo (Coord.). **Novo Código Civil Comentado**. São Paulo: Saraiva, 2002.

JÚNIOR, Mauro Nicolau. **Sentença em Ação de Indenização por Danos Morais e Materiais. Processo 2000.001.142958-5**. Juiz de Direito da 48ª Vara Cível da Comarca do Rio de Janeiro. Rio De Janeiro: 15/maio/2003. Disponível em: <http://www.informajuridico.com.br/isapi.int/netserver/frmMain>. Acesso em: 11 jul. 2007.

KELSEN, Hans. **O que é Justiça?** São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Processo de Execução**. nº 39, p. 75, *apud* THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 34.ed. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

LOPES DA COSTA, Alfredo Antônio. **Direito Processual Civil Brasileiro**. v. IV, 2.ed., nº 48, p. 53, *apud* THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 34.ed. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

LUZ, Valdemar P. da. **Manual do Advogado**. 15.ed. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2002.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. 2.ed. ver. e amp. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

MENDONÇA LIMA, Alcides de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. VI, tomo II, nº 12.041, p. 471, *apud* THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 34.ed. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. 16.ed. São Paulo: Atlas, 2000.

NEGRÃO, Theotônio. GOUVEIA, José Roberto Ferreira. **Código de Processo Civil e legislação processual em vigor**. 39.ed. São Paulo: Saraiva, 2007

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL: **Banco de dados**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 09 set. 2007.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 1999.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 15.ed. São Paulo: Malheiros Editores. 1998.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 34.ed. Vol. I e II. Rio de Janeiro: Forense, 2003.



**2008**



## SUBORDINAÇÃO ESTRUTURAL, TERCEIRIZAÇÃO E RESPONSABILIDADE NO DIREITO DO TRABALHO

Rinaldo Guedes Rapassi<sup>1</sup>

O celebrado Ministro MAURÍCIO GODINHO DELGADO<sup>2</sup>, com vistas à efetividade do Direito do Trabalho, bem como à ampliação de sua base de incidência, propõe uma nova e interessante abordagem teórica do conceito de **subordinação jurídica**<sup>3</sup>, indispensável à configuração da relação de emprego e, pois, de fundamental interesse para o Direito do Trabalho. Antes desse enfoque, porém, convém recordar a definição clássica desse elemento fático-jurídico e o contexto histórico em que se formou.

A subordinação jurídica pode ser descrita como a situação em que o empregado tem limitada a sua autonomia de vontade por força do contrato de emprego, transferindo ao empregador o poder de direção sobre a atividade a desempenhar<sup>4</sup>. Expressa-se pela intensidade de ordens fundada no poder diretivo, de um lado, e pela dependência hierárquica quanto ao modo de prestar serviço, de outro.

Essa conformação foi construída no contexto do início do século XX, da produção **taylorista**<sup>5</sup>, aperfeiçoada por HENRY FORD (como com a introdução da esteira de montagem, passando a melhor dominar o tempo de execução das tarefas), fortemente hierarquizada e segmentada no âmbito de uma mesma empresa.

Sucedê que, no início dos anos 1970, intensificou-se a crise do **fordismo**, que já nascera em decorrência: a) do desenvolvimento da organização sindical e da legislação trabalhista (gerando crise de oferta), e b) da internacionalização crescente da atividade econômica (globalização), inclusive do monetarismo (gerando crise de demanda).

Em razão dessas dificuldades de acumulação de capital e fruto de estratégias neoliberais, criou-se um novo paradigma econômico, intensivo em capital, tecnologia (com ênfase na microeletrônica e nas telecomunicações), informações e conhecimento, caracterizador da *terceira revolução industrial*. Permitiu-se, assim, o aparecimento do **sistema toyotista**, pensado por TAIICHI OHNO<sup>6</sup> (por isso também conhecido como **sistema ohnista**), que implementou novas técnicas de administração, principalmente o “*downsizing*”: o salário individualizado (por produtividade), a diminuição com controle do estoque (“*kan-ban*”) e a produção em tempo real (“*just-in-time*”); com isso, eliminou-se o excesso de equipamentos, a área útil empenhada nas atividades e o número de empregados necessários para a mesma produção, mantendo-se apenas os trabalhadores

1 Rinaldo Guedes Rapassi é assessor de juiz no Eg. TRT da 10ª Região, ex-assessor de ministro no Eg. TST e advogado licenciado. Autor do livro *Direito de greve de servidores públicos*. São Paulo: LTr, 2005. Aprovado no concurso público (iniciado em 2006) para juiz do trabalho substituto do Eg. TRT da 5ª Região.

2 DELGADO, Maurício Godinho. *Direitos fundamentais na relação de trabalho*. São Paulo: Revista LTr, vol. 70, nº 6, junho/2006, p. 657-667.

3 Além da **subordinação jurídica** ao tomador dos serviços, a existência de relação de emprego é aferida da constatação dos demais elementos fático-jurídicos formais, sob os quais se assenta. Vale dizer que, para existir uma relação de emprego, é necessário existir trabalho prestado por **pessoa física**, que labore de modo **pessoal** e **não-eventual**, com **onerosidade** e **alteridade**, ou seja, por conta alheia (uma vez que o risco inerente à atividade empresarial é do empregador).

4 Vide, a respeito: DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 7ª ed. São Paulo: LTr, 2008, p. 302. E, ainda: NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao direito do trabalho*, 14ª ed. São Paulo: LTr, 1989, p. 103.

5 O engenheiro estadunidense FREDERICK WINSLOW TAYLOR (1856-1915) desenvolveu modelo de administração baseado em princípios científicos cartesianos (*simplificação, especialização, planejamento, treinamento, controle e execução*), formando inclusive os contornos mais claros do que hoje identificamos com o conceito de poder diretivo do empregador.

6 TAIICHI OHNO (29/02/1912 a 28/05/1990) é considerado o maior responsável pela criação do *Sistema Toyota de Produção*. Nascido em Dairen, na China, formou-se em Engenharia Mecânica na Escola Técnica de Nagoya e entrou para a *Toyota Spinning and Weaving* em 1932 (a atividade têxtil era o principal ramo da família Toyota). Em 1943, foi transferido para a *Toyota Motor Company*; em 1954 tornou-se diretor; em 1964, diretor gerente; em 1970, diretor gerente sênior; e vice-presidente-executivo em 1975 (DALLA COSTA, Ricardo. *Modelos produtivos industriais com ênfase no fordismo e toyotismo: o caso das montadoras paranaenses*. *in Revista Eletrônica da FEATI - Faculdade de Educação, Administração e Tecnologia de Ibiti*. Disponível em: <<http://www.feati.com.br/revista/>>. Acesso em 25/03/2008; e, ainda, <[http://pt.wikipedia.org/wiki/Taiichi\\_ohno](http://pt.wikipedia.org/wiki/Taiichi_ohno)>. Acesso em 25/03/2008).

multifuncionais, qualificados e adaptáveis às mudanças. Outro aspecto desse sistema é o “outsourcing”, que aposta nas deslocalizações de unidades produtivas, de país em país, em busca de força de trabalho mais barata possível, e, geralmente, com maiores debilidades organizativas ao nível sindical e sem grande passado de luta reivindicativa (“dumping” social). Por fim, a **terceirização** (mais conhecida no exterior como **subcontratação** ou **externalização**), que é definida pela atribuição de serviços e produção de bens a pequenas e médias empresas, situadas na periferia da economia capitalista internacional, em lugar da utilização de fábricas próprias das transnacionais.

A nova corrente, preocupando-se (louvadamente, portanto) com esse moderno sistema de gestão refratário ao direito trabalhista original, desatualizado, cogita de uma **concepção estruturalista da subordinação**, com o objetivo de incluir no conceito de empregado todo o trabalhador inserido na “dinâmica do tomador de seus serviços”, vale dizer, no âmbito de repercussão das decisões da empresa principal, ainda que apenas para ‘colaborar’ indiretamente (mas de forma dependente e habitual). Visa a integrar aqueles que passaram a estar desprotegidos no também denominado *sistema de acumulação flexível*.

Inegavelmente, a nova corrente supera as dificuldades de enquadramento de situações fáticas que a visão clássica não alcança – daí o seu merecido destaque. Por outro lado, por ora não parece estar suficientemente desenvolvida a ponto de explicitar solução quanto a outros aspectos, reflexos.

Realmente, ao tornar dispensável o caráter direto da ordem do empregador, que passa a ser visto como comandante da produção como um todo e contratualmente vinculado a todos aqueles estruturalmente subordinados, transbordando a pessoa jurídica formal, afasta-se do entendimento até então pacificado na jurisprudência acerca da **terceirização lícita**, consubstanciado na Súmula nº 331, III, do TST, segundo o qual não se forma vínculo de emprego direto com o tomador de serviços em atividade-meio nem em caso de trabalho temporário (hipótese de intermediação de mão-de-obra em atividade-fim – Lei nº 6.019/74 e Súmula nº 331, I, do TST).

A dispensa da **subordinação direta** e da **licitude** da terceirização, nessa caracterização da subordinação estrutural, traz, por conseqüência, na solução de causas submetidas à Justiça do Trabalho (“leading case” do TRT da 3ª Região: processo nº RO-00059-2007-011-03-00-0, Rel. Juiz Convocado JOSÉ EDUARDO DE RESENDE CHAVES JÚNIOR<sup>7</sup>), novas situações ainda não inteiramente resolvidas pela mais vanguardista doutrina, como ilustrativamente se pode listar: i) a não-

---

7 “TERCEIRIZAÇÃO E SUBORDINAÇÃO ESTRUTURAL - No exercício da função de instalador/emendador de cabos telefônicos, o autor exercia função perfeita e essencialmente inserida nas atividades empresariais da companhia telefônica (TELEMAR). E uma vez inserido nesse contexto essencial da atividade produtiva da empresa pós-industrial e flexível, não há mais necessidade de ordem direta do empregador, que passa a ordenar apenas a produção. Nesse ambiente pós-grande indústria, cabe ao trabalhador ali inserido habitualmente apenas “colaborar”. A nova organização do trabalho, pelo sistema da acumulação flexível, imprime uma espécie de cooperação competitiva entre os trabalhadores que prescinde do sistema de hierarquia clássica. Em certa medida, desloca-se a concorrência do campo do capital, para introjetá-la no seio da esfera do trabalho, pois a própria equipe de trabalhadores se encarrega de cobrar, uns dos outros, o aumento da produtividade do grupo; processa-se uma espécie de sub-rogação horizontal do comando empregatício. A subordinação jurídica tradicional foi desenhada para a realidade da produção fordista e taylorista, fortemente hierarquizada e segmentada. Nela prevalecia o binômio ordem-subordinação. Já no sistema ohnista, de gestão flexível, prevalece o binômio colaboração-dependência, mais compatível com uma concepção estruturalista da subordinação. Nessa ordem de idéias, é irrelevante a discussão acerca da ilicitude ou não da terceirização, como também a respeito do disposto no art. 94, II da Lei 9.472/97, pois no contexto fático em que se examina o presente caso, ressume da prova a subordinação do reclamante-trabalhador ao empreendimento de telecomunicação, empreendimento esse que tem como beneficiário final do excedente do trabalho humano a companhia telefônica. Vale lembrar que na feliz e contemporânea conceituação da CLT - artigo 2º, caput - o empregador típico é a empresa e não um ente determinado dotado de personalidade jurídica. A relação de emprego exsurge da realidade econômica da empresa e do empreendimento, mas se aperfeiçoa em função da entidade final beneficiária das atividades empresariais.” (DJ 03/08/2007). Dado provimento aos embargos de declaração para sanar contradição, ementando-se: “...O v. acórdão embargado concluiu assim, que a existência de empresa interposta não obsta a configuração da subordinação estrutural em relação à TELEMAR, e reconheceu, ao final, como de emprego, a relação jurídica de prestação de serviço que existiu entre o reclamante e a segunda reclamada - assegurando ao reclamante, pelas razões também já exaustivamente expostas no subitem 2.1 (fl. 571, parte final), os direitos assegurados pelos instrumentos coletivos aplicáveis aos empregados da TELEMAR (previstos nos instrumentos normativos firmados pela SINTTEL). Nesse sentido, é de dar provimento aos embargos, a fim de esclarecer que o acórdão não considerou ilícita a terceirização, senão concluiu pela subordinação estrutural do autor à TELEMAR. Dessa forma, fica sanada a contradição na parte dos fundamentos que fez breve referência a suposta ilicitude da terceirização.” (DJ 22/08/2007)

caracterização de **liticonsórcio passivo necessário** em relação à empresa interposta (com a qual ordinariamente se examina o pedido de declaração de nulidade do vínculo para, somente em seguida, declarar o vínculo com a tomadora), com conseqüente coexistência de dois vínculos de emprego simultâneos relativos ao mesmo desforço obreiro; ii) a viabilidade de **equiparação salarial** irrestrita no emprego privado (tanto em relação à empresa interposta quanto, alternativamente, à escolha do empregado, com a tomadora – dependendo do pedido); iii) incerteza quanto ao **enquadramento sindical**; iv) a antinomia de **normas regulamentares** (novamente entre aquelas da empresa interposta e as da tomadora); v) a duplicidade de obrigação ao recolhimento da **contribuição previdenciária**, e direito a **benefícios**, diversificados (variando em razão da atividade de uma e de outra empregadora).

Por outro prisma, colateral, em homenagem à coerência, quanto à terceirização **lícita** pela **administração pública**<sup>8</sup>, a aplicação dessa tese resultaria na drástica redução dos direitos sociais sedimentados na Constituição da República, na CLT e na legislação complementar, para mingüados salário mínimo proporcional às horas trabalhadas e depósitos do FGTS (Súmula nº 363/TST e Lei 8.036/90, art. 19-A).

Em que pese a busca pelo aprofundamento dessa reflexão, é auspicioso constatar a manifestação doutrinária e jurisprudencial de nova ordem de reação, no Direito do Trabalho, aos fenômenos econômicos que estão a causar, invariavelmente, maior debilidade nas condições de trabalho, o que nos encoraja e convoca a também contribuir.

Da mesma maneira como o *fordismo* e o *toyotismo* no século passado, estamos vivenciando hoje quebra de paradigmas, com criatividade e rapidez inimagináveis, dada a influência da tecnologia digital nas relações socioeconômicas.

Ilustrativamente, uma dessas importantes mudanças é o fenômeno chamado de *wiki-economia*<sup>9</sup>, *economia wiki* ou *economia de colaboração em massa*, baseada no trabalho coletivo independente e disseminado pela “Internet”<sup>10</sup>, visando a atingir um mesmo objetivo, sobretudo no desenvolvimento de produtos e serviços.

A PROCTER & GAMBLE, por exemplo, busca 50% de suas idéias inovadoras fora dos muros da empresa – e além dos limites da “intranet” –, mediante um centro virtual que criou<sup>11</sup>, em que pede e recebe a ajuda de pesquisadores, estudantes e químicos aposentados. É a forma que escolheu para acompanhar de perto o ritmo das inovações, contratando especialistas de pesquisa e desenvolvimento (*P&D*), **sem que constem da folha de salários**. Conseguiu reunir uma comunidade de 90 mil cientistas em todo o mundo. Caso a ajuda enviada seja útil, a empresa remunera o respectivo autor, encontrando soluções antes inacessíveis, e distribuindo milhões de dólares em pagamento ao autônomo trabalho por resultado<sup>12 13</sup>.

Evidenciado, portanto, o forte papel da **colaboração** entre empresas e entre empresas e pessoas naturais, inclusive de forma global, talvez a melhor solução jurídica para os problemas de

8 A administração pública, no Brasil, já tem precarizado incontáveis relações de emprego não precedidas de aprovação em concurso público, pela prática de terceirização **ilícita**, de maneira corriqueira, considerável e, infelizmente, impune porque as ações de improbidade não têm se mostrado eficazes contra o agente público supostamente responsável. Constitui-se, por isso, em outro fator de grave preocupação, por também atentar contra o trabalho cumprido e remunerado no *patamar mínimo existencial*.

9 “Wiki” é um “software” ou página da internet que permite a produção entre pares, compartilhamento e interação em âmbito global. Daí “wikinomics”, um neologismo utilizado pela primeira vez por DON TAPSCOTT e ANTHONY WILLIAMS, autores do livro *Wikinomics: como a colaboração em massa pode mudar o seu negócio* (São Paulo: Nova Fronteira, 2007). Um dos maiores exemplos da *economia wiki* é o *Linux*, que não tem um proprietário, mas se tornou fundamental para os produtos e serviços comercializados por empresas como IBM, Motorola, Nokia, Philips, Sony e várias outras. Suscita considerável aquecimento nos debates jurídicos acerca da aplicação das regras de **propriedade intelectual** aos programas de código aberto (ou “open source initiative”- *OSI*), o que teoricamente estimularia o desenvolvimento de novas tecnologias. Contudo, hoje, algumas empresas nem perdem tempo e dinheiro em patentear inventos, tão rápidas é a evolução tecnológica. Veja outras informações: <<http://www.wikinomics.com/>>.

10 por cuidar-se de tecnologia barata e fácil de usar (como a Wikipédia, o Orkut e o YouTube).

11 Página de colaboração da empresa: <<https://secure3.verticali.net/pg-connection-portal/ctx/noauth/PortalHome.do>>.

12 Fontes: <<http://www.novafrenteira.com.br/wikinomics/>>, acesso em 25/03/2008; e VIEIRA, Eduardo. *Aprenda com a Wikipédia*. *in* Revista Época, Edição nº 457, 05/03/2007. São Paulo: Editora Globo S.A. <<http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EDG76410-6012,00.html>>, acesso em 25/03/2008.

13 Veja também: <[http://www.ibm.com/br/businesscenter/articles\\_etips/wikinomics.phtml](http://www.ibm.com/br/businesscenter/articles_etips/wikinomics.phtml)>.

**responsabilidade trabalhista** seja, nessa linha, o incremento da regulação legal de sua aplicação de forma **subsidiária** ou **solidária**<sup>14</sup>.

Note-se que, já em 1990, atendendo à antevisão do legislador constitucional (*vide* arts. 5º, XXXII, da CR e 48 do ADCT) o Direito do Consumidor pátrio tomou a liderança qualitativa no cenário mundial (pioneiro na codificação da matéria - Lei nº 8.078) em face de inúmeros problemas gerados pela economia globalizada (que afetam também o Direito do Trabalho), em grande parte graças à obra competente de ADA PELLEGRINI GRINOVER (Coordenadora da Comissão que elaborou o anteprojeto do CDC, pelo Ministério da Justiça - DOU de 04/01/1989), JOSÉ GERALDO BRITO FILOMENO (Coordenador), DANIEL ROBERTO FINK, KAZUO WATANABE e ZELMO DENARI, bem assim de ANTÔNIO HERMAN DE VASCONCELLOS E BENJAMIN, ELIANA CACERES, MARCELO SODRÉ, MARIÂNGELA SARRUBBO, NELSON NERY JÚNIOR e RÉGIS RODRIGUES BONVICINO<sup>15</sup>.

Em sua ótica científica, de proteção ao consumidor, lega bom exemplo das vantagens de detalhadamente legislar, impondo a **solidariedade** nos casos de má-qualidade no fornecimento de *serviços* (art. 20 do CDC), **inclusive quanto ao preposto**, seja ele **pessoa física** (incluindo representantes autônomos) ou **jurídica** (art. 34 do CDC). Mais claramente se nota a vantagem dessa sistemática diante das normas que pretendem alcançar toda a rede ou cadeia de empresas integrantes do ciclo de *produção e distribuição de mercadorias*, vale dizer, todos aqueles que desenvolvem as atividades descritas no art. 3º (*vide* arts. 12 e 25, §§). É um diploma riquíssimo em concertar, em um microsistema, normas de processo coletivo (art. 81), responsabilidade objetiva (art. 12, *caput*), responsabilidade solidária e subsidiária (art. 28, § 2º) e inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII), sem se valer da desconsideração da personalidade jurídica empresarial, senão de forma supletiva (art. 28, *caput*).

Observe-se que, no âmbito do Direito do Trabalho, a modernização na matéria tem cabido, apenas, à jurisprudência e à doutrina em torno dos polivalentes arts. 2º e 3º, 8º e 9º da CLT. Ilustrativamente, observe-se que, para o reconhecimento do que se convencionou denominar **grupo econômico** e para a subseqüente aplicação da responsabilidade solidária pelos débitos trabalhistas, a jurisprudência inclina-se no sentido de não ser necessário que entre as empresas haja controle de uma empresa-mãe (a chamada “*holding*”), bastando que se perceba uma **relação de coordenação** entre as empresas do grupo, ainda que sendo autônomas e não exista subordinação entre elas, haja vista que a finalidade do instituto é a garantia de solvabilidade dos créditos trabalhistas. Na esteira desse raciocínio, se pelas provas reunidas no processo trabalhista exsurgir claramente uma relação de coordenação entre as reclamadas, é possível declarar-se a existência de grupo econômico e deferir-se a responsabilidade solidária, no caso concreto, como forma de melhor atender ao princípio da proteção ao hipossuficiente econômico. Nesse contexto, abandona-se aqui a tese de que haveria um empregador único formado por todo o grupo (desconsiderando, assim, a personalidade jurídica da empresa, com diversas conseqüências indesejáveis, como, por exemplo, a do enquadramento sindical do empregado) e, pois, o de solidariedade ativa. A melhor inteligência da Súmula nº 129/TST, pois, para nós, é a de que há um só contrato: o formal; em que pese haver responsabilidade solidária passiva.

A República Federativa do Brasil tem como um de seus fundamentos o direito à propriedade dos bens e meios de produção (arts. 1º, IV, e 170, *caput*, II e III, da Constituição), o que revela que fez opção pelo **sistema capitalista** – temperado e equilibrado, por outro lado, pela primazia dos princípios da *dignidade da pessoa humana* e dos *valores sociais do trabalho*, que têm posição precedente, de destaque (art. 1º, III e IV, primeira parte, e 170, *caput*, primeira parte, da Constituição), bem como a limitação ao direito de propriedade, pelo critério de atendimento à sua *função social* (art. 170, III, da Constituição).

14 A solidariedade não se presume: decorre da lei ou da vontade das partes (art. 265 do Código Civil).

15 Os nomes foram sugeridos ao Ministro PAULO BROSSARD pelo então Presidente do Conselho de Defesa do Consumidor da mesma pasta, FLÁVIO FLORES DA CUNHA BIERRENBACH (Deputado Federal de 1983 a 1987 por São Paulo e atualmente Ministro do Eg. Superior Tribunal Militar).

Diante disso, e do sobreprincípio da **segurança jurídica** (art. 5º, *caput*, CR), é que se conclui pela preferência por métodos que se valem da **responsabilização solidária ou subsidiária** das pessoas físicas e jurídicas envolvidas no processo de produção por colaboração, deixando a despersonalização jurídica para uma etapa secundária.

Nesse passo, a garantia de implantação desse sistema depende da eficiência de desempenho do papel interventivo do Estado, que atua por meio dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. No modelo trabalhista brasileiro de intervenção na economia, a **legislação sistematizada** (ou mesmo a **codificação**) poderia adicionar coerência, homogeneidade e clareza de que a autonomia científica se ressentir, como considerável aliado para facilitar o exercício da interpretação das normas, seja por seus destinatários finais, seja pelos aplicadores estatais.

Nesse meio de tempo, o Poder Judiciário não se furta à aplicação dos princípios fundamentais diretamente às causas submetidas à sua apreciação e julgamento, de modo a acompanhar as rápidas transformações socioeconômicas.



## CONVENÇÃO N1 158/OIT - DISPENSA ARBITRÁRIA

### IV COMISSÃO: A TUTELA JURISDICIONAL COMO FATOR DE PROMOÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

**Gilberto Augusto Leitão Martins<sup>1</sup>**

**EMENTA:** DISPENSA ARBITRÁRIA. CONVENÇÃO N1 158 DA OIT. A dispensa arbitrária é a que não se funda em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro. A indenização de que trata o inciso I do art. 10 do ADCT sobrevive à nova ordem jurídica, delineada pela ratificação da sobredita convenção internacional em decorrência de aplicação horizontal de direito fundamental em nível constitucional.

A re-ratificação da Convenção 158 da OIT, recentemente anunciada pelo Governo, abre caminho para que a sociedade, no palco próprio - o Congresso Nacional, discuta a regulamentação do conceito de dispensa arbitrária, criado pela Constituição Federal em seu art. 71, inciso I.

Embora tenha estigmatizado a dispensa arbitrária, o Constituinte não cuidou de regulamentá-la, deixando ao legislador ordinário a tarefa, daí porque a iniciativa do Governo Federal em proceder a nova ratificação da Convenção n1 158 (anteriormente ratificada e posteriormente denunciada no governo do presidente Fernando Henrique, suscitando as mais diversas discussões sobre a validade desta denúncia) oferece oportunidade para discussão de tema tão momentoso com suas mais variadas nuances, desde os efeitos sobre o direito do empregador em resilir o contrato de trabalho, assim também sobre a sua repercussão na indenização prevista no art. 10, inciso I, do ADCT.

É fato notório que a mão-de-obra no Brasil sofre o impacto de intensa rotatividade. Segundo números divulgados pelo governo, em 2007, 14,3 milhões de pessoas foram admitidas e 12,7 milhões, demitidas, grande parte graças a atual legislação que põe em mãos do empregador instrumento unilateral e contra o qual não é dado ao prestador se insurgir. Visando exatamente a coibir a denúncia irrestrita e imotivada do contrato de trabalho é que a Constituição de 1988 instituiu a vedação à dispensa arbitrária.

Se é escassa a existência de vagas no mercado de trabalho, não contribui a legislação trabalhista com seus atuais contornos para a conservação do posto de trabalho pelo empregado, por isso pertinente e atual a crítica empreendida pelo constituinte de 1987 à dispensa arbitrária.

O momento por que passa o direito pátrio contribui de forma decisiva para que se venha trazer para o contrato de trabalho maior amplitude social, pois mesmo os contratos em geral, regulados pelo Direito Civil, sofrem o influxo do novo Código Civil que mitiga o conceito do *pacta sunt servanda*, determinando que os contratos devem a todo tempo atender a uma função social (art. 421 do Código Civil).

A aqueles que enxergam na empresa bem único de seu proprietário e na mão-de-obra tão-somente um meio de produção, a Constituição se antepõe para estabelecer que a economia nacional, embora alicerçada sobre os fundamentos da iniciativa privada, há de ter

---

<sup>1</sup> Juiz do Trabalho – 10º Região.

em mira a função social, devendo, junto com o direito de propriedade, atender ao bem comum, art.170, *caput* e inciso III da Constituição.

De outro modo, aliás, os termos da Convenção n1 158 da OIT são representativos da cláusula do devido processo legal em ambiente contratual, justamente porque o contratado tem direito de conhecer as razões pelas quais o contratante exerce, em dado momento, seu poder de romper o pactuado. Trata-se, não se tem dúvida, de aplicação horizontal de direito fundamental, vale dizer, com extensão à relação entre particulares, mas nem por isso menos salutar na garantia de humanização das relações de trabalho.

O enfrentamento da questão, ainda, exige que se discuta o alcance do conceito de dispensa arbitrária, passando necessariamente pela dimensão que se há de dar ao termo, assim como a conseqüência jurídica e econômica que decorreria de sua implementação.

Em conhecido artigo sobre a matéria, Jorge Luis Souto Maior(\*) verifica existir na CLT, art. 165, a adequada conceituação de dispensa arbitrária, *verbis*:

A Quais seriam, entretanto, os parâmetros jurídicos para se considerar uma dispensa motivada, afastando a hipótese de dispensa arbitrária?

O modelo jurídico nacional já traz, há muito, definição neste sentido, entendendo-se como arbitrária a dispensa que não se funde em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro, conforme previsto no art. 165, da CLT.@

Se é certo que a Convenção n1 158 da OIT não proporciona exata medida ao conceito de dispensa arbitrária, a enunciação que faz, de fato, muito a aproxima daquilo que já se encontra descrito em nosso direito, inserido no art. 165 da CLT, pois assim enuncia, *verbis*:

Não se dará término à relação de trabalho de um trabalhador a menos que exista para isso uma causa justificada relacionada com sua capacidade ou seu comportamento ou baseada nas necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço.

No novo cenário de convivência com os princípios afirmados em âmbito internacional, a dissolução do contrato de trabalho ganharia nova vertente legal. A dispensa imotivada, tal qual hoje denominamos a denúncia unilateral do contrato de trabalho pelo empregador, passaria então a chamar-se de dispensa arbitrária, somente deixando de sê-lo se fosse possível enquadrá-la nas hipóteses previstas para sua descaracterização, ou seja, se vier fundada em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro.

Não se baseando a dispensa em mau aproveitamento do empregado (motivo técnico), em comportamento inadequado (motivo disciplinar) ou se não vier fundamentada em questões de ordem estrutural da própria empresa (motivo econômico ou financeiro), restaria caracterizada a dispensa arbitrária, a demandar pronta reparação que, a meu pensar, passaria pela imediata reintegração do empregado aos quadros funcionais da empresa, a não ser que a medida se apresentasse inviável por incompatibilidade das partes envolvidas, quando então se faria necessária a conversão do direito em pecúnia.

O valor da indenização poderia ser deixada ao prudente critério do juiz, como já se faz em relação às indenizações por ilícitos extracontratuais, em que é exemplo as ações de indenização por acidente de trabalho, ou então o próprio legislador já a definiria, instituindo algo como o que se encontra no art. 479 da CLT. Assim, se conferiria ao ex-empregado a metade o salário que perceberia se no emprego estivesse até colocar-se novamente no mercado de trabalho, levando em conta o tempo médio para encontrar-se novo posto de serviço, considerando as circunstâncias pessoais do indivíduo arbitrariamente dispensado, como sexo, faixa etária, profissão, localidade em que atua, etc., dados facilmente encontráveis nos institutos de estatística oficiais.

Por fim, não me parece que o disciplinamento da dispensa arbitrária necessariamente importe em derrogação da multa indenizatória de 40%, prevista no art. 10, inciso I do ADCT.

Isso porque a dispensa arbitrária agregaria ao mundo jurídico-trabalhista uma nova faceta à rescisão do contrato de trabalho, distinta das já existentes, de modo que a verba indenizatória seria ainda devida nas rescisões contratuais imotivadas patrocinadas pelo empregador, não exercidas com abuso de direito.

Paralelamente à dispensa motivada, fundada em falta grave perpetrada pelo obreiro, haveria ainda a dispensa imotivada e a dispensa arbitrária, reservando-se para a primeira a multa indenizatória dos 40% e para a segunda indenização específica como já se faz para os ilícitos extra-contratuais em geral ou então a que fosse prefixada pelo legislador.

Se é verdade que o caput do art. 10 do ADCT enuncia que a indenização tratada no seu inciso I sobreviveria até o momento da regulamentação do inciso I do art. 71 da Constituição, não me parece desarrazoado pretender que, junto com a sua regulamentação, venha instituir-se tratamento distinto para as diversas formas de rescisão do contrato de trabalho patrocinadas pelo empregador, reservando-se a multa referida à dispensa imotivada, não arbitrária, entendida como a que se funda em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro.

Nesse mesmo contexto, embora na mensagem presidencial que acompanhou a remessa da Convenção para nova ratificação do Congresso nada tenha sido dito acerca do seu *status* jurídico, há se reconhecer que a ratificação deve observar o disposto no art. 51, " 21 e 31, da Constituição, porquanto se trata de direitos humanos de conteúdo econômico-social-trabalhista. A ratificação com *status* constitucional revela que, em matéria de direitos humanos, a nova disciplina não derroga anterior de conteúdo benéfico, senão que com ela convive fortalecendo e aperfeiçoando a rede de proteção social.

(\*) Texto de autoria de Jorge Luiz Souto Maior, Juiz do Trabalho da 150 Região, publicado no *site* [Ajus navigandi@](#).

### Resumo

1. A conceituação de dispensa arbitrária, prevista no inciso I do art. 71 da Constituição, se harmoniza com os tempos modernos em que o contrato há de buscar alcance social, art. 421 da CF/88, justificando-se a sua implementação como meio de reduzir os nefastos efeitos da alta rotatividade da mão-de-obra em nosso país.
2. A dispensa arbitrária advém de conceituação que já se encontra no ordenamento jurídico trabalhista, art. 165 da CLT, e assim deve ser considerada se não vier fundada em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro.
3. É oportuna e salutar a ratificação da Convenção n1 158 da OIT, na exata medida em que os princípios internacionais representam aplicação horizontal de direito fundamental, traduzido no devido processo legal observado na relação entre particulares, ou, em outras, palavras, no direito do contratado de conhecer os motivos que ensejam o rompimento do pacto.
4. A consequência do reconhecimento da dispensa arbitrária é o imediato retorno do empregado aos quadros funcionais da empresa ou então, em caso de grave incompatibilidade, o pagamento de indenização que haveria de ser aquela que já existe para o ilícito extra-contratual, art. 186 do Código Civil, ou então pré-estabelecida em lei, por exemplo, a metade do salário, levando em conta o tempo médio para encontrar-se novo posto de serviço, considerando as circunstâncias pessoais do empregado arbitrariamente dispensado: sexo, faixa etária, profissão, localidade em que atua, etc..
5. Não há prejuízo ou derrogação da indenização de que trata o art. 10, inciso I do ADCT, considerando que a dispensa arbitrária apenas agregaria ao mundo jurídico trabalhista uma nova faceta às rescisões contratuais promovidas pelo empregador, paralelamente às já existentes, dispensa motivada por falta grave e dispensa imotivada, não arbitrária, aplicando-se a esta última a indenização de que trata o dispositivo constitucional referido.
6. A Convenção n1 158 da OIT convive com a indenização de 40% sobre o FGTS, fortalecendo a rede de

proteção social.

AUTOR E DEFENSOR DA TESE: Gilberto Augusto Leitão Martins, Juiz do Trabalho.

## A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL TRABALHISTA E O COMPROMISSO COM OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS<sup>1</sup>

Noemia Porto<sup>2</sup>

A literatura jurídica trabalhista tradicional tem contribuído ao longo dos anos para a construção de uma teoria que, ao contrário de promover uma aliança consistente, separa, como se diferentes fossem, o material constitucional e o cotidiano das relações de trabalho, ao mesmo tempo em que a prática judiciária especializada direciona olhar modesto para as realizações internacionais trabalhistas.

Estas linhas pretendem trazer à luz elementos que possam colaborar para a problematização do viés tradicional, marcado pela vertente legalista, no trato dos direitos trabalhistas, revelando a tensão entre o código econômico e o código do direito; destacando a importância da produção internacional para a realização dos direitos humanos; priorizando, para a consistência da normatividade constitucional, uma interpretação articulada em torno de princípios; e, finalmente, pontuando o papel do controle de constitucionalidade no compromisso com o núcleo essencial da Constituição.

De fato, a sociedade moderna, excessivamente dinâmica e que reconhece a si mesma como sociedade mundial, tem, no aumento de complexidade - ou na presença permanente de mais possibilidades das que as que são suscetíveis de ser realizadas - seu marco evolutivo (NEVES, 2006, p. 10-15).

A constatação irresistível, a despeito das diversas colorações ideológicas que a expressão possa assumir, é a de que se trata de uma sociedade globalizada.

Na verdade, embora Globalização seja termo com sentido equívoco, na sua versão econômica é possível destacar com razoável consenso a abertura e a força dos mercados, sobretudo do mercado financeiro, e o predomínio do código econômico ter/não ter (NEVES, 2006, p. 215-219).

Como não se pode mais, a pretexto de discursos transcendentais ou de metanarrativas, negar que o Direito é o Direito da sociedade, e não algo acima ou a despeito dela, a complexidade e o aumento constante de novas demandas precisam ser considerados nas reflexões jurídicas que se pretendam reflexões atuais. Além disso, o desprezo ao contexto internacional não pode ser admitido como alternativa viável no trato das questões trabalhistas.

Neste sentido, nos primórdios da estruturação da Organização Internacional do Trabalho - organismo destinado a tratar de assuntos relacionados com políticas laborais e sociais - havia consciência sobre a existência de uma economia global, animada pela regra básica da concorrência e, nesta perspectiva, compôs o ideário de sua criação em 1919, o desenvolvimento econômico com justiça social, enquanto condição de convivência universal harmoniosa e pacífica, isso porque as nações signatárias do Tratado de Versalhes reconheciam a existência de trabalho desenvolvido em condições de injustiça, miséria e privações em relação a um grande número de pessoas (OIT, 2005a, p. 5-7).

Atualmente a OIT assume que diversos dos desafios iniciais permanecem presentes à vista do contexto de uma economia global, cujo crescimento não encontra precedentes na história, e é alimentada pelas novas tecnologias, pessoas, capitais e mercadorias que se movem entre os países com enorme facilidade e rapidez (OIT, 2005a, p. 7).

---

1 Artigo produzido em razão do Curso de Direitos Fundamentais promovido pela AMATRA-XIII (PB) para aperfeiçoamento de juizes e servidores (período de 03 a 05 de abril de 2008).

2 Juíza do Trabalho Titular da 2ª Vara de Araguaína-TO (TRT/10), Mestranda da UnB, Especialista em Direito Constitucional pela UnB e Professora Universitária.

O crescimento econômico propiciado pela globalização, entretanto, não tem se convertido em garantia de igual distribuição dos resultados e mesmo de eficiente progresso social. Convive-se com o paradoxo entre abundância e pobreza porque embora as trocas internacionais e a capacidade tecnológica estejam maiores do que nunca, a distribuição das melhorias permanece desigual (OIT, 2005b, p. 17-19).

Note-se que a hipertrofia do código econômico em prejuízo dos códigos jurídico e político tem significado, dentre outras circunstâncias, a ausência de compromisso com práticas laborais orientadas por uma política social.

Essa hipertrofia, de outro modo, constitui obstáculo à realização do Estado Democrático de Direito, marcado que deve estar pelos princípios da soberania popular e da igualdade, e ainda pela generalização dos direitos de cidadania (NEVES, 2006, p. 218-219).

O código econômico, por isso, requesta no âmbito internacional o desenvolvimento de um amplo Programa de Trabalho Descente, a cujo desafio a comunidade internacional responde em parte desenvolvendo instrumentos jurídicos internacionais sobre comércio, finanças, meio ambiente, direitos humanos e do trabalho (OIT, 2005a, p. 08).

No ambiente interno, a sociedade dinâmica, complexa e mundial exige uma compreensão sobre o Direito que assuma as interlocuções entre produção internacional e articulações jurídicas locais, ante a insuficiência de tradicionais dicotomias, dentre elas Estado Nacional x Sistema Mundializado (SANTOS apud GUSTIN, 2006, p. 12). Enquanto a reprodução do código econômico não conhece fronteiras, a produção jurídica tradicionalmente ainda se desenha apenas em âmbito interno, reproduzindo a referida dicotomia, de todo insuficiente para fazer frente à realidade contemporânea.

Neste mesmo quadrante, revelam-se inconsistentes operações jurídicas que confirmam preponderância às articulações interpretativas voltadas à investigação somente do conteúdo dos textos constitucionais e legais, como se eles mesmos, textos, contivessem uma explicação dada, natural, sobre o que pretendem dizer. A metódica silogística diz muito pouco sobre a dinâmica social.

Ao revés, as normas internacionais do trabalho (tratados, convenções e recomendações) devem ser vistas como o componente jurídico da estratégia da OIT para orientar a globalização, promover um desenvolvimento sustentável, erradicar a pobreza e garantir que as pessoas possam trabalhar em condições de dignidade e igualdade.

O esforço internacional, por isso, não pode permanecer recebendo, especialmente dos órgãos judicantes, um silêncio consistente ou um tratamento desarticulado sobre a capacidade de interferência na ressignificação constante dos conteúdos trabalhistas internos.

É que a incapacidade dos indivíduos em enfrentar isoladamente o Estado e as grandes organizações privadas impessoais – essas fortificadas cada vez mais no mundo de hoje – denuncia não só a importância da dimensão coletiva e difusa dos direitos fundamentais como também destaca a imprescindível atuação dos organismos internacionais na promoção dos direitos humanos. A produção normativa internacional provoca “irritações” nas ordens regionais, instigando-as à constante revisão do compromisso estabelecido com os direitos humanos (NEVES, 2006, p. 282-283).

Nesse quadro, as normas internacionais do trabalho estabelecem as normas sociais mínimas básicas acordadas por todos aqueles que participam da economia global. A Organização Internacional do Trabalho, agência especializada das Nações Unidas desde 1946, e comprometida com a realização dos direitos humanos de conteúdo econômico social, acomoda diálogo tripartite, à vista da participação de representantes dos governos, trabalhadores e empregadores.

A despeito da existência de diversos tratados, convenções e recomendações, a

Organização Internacional do Trabalho, desde 18 de junho de 1998, quando da Conferência Internacional ocorrida em Genebra, tem sua atuação articulada em torno, primordialmente, de quatro princípios fundamentais, sendo eles a) a liberdade sindical e o efetivo reconhecimento do direito à negociação coletiva, b) a erradicação do trabalho forçado e c) do trabalho infantil e d) a igualdade de trabalho (ILO, 1998, p. 7).

A unidade em torno de princípios com pretensão de universalidade e intangibilidade fica evidente quando se estabelece a obrigação de todos os países-membros da OIT, independentemente de terem ou não ratificado as respectivas convenções, respeitarem, promoverem e concretizarem os direitos fundamentais em questão (ILO, 1998, p. 7).

Contudo, não se observa internamente produção de conhecimento voltada a esse novo quadro internacional, tanto que ainda há predomínio da vertente legalista, segundo a qual os tratados e as convenções internacionais podem ser considerados fontes formais do Direito do Trabalho, mas apenas após a sua ratificação, e mesmo assim com status de norma infraconstitucional (DELGADO, 2003, p. 154).

Ocorre que a ação internacional sob o enfoque desses quatro domínios visa à promoção da dignidade da pessoa trabalhadora, assim entendida no contexto do trabalho descente. O trabalho, nessa perspectiva, é visto como valor ético, parte integrante da vida diária das pessoas. A questão, então, é da vinculação dos direitos fundamentais à plena realização da dignidade humana.

É necessário contribuir para que os princípios fundamentais cumpram a função importante de promover a releitura de práticas laborais internas.

Na realidade, revela-se urgente o enfrentamento teórico dos direitos trabalhistas como direitos fundamentais e, por isso mesmo, a constatação da insuficiência da vertente legalista para fazer frente à articulação entre ordem internacional e ordem local, sobretudo no que concerne aos princípios fundamentais internacionais.

Concretamente, os atos internacionais que visam à aplicação eficiente dos aludidos princípios devem ser recebidos no âmbito interno com o status adequado que não é outro senão que o status constitucional, cumprindo lembrar que desde a versão originária da Constituição do Brasil há reconhecimento do caráter histórico e do catálogo aberto dos direitos humanos (art. 5º, § 2º).

Como é certo, para a realização dos princípios fundamentais internacionais da órbita do trabalho, é relevante o comprometimento, nas respectivas esferas de competência, dos procedimentos constituídos no âmbito dos países membros (político-eleitoral, legislativo-parlamentar, jurisdicional e político-administrativo).

Na realidade, o compromisso dos destinatários só pode lograr êxito se estiver traduzido na Constituição, realizadora, no Estado de Direito, da diferenciação entre política e direito (NEVES, 2006, p. 95).

Ainda pensando sobre princípios fundamentais, o Estado Democrático de Direito representa a superação dialética da antítese entre a dimensão liberal e social de Estado (GUERRA Filho, 2001, p. 25), e convive com elementos herdados da época expansionista das Constituições, embora promova releitura interpretativa de tais elementos, tendo como papel relevante formar um foco reconhecível e vinculante de solidariedade social (WILLKE apud NEVES, 2006, p. 225).

Por isso, importa analisar criticamente os limites da capacidade de aprendizado do sistema constitucional brasileiro em relação ao compromisso internacional presente nos princípios fundamentais econômico-sociais trabalhistas, e de recente enunciação, isso porque é a normatividade constitucional que estabelece como e até que ponto o sistema jurídico pode reciclar-se sem perder a sua identidade/autonomia (NEVES, 2006, p. 100).

É verdade que, no que concerne à liberdade sindical, a Constituição brasileira

se impôs o paradoxo presente no art. 8º, II. O Texto Constituinte de 1988 representou significativo avanço em favor de um sindicalismo desvinculado da vontade discricionária estatal, mas não avançou até o necessário ambiente da liberdade plena, a significar o abandono do legado corporativo da unidade em torno da base territorial. Assim, de um lado há o Estado Democrático de Direito e a prevalência das liberdades públicas, de outro, a ausência de superação da unicidade sindical.

Todavia, o enfoque da liberdade plena construída no âmbito internacional pode servir de norte à interpretação da Constituição brasileira nos casos concretos que versam sobre as demandas sindicais, que aportaram recentemente na Justiça do Trabalho por força da Emenda Constitucional nº 45/2004. Afinal, o conteúdo preciso de princípios e regras constitucionais é construído no âmbito da sua aplicação e a luz da liberdade pode derrotar antigas certezas construídas na prática jurisdicional anterior à Reforma do Judiciário.

A normatividade constitucional, para tanto, é vista não apenas como o texto que é resultado do procedimento constituinte, mas, sobretudo, como fruto da atuação do procedimento jurisdicional, o qual o reveste de sentidos normativos. A norma jurídica, especialmente a norma constitucional, é produzida no decorrer do processo de concretização (NEVES, 2006, p. 100).

Nunca é demais recordar que a Constituição, vista como um processo, e a fórmula do Estado Democrático de Direito conferem importância ao procedimento judicial na sua construção e realização (GUERRA Filho, p. 20-24).

Especialmente no caso da interpretação constitucional, o Estado Democrático se revela como princípio estruturante, e a dignidade da pessoa humana como princípio geral dos princípios especiais fundamentais (GUERRA Filho, 2001, p. 48-49).

A Constituição do Brasil, como anunciado, assume a forma político-jurídica do Estado Democrático de Direito (art. 1º) e este necessariamente se relaciona com um processo de constitucionalização crescente de exigências de integração jurídico-política na sociedade como componentes da cidadania (NEVES, 2006, p. 175).

Os princípios - inclusive os fundamentais internacionais ambientados em organismo do qual o Brasil participa - pode operar como padrões obrigatórios para as autoridades de uma comunidade, padrões que regulam suas decisões a propósito de direitos e obrigações jurídicas (DWOKIN, 2002, p. 61).

A lista aberta de direitos fundamentais (SAMPAIO, 2002, p. 706) e a normatividade dos princípios (DWORKIN, 2002, p. 39-43) exigem que nova dimensão seja conferida aos conteúdos das normas internacionais do trabalho, realizadoras dos primados fundamentais.

Efetivamente, a existência de carência material, traduzida como a predominância da “exclusão” de grandes parcelas da população, que inibe a construção de uma esfera pública pluralista fundada na generalização institucional da cidadania, caracteriza a chamada modernidade periférica, que, por sua vez, é obstáculo à eficiente realização do Estado Democrático de Direito (NEVES, 2006, p. 239).

Nesse quadro, os princípios fundamentais econômico-sociais trabalhistas atendem às exigências próprias do Estado Democrático de Direito, ao mesmo tempo em que é justamente nessa dimensão complexa, que reconhece o contexto das diferenças, que os referidos princípios encontram melhor possibilidade de realização.

O Estado Democrático de Direito encontra resistência nos ambientes em que persista a relação dependente entre subintegrados e sobreintegrados (NEVES, 2006, p. 248). Ambos, aliás, encontram-se à margem da legalidade, seja, no caso de uns, porque a Lei os atinge apenas quando se trata de obrigações, e não da efetividade de direitos, seja porque, em relação a outros, dotados de direitos e privilégios, há proteção contra as obrigações sob o pálio

da impunidade.

A ruptura da condição de subcidadão, porém, não é possível enquanto os direitos trabalhistas forem tratados como direitos de bagatela.

Ao contrário, a possibilidade de integração jurídico-política igualitária é altamente dependente do fortalecimento da idéia de princípios fundamentais, que como tal podem promover coerência de discurso em torno do trabalho como valor ético. A integração pode efetivamente contribuir para a construção da referida esfera pública pluralista, necessária à eficiência do princípio democrático.

Trata-se do resgate da internacionalização como característica essencial do ordenamento jurídico trabalhista (BARROS, 2005, p. 105), devendo ser acrescentado que, embora diversos órgãos e entidades sejam responsáveis pela atuação das normas internacionais, o Poder Judiciário cumpre papel relevante, especialmente quando, por meio da jurisprudência, procura enfrentar o desafio da compatibilização das referidas normas com o ordenamento jurídico nacional (BARROS, 2005, p. 111).

O controle de constitucionalidade, nesta perspectiva, não pode mais ser visto apenas como atuação para a nulidade de ato contrário à Constituição. Esta visão simples não corresponde à grandeza do sistema que há muito demanda cotidiana interpretação dos conteúdos constitucionais.

A dinâmica entre Constituição e realidade exige a sofisticação de repensar antigas certezas sobre o Direito, desta vez sob o ânimo renovado dos princípios, encarados em sua vertente normativa, em articulação complexa entre os produzidos em âmbito internacional e aqueles que fundamentam a ordem constitucional brasileira.

Cada demanda sobre disputa sindical, primado da negociação coletiva, trabalho degradante, trabalho infantil, igualdade de gênero, questões de raça, pobreza e emprego, integridade salarial, informalidade, terceirização, precarização, assédios, enfim, requesta um repensar constitucional, permeado por elementos de alta complexidade.

O plexo de possibilidades constitucionais em sede de direitos fundamentais, porém, não representa uma desordem de comandos, ao contrário, há coerência que se articula especificamente a partir de uma visão sobre princípios, essenciais que são ao desenvolvimento de forma ótima da força normativa da Constituição (HESSE, 1991, p. 20).

Há se considerar, portanto, a definitiva inserção dos princípios na esfera da normatividade, motivo pelo qual atuam como vínculos inclusive em relação às regras (BONAVIDES, 2000, p. 253-254).

Os princípios, aliás, caracterizados pela fluidez e elasticidade, estão melhor habilitados para lidar com a evolução na perspectiva da complexidade da sociedade moderna.

Abdica-se, porém, de grandes proclamações, fundadas numa moral tradicional, conteudística e hierárquica (NEVES, 2006, p. 124), firmando-se, ao invés, que o futuro permanecerá sempre contingente e indominável, conforme adverte Celso Fernandes Campilongo na apresentação da obra de De Giorgi (2006, p. 13).

Exatamente por isso, os princípios fundamentais econômico-sociais trabalhistas não são confundidos com direitos eternos, mas antes como repostas do sistema jurídico à diferenciação funcional da sociedade moderna (NEVES, 2006, p. 102).

Superando o paradigma da neutralidade, presente no positivismo kelseniano, o Direito precisa ser visto como uma forma específica de produção social e deve atuar como redutor de complexidades na seleção de eventos comunicativos, embora, paradoxalmente, as reduções permitam à sociedade se reproduzir e expandir complexidade (CAMPILONGO, 2006 p. 13).

O trabalho – que se encontra no epicentro da articulação proposta em sistema internacional e sistema interno – não é tido apenas como um evento econômico, uma vez que

os direitos fundamentais são tratados no âmbito da função do direito constitucional. A ênfase, na verdade, deve ser à não-sobreposição dos mecanismos de diferenciação do poder e da economia em relação ao código de preferência do direito (lícito\ilícito) (NEVES, 2006, p. 142-143).

Nesse compasso, é relevante destacar que a esfera da licitude também compreende a normatividade supranacional.

Inegavelmente, os sistemas sociais são sensibilizados uns pelos outros e pelo ambiente exterior à sociedade, embora a Constituição represente a negação da alterabilidade ilimitada do direito (LUHMANN apud NEVES, 2006, p. 100).

Então, a reprodução do sistema jurídico acomoda o diálogo interno e o internacional. Os comandos condicionais presentes nas normas jurídicas não podem ser vistos como arbitrários. Ao contrário, os enunciados interpretativos necessitam estar voltados a reorientar as expectativas quanto à realização da dignidade da pessoa humana, no contexto do trabalho descente.

A proposta, especialmente dirigida ao Poder Judiciário, é a de que a leitura interpretativa dos dispositivos constitucionais observe o influxo dos princípios internacionais.

De outro modo, a incorporação dos atos normativos internacionais, à vista do seu conteúdo de direitos humanos, deve ocorrer com status constitucional. Neste particular, destaca-se a Convenção nº 87 da OIT, que versa sobre a liberdade sindical plena, uma vez que a sua ratificação representaria a superação do art. 8º, II, da Constituição, regra esta incompatível com tal princípio fundamental. Independentemente, porém, da referida ratificação, o princípio internacional da liberdade deve orientar o olhar judiciário na leitura das demandas sindicais.

Da mesma forma, no caso da Convenção nº 158 da OIT, seu conteúdo traduz a cláusula do devido processo legal nas relações de trabalho e, por isso mesmo, deve atrair o disposto no art. 5º, §§ 2º e 3º, da Constituição.

Estes são apenas exemplos de convenções marcadas pela polêmica e por acontecimentos recentes, mas o panorama da importância e da dimensão fundamental dos direitos trabalhistas não pode permanecer datado por esta ou outra discussão.

Além disso, a par a questão do status constitucional que deve ser reconhecido aos atos internacionais que versam sobre direitos humanos de conteúdo econômico-social-trabalhista, é certo que a incorporação deve representar uma relação de complementariedade com os dispositivos constitucionais, de maneira que prevaleça o comando, independentemente do aspecto temporal, que melhor atenda à proteção do pessoa humana. O princípio da máxima eficiência diz respeito sobretudo a uma interpretação que reconheça maior eficácia a tais direitos (PIOVESAN, 2000, p. 160). Por isso, merece especial atenção a possibilidade de convívio entre normas trabalhistas internacionais ratificadas e antigas normas presentes no ambiente constitucional porque eventual tensão entre elas não consegue ser solvida satisfatoriamente com regra de aplicação de norma mais recente.

Por fim, no exercício do controle de constitucionalidade, à vista do art. 60, §4º da Constituição, não se pode desprezar que a proteção aos direitos fundamentais limita a atuação dos poderes constituídos e que tais direitos fundamentais, no contexto Democrático, não se resumem à conhecida versão liberal, mas ao contrário se expandem para o âmbito social.

A crença que persiste é a de que a realização do Estado Democrático de Direito depende de uma postura cotidiana de reflexão dos poderes constituídos, e notadamente do Poder Judiciário, acerca da prevalência dos direitos fundamentais.

As presentes idéias não delimitam respostas conclusivas, mas pretenderam, sobretudo, sedimentar indagações sobre os reflexos desafiadores de uma concepção de

direitos trabalhistas que assumam a materialidade constitucional e as “irritações” provocadas pelo sistema internacional.

**REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho. São Paulo : Ltr, 2005.

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 10. ed. revista, atualizada e ampliada, São Paulo : Malheiros Editores, 2000.

DE GIORGI, Raffaele. Direito, Tempo e Memória. Trad. de Guilherme Leite Gonçalves. São Paulo : Quartier Latin, 2006.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 2. ed., São Paulo : Ltr, 2003.

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo : Martins Fontes, 2002.

GUERRA Filho, Willis Santiago. Processo constitucional e direitos fundamentais. 2. ed. revista e ampliada, São Paulo : Celso Bastos Editor : Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2001.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa & DIAS, Maria Tereza Fonseca. (Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática. 2. ed. rev., ampl. e atual. pela BBR 14.724 e atual. pela ABNT 30/12/05. Belo Horizonte : Del Rey, 2006.

HESSE, Konrad. A força normativa da constituição. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre : Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION (ILO). Declaration on fundamental principles and rights at work and its follow-up. Geneva : International Labor Organization, 1998.

NEVES, Marcelo. Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. Tradução do autor. São Paulo : Martins Fontes, 2006.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). Las reglas del juego: una breve introducción a las normas internacionales del trabajo. Ginebra : Oficina Internacional del Trabajo, 2005a.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). Manual de capacitação e informação sobre gênero, raça, pobreza e emprego: guia para o leitor. Brasília : Organização Internacional do Trabalho, 2005b.

PIOVESAN, Flávia. A incorporação, a hierarquia e o impacto dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro. In: GOMES, Luiz Flávio & PIOVESAN, Flávia (coordenadores). O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

SAMPAIO, José Adércio Leite. A constituição reiventada pela jurisdição constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.



## PROSTITUIÇÃO NO BRASIL E INCLUSÃO SOCIAL

Uma análise do Projeto de Lei Nº. 98, de 2003, sob o aspecto constitucional.

**Márcio Roberto Andrade Brito**

### 1 - Introdução

Assumindo uma posição de vanguarda na defesa dos direitos das prostitutas, o Deputado Federal Fernando Gabeira propôs a aprovação do Projeto de Lei Nº. 98, de 2003, que dispõe sobre a exigibilidade de pagamento por serviço de natureza sexual, além da supressão dos arts. 228, 229 e 231 do Código Penal.

Em sua justificativa, GABEIRA afirma que a prostituição no Brasil é tratada com inaceitável hipocrisia, muito embora seja uma atividade contemporânea à própria civilização. Argumenta que não haveria prostituição se não houvesse quem pagasse por ela, sendo a legalização o único caminho digno para a redução dos efeitos maléficos resultantes da marginalização desta atividade.

O Ministro Vantuil Abdala, do Tribunal Superior do Trabalho, manifestou público apoio ao Projeto de Lei Nº. 98, de 2003, ressaltando que a intenção não é a de estimular a prostituição, mas de oferecer uma garantia futura de sobrevivência digna às pessoas envolvidas na atividade. Para ABDALA (2003), a sociedade não pode ficar de olhos fechados a fingir que esta realidade não existe.

Todavia, reunida em outubro/07, a Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados, rejeitou o referido projeto, numa calorosa discussão que envolveu aspectos históricos, sociológicos, jurídicos, morais e religiosos.

Com isso, o Poder Legislativo reagiu de forma contrária ao significativo avanço trilhado pelo Poder Executivo, que, em 2002, por meio do Ministério do Trabalho e do Emprego, incluiu na Classificação Brasileira de Ocupações (CBO) a categoria “*profissional do sexo*”.

Observa-se, portanto, um descompasso entre os três pilares da República quando o assunto é prostituição, o que revela a importância do presente artigo, cujo objetivo é responder à seguinte questão:

Por que o Congresso Nacional, por meio da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, rejeitou em 2007 o Projeto de Lei Nº. 98, de 2003, não obstante os direitos fundamentais previstos na Constituição de 1988?

### 2 – Profissional do sexo: Uma ocupação ancestral.

COMPARATO (2007) introduz sua obra sobre a evolução histórica dos direitos humanos, afirmando que todos os seres humanos, apesar das inúmeras diferenças biológicas e culturais que os distinguem entre si, merecem igual respeito, como únicos entes capazes de amar, descobrir a verdade e criar a beleza. É enfim o reconhecimento universal de que, em razão dessa radical igualdade, ninguém – nenhum indivíduo, gênero, etnia, classe social, grupo religioso ou nação – pode afirmar-se superior aos demais.

Essa dificuldade de se identificar no ser humano uma essência universal torna as diferenças de toda natureza a tônica do sectarismo social.

O estigma criado em torno da prostituta, ocupação ancestral e contemporânea à própria civilização, emerge assim como grande entrave ao reconhecimento do princípio da igualdade.

Conhecida ordinariamente como a mais antiga das profissões, a prostituição não alçou esta condição em sua plenitude no ordenamento jurídico brasileiro, muito embora o art. 5º, XIII, da Constituição proclame ser livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.

A literatura, o teatro, o cinema, a música e a televisão, numa representação artística da realidade, retratam personagens que exercem ou exerceram a prostituição como profissão. A abordagem, todavia, está sempre ligada às drogas, à violência, à exploração, à prática de delitos, à necessidade econômica e a comportamentos desviantes e promíscuos. Entretanto, a popularidade que essas personagens conquistaram perante a opinião pública é fato inegável. São as “*tietas do agreste*”, as “*bebels*” e as “*madames clessis*” que surgem das obras de ficção e passam a permear o imaginário do povo, pela graça, pelo bom humor, pelo modo de vestir, pela linguagem despudorada, pela vida fácil, pela bravura – qualidades admiráveis, mas não suficientes à plena aceitação e à conseqüente inclusão social.

Num ato de coragem, o Ministério do Trabalho e do Emprego, em 2002, incluiu a categoria “*profissional do sexo*” na Classificação Brasileira de Ocupações (CBO), gerando polêmica e discussão.

Para a CBO, é considerada Profissional do Sexo a pessoa que batalha programas sexuais em locais privados, vias públicas e garimpos; atende e acompanha clientes homens e mulheres, de orientações sexuais diversas; administra orçamentos individuais e familiares; promove a organização da categoria; realiza ações educativas no campo da sexualidade; propagandeia os serviços prestados, exercendo a atividade seguindo normas e procedimentos que minimizam as vulnerabilidades da profissão.

Sob o código N.º 5198, o Profissional do sexo recebeu uma descrição sumária de suas condições gerais de exercício, formação, experiência, competências pessoais e recursos de trabalho.

A intenção de reconhecer a existência da ocupação é avanço apreciável, até porque abre caminho para a discussão de uma realidade antiga e que, pouco provavelmente, será erradicada.

O questionamento do deputado Fernando Gabeira no projeto de Lei N.º 98, de 2003, é coerente. O Legislativo brasileiro possui maturidade suficiente para debater a matéria de forma isenta e livre de falsos moralismos, que, aliás, são grandes responsáveis pela degradação da vida das pessoas que se dedicam profissionalmente à satisfação das necessidades sexuais alheias.

### **3 – Prostituição e dogmas religiosos.**

Imortalizada pela Igreja como prostituta arrependida, Maria de Magdala protagonizou uma das passagens bíblicas mais conhecidas da história. No episódio do apedrejamento da mulher adúltera, Jesus Cristo, indagado por escribas e fariseus, viu-se obrigado a proferir um julgamento imediato, e a todos surpreendeu com a sentença: “*Aquele que dentre vós estiver sem pecado, seja o primeiro que lhe atire a pedra*”.

No exercício de hercúlea função, o revolucionário de Nazaré deu ao caso a única solução possível: não determinou que se cumprisse à risca o mandamento legal e nem se pôs

contra o ordenamento jurídico então vigente. Lançado assim o desafio, e massacrados pela própria consciência, todos os acusadores, a começar pelos mais velhos, foram-se retirando um a um.

Os dogmas religiosos, impregnados que estão no senso comum, são potenciais entraves à regulamentação da prostituição.

De acordo com BOAVENTURA (2006), deixado a si mesmo, o senso comum é conservador e pode legitimar prepotências, mas interpretado pelo conhecimento científico pode estar na origem de uma nova racionalidade.

Diante disso, afirma-se que qualquer discurso sobre a regulamentação dos serviços de natureza sexual passa pelos dogmas religiosos, embora se viva num Estado laico (Constituição, art. 19, I).

Tal não foi diferente na rejeição do Projeto de Lei Nº. 98, de 2003, quando dogmas religiosos serviram de fonte de argumentação para parlamentares da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania.

O Deputado Régis de Oliveira, por exemplo, apresentou voto em separado citando um texto bíblico (Provérbios, 7.5-18) para dizer que Salomão recriminava a prostituta. O repúdio do Rei – considerado sábio pela Igreja – revelou-se um argumento de autoridade contrário ao espírito do projeto, numa nítida tentativa do parlamentar em retirar a discussão do campo das idéias.

Todavia, a análise da história leva à conclusão de que a religião não foi eficaz na intenção de extirpar da humanidade a prostituição, sempre considerada um mal – pecado. Para SANTO AGOSTINHO, essa luta é inclusive dispensável e até mesmo contraproducente:

“Assim como o verdugo, por repugnante que seja, ocupa um posto necessário na sociedade, assim as prostitutas e seus similares, por mercenárias, vis e imundas que pareçam, são também necessárias e indispensáveis na ordem social. Retirai as prostitutas da vida humana e chegareis ao mundo da luxúria” (De Ordine, Livro II, cap. IV, *apud Franco, 1977, p. 206, apud Gaspar, 1988, p. 68*).

A antropóloga Maria Dulce GASPARGAR justifica a tese de Santo Agostinho como uma explicação para a existência da prostituição segundo a qual esse segmento feminino representaria um *mal necessário*, uma espécie de ajuste funcional, no sentido de fornecer proteção à família de um instinto sexual masculino não satisfeito.

Do ponto de vista religioso, a existência da prostituição é, portanto, admitida; o fenômeno tem explicação; mas a posição a ser adotada pela sociedade é a de uma *convivência velada*, pela qual a prostituta deve permanecer necessariamente na marginalização.

Ao avesso, BOAVENTURA (2005) diz que o contrato social é a metáfora fundadora da racionalidade social e política da modernidade ocidental. Os critérios de inclusão/exclusão que ele estabelece vão ser o fundamento da contratualização das interações sociais, que somente se legitima pela possibilidade de os excluídos virem a ser incluídos.

Assim, no Estado laico, fundado na democracia participativa, não haverá justificativa para a perpetuação desta *clandestinidade*, sob pena de se condenar um determinado grupo à completa exclusão social, contrariando a ordem constitucional.

A liberdade de religião garante também o direito ao *não-culto*; logo, não caberá ao legislador de uma sociedade heterogênea e miscigenada pautar-se pela consciência de determinada religião ou crença para decidir os rumos de um grupo social.

O argumento, pois, não se apresenta juridicamente aceitável.

#### 4 – Diversidade, organização e inclusão social.

Em setembro de 1963, a Editora Marvel Comics publicou nos Estados Unidos a saga em quadrinhos da equipe de personagens “X-MEN”.

Na estória, os seres detentores de super-habilidades são considerados uma ameaça à sociedade humana, pois a má utilização dos poderes sobrenaturais transformou parte daquele grupo em mutantes criminosos.

Como resultado, a humanidade passou a perseguir todos os seres mutantes, indistintamente, comportamento que abrange marginalização, repressão e destruição.

A adaptação da saga para as telas do cinema trouxe uma afirmação intrigante sobre convivência social e diversidade. Vejamos:

“Mutantes. Desde que foram descobertos, têm sido encarados com medo, suspeita e muitas vezes ódio. Por todo o planeta, o debate continua. Serão os mutantes o próximo elo na cadeia evolucionária ou novos seres humanos lutando por seu espaço no mundo? De qualquer modo, a história nos prova: partilhar o mundo nunca foi uma grande qualidade do homem”.

O drama vivido pelas personagens na ficção não é diferente daquele vivenciado pelas denominadas *minorias sociais* (mulheres, negros, prostitutas, homossexuais, etc.). A utilização desta analogia lúdica – categoria matricial do paradigma emergente, no dizer de BOAVENTURA – propicia a reflexão sobre o porquê de uma parcela desse grupo conseguir avanços políticos e sociais e outra permanecer estagnada.

No caso do Brasil, por exemplo, ao longo da história, mulheres e negros já conseguiram mecanismos legais especiais de inserção social e políticas eficazes no combate à discriminação.

A Lei Maria da Penha (Lei Nº. 11.340, de 2006) criou mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, além de estabelecer medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar. O pensamento machista não impediu a existência do citado mecanismo legal.

A Lei Nº. 10.678/2003 criou a Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial da Presidência da República, com ênfase na população negra. O preconceito racial não impediu a criação de normas de inserção social e de proteção à população negra.

Percebem-se claramente as conquistas gradativas das mulheres e dos negros no cenário político e social brasileiro. Por outro lado, os homossexuais permanecem lutando – sem êxito – pela união civil; e os profissionais do sexo continuam sem mecanismos legais de proteção trabalhista e previdenciária. Existirá uma *minorias* dentro do universo das denominadas *minorias*?

A questão merece enfoque antropológico.

A prostituição e a homossexualidade são tidas como comportamentos sociais desviantes, o que induz resistência contra a criação de garantias legais. GASPAR (1988), citando BECKER (1971) e DOUGLAS (1976), afirma existir um descrédito atribuído às pessoas que têm um comportamento desviante, estejam elas ligadas à prostituição, ao uso e tráfico de drogas, à bebida, ao homossexualismo ou a furtos. Nesse sentido, a prostituição seria uma sujeira a ser varrida para um lugar onde não perturbe a ordem estabelecida, não podendo conviver com a sociedade (família) por oferecer risco de contágio, mas também não devendo ser destruída por ser necessária à conservação da própria idéia de ordem. É o mesmo pensamento expressado por SANTO AGOSTINHO, já citado anteriormente.

Em resumo: a prostituição pode existir; existindo, é necessária à manutenção da *ordem social*; mas, por ser considerada um *lixo contagioso*, deve permanecer na *clandestinidade* e sem a proteção da lei, inclusive para garantir a identidade social de quem a pratica e a privacidade de quem dela se utiliza. É uma minoria social que não se libertou do estigma.

A incipiente organização e a ausência de interesse das próprias prostitutas em se revelarem ao mundo podem indicar as razões da resistência do legislador à regulamentação.

As mulheres e os negros, além de organizados, não podem esconder da sociedade a sua evidente condição, explícita no gênero e na cor da pele, circunstância que estimula a organização e a luta por melhores direitos e garantias.

Os homossexuais estão caminhando nesta direção ao assumirem publicamente sua condição, organizando-se de forma mais articulada e buscando a anulação do estigma.

As prostitutas, por outro lado, em sua maioria, permanecem alimentando o estigma construído em torno da figura que sacrifica o próprio corpo para sobreviver. GASPAR (1988) ressalta que o peso desse estigma, embora nuançado pela reflexão sociológica, parece dificultar a percepção clara de que todos os grupos relativizam acusações, no sentido de que se apropriam do que é dito sobre eles, e a partir daí elaboram formas de limitar o estigma e de manipulá-lo.

Algumas prostitutas já assimilaram esse discurso, sobretudo aquelas envolvidas em movimentos associativos de defesa de direitos. Doroth de Castro Ferreira, por exemplo, em entrevista concedida a Anna Maria Barbará para o livro “*As meninas da DASPU*”, quando indagada se prefere ser chamada de prostituta ou profissional do sexo, respondeu:

“Prostituta. Ah, porque é prostituta. Eu acho que o resto tudo é para disfarçar a palavra prostituta. O Leão (Gilberto Barros) fez essa brincadeira comigo... Ele falou ‘Posso fazer uma brincadeira que sempre faço?’ Eu falei que podia. ‘Seu nome? Idade? Profissão?’. Aí eu respondi ‘Prostituta’ e ele ficou me olhando. Eu acho que ele não achou que eu fosse responder como profissão ‘Prostituta’, que eu estava falando por falar.”

Essa postura é essencial para dar força ao movimento de defesa de direitos das prostitutas, porque realça a identidade da categoria sem a interferência do estigma.

O estigma em discussão pode ser assim sintetizado: se o profissional do sexo for pobre, a prostituição é um recurso legítimo para a falta de dinheiro; se não for pobre, a prostituição decorre de uma conduta desviante, promíscua, patológica. Os dois casos impedem que o grupo se apresente com dignidade na defesa de sua condição.

O dia do orgulho gay é um retrato do que não ocorre entre as prostitutas, tornando a regulamentação desta profissão cada vez mais distante.

Note-se que a rejeição partiu justamente do Poder Legislativo, que representa a vontade do povo, porquanto o Poder Executivo e o Poder Judiciário já sinalizaram com a legitimidade da conquista.

A ausência de pressão social por parte dessa minoria não-organizada pode ser um indicador da fragilidade da proposta do Deputado Federal Fernando Gabeira e uma justificativa para a sua rejeição pelo Congresso Nacional.

Isso não retira do projeto a virtude da luta contra a exclusão social, que no pensamento de CASTEL (1995) é o fenômeno de *desafiliação* social. Na mesma linha de FOUCALT, SAWAIA (2002) não admite que uma imensa massa de pessoas simplesmente não interesse à sociedade – parece ser esta a hipótese em análise.

PIERONI (2000) cita BECCARIA para explicar que a expulsão dos *indesejáveis*

é uma prática comum na história:

“Aquele que perturba a tranqüilidade pública, que não obedece às leis, que viola as condições sobre as quais os homens se sustentam e se defendem mutuamente, esse deve ser excluído da sociedade, isto é, banido.” (C. Beccaria, *Dos delitos e das penas*, p. 105; *apud PIERONI, Geraldo, Os Excluídos do Reino*, p. 23)

A obra de PIERONI (2000) relata a saga de degredados que teriam sido trazidos ao Brasil na armada de Tomé de Sousa, como punição aos crimes que, de acordo com as *ordenanças*, mereciam a forca. Segundo o autor, é provável que a maioria dos crimes punidos pelas ordenações estava ali representada: o espadachim vadio, o homicida por paixão, o *desprezador dos bons costumes*, o *pecador renitente*, o cristão-novo, o criado fugido, o devedor perseguido pelo meirinho, o clérigo egresso do convento, o jogador, o perjuro, o *rufião*.

Isso revela que a sociedade brasileira já em sua formação foi depósito de elementos indesejáveis que perturbavam a ordem e a moral na sede da Coroa Portuguesa.

PIERONI (2000) sustenta que esse ostracismo representava uma precaução política. O *culpado* seria condenado não pelo poder judicial, mas pela assembléia do povo. É o que parece acontecer com as prostitutas no Brasil atual, que encontram na Casa do Povo o seu maior algoz.

## 5 – Prostituição, pobreza e doença.

Pobreza e ninfomania se apresentam como recorrentes elementos justificadores da prostituição, e conseqüentes entraves utilizados por alguns parlamentares na aprovação do Projeto de Lei Nº. 98, de 2003.

O voto do relator do projeto na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, Deputado Antônio Carlos Magalhães Neto, ressalta o seguinte argumento:

“Mais importante é evitar que jovens, sobretudo das classes menos favorecidas, sejam levadas a prostituir-se como única opção para auferir algum ganho; o que falta são políticas públicas voltadas à geração de emprego, para que as jovens de nosso País, muitas com bom nível de escolaridade, possam desempenhar atividades produtivas e socialmente justas, livrando-se da praga da prostituição”.

No mesmo sentido se posicionou o Deputado Pastor Manoel Ferreira:

“A prostituição é um subemprego gerado pelas condições sócio-econômicas, como o desemprego, que atinge as mulheres, os jovens de classe baixa, em grande escala; sem melhores condições de vida e muitas vezes sem expectativas, a parte pobre da população encontra no comércio do próprio corpo uma alternativa fácil na luta pela sobrevivência; a prostituição não deve ser encarada como uma profissão, mas como um subproduto do sistema capitalista e que na maioria das vezes é a única opção para jovens e mulheres pobres; se o Estado buscasse de fato garantir condições dignas de sobrevivência para todos, estaria contribuindo de fato para a extinção da sociedade moderna a crescente busca pela prostituição como fim de sobrevivência.”

Realmente, GASPAR (1988) afirma que uma situação econômica precária, marcada pela difícil colocação no mercado de trabalho, por baixos rendimentos e muitas vezes pela condição de arrimo e chefe de família, é uma forte justificativa para o fato de a mulher se dedicar à prostituição.

Entretanto, tal fato indica apenas uma das faces da prostituição, que se contrapõe ao outro pólo, o da alta prostituição; entre ambos encontram-se diversas modalidades que não têm na situação econômica a sua justificativa.

Há relatos de prostitutas que largaram estudos universitários e profissões de boa rentabilidade financeira para se dedicarem à atividade. Isso significa que o argumento da falta

de oportunidade é falho.

O problema patológico, por sua vez, aparece como um dos fatores que explica a prostituição. GASPAR (1988) afirma que em certo sentido, as mulheres de camadas médias podem fazer uma opção ao se dedicarem à prostituição e devem arcar com o peso da perversa escolha. Coloca-se então como hipótese provável que, não existindo a priori a determinação econômica, elas gostem de se prostituir, e com isso ganha força a acusação de doença – ninfomania – como justificativa da conduta.

Não há, todavia, evidência científica para a afirmação, o que implica dizer ser possível existirem prostitutas ninfomaníacas, como padres ninfomaníacos, tornando frágil o argumento utilizado.

A constante associação das prostitutas com a mentira é repudiada por GASPAR (1988), que faz uma afirmação polêmica para enfrentar o tema:

“Em certas atividades profissionais – como as de vendedor e de político – a mentira é utilizada como recurso fundamental naquilo que Goffman (1975a) chama de ‘arte de manipular a impressão’. Eu diria que um exercício semelhante é o que fazem os mendigos, expondo e mantendo sempre abertas suas feridas para que provoquem piedade nos transeuntes (sem falar naqueles que fabricam seus machucados com sabão de coco e mercúrio cromo).” (GASPAR, *Prostituição em Copacabana e Identidade Social*, p. 93)

A mentira é um dos atributos necessários ao exercício da prostituição, seja para esconder a identidade da prostituta, seja para manter o sigilo da relação, seja para propiciar a entrega de um bom serviço – o que ocorre, por exemplo, quando a prostituta necessita fingir orgasmo para satisfazer o cliente ou fazer elogios à sua performance na cama.

Nesse aspecto, é importante perceber as potencialidades reconhecidas na Classificação Brasileira de Ocupações para os profissionais do sexo: seduzir com o olhar, encantar com a voz, conquistar com o tato, envolver com o perfume, reconhecer o potencial do cliente, satisfazer o ego do cliente, elogiar o cliente. A mentira como elemento da fantasia é fundamental para a eficiência do programa, comportamento que não torna menos digna a profissão em relação às demais.

## **6 – Prostituição e direito à intimidade.**

O Deputado Régis de Oliveira, ao discutir o Projeto de Lei Nº. 98, de 2003, anunciou uma problemática envolvendo a violação ao direito à intimidade do cliente, que não poderia ter sua vida devassada na hipótese de não cumprimento de um contrato de natureza sexual.

“As dificuldades que diviso encontram-se no campo constitucional do denominado direito à vida íntima, na forma anteriormente colocada. Sociologicamente, os rotulados bons costumes impedem a aprovação, como se vem analisando. Os bons costumes e a moral média ainda não acatam tal abrupta modificação do ordenamento normativo, de forma a acatar o contrato postulado. Na medida em que se admitir o pagamento legal (hoje ele existe de forma a se constituir em obrigação natural e, pois, não cobrável em juízo), aceita-se que possa haver sua cobrança em juízo, no caso de inadimplência. Aqui iniciam-se as dificuldades. A prestadora ou prestador de serviços irá a juízo para cobrar o pagamento não satisfeito. Por conseqüência, exporá a usuária ou o usuário a revelar, em juízo, o relacionamento de sua vida íntima. Admissíveis serão o depoimento pessoal, a oitiva de testemunhas, a acareação, quebra de sigilo bancário e telefônico, tudo de forma a expor a vida íntima a delicadas situações. Pode-se argumentar em sentido contrário, isto é, sustentando-se que, hoje, as coisas existem e

não vêm a público. Há o contrato de prestação de serviços sexuais, há o pagamento, pode existir a insatisfação. Entretanto, os problemas não podem vir a público, porque o objeto da prestação de tais serviços constitui-se em obrigação natural. Tal situação é hipócrita? Com certeza. No entanto, o direito também lida com valores particulares e sociais, de forma a compor o estatuto da cidadania. Há garantia de liberdade de consciência, de crença e dos cultos religiosos (inciso VI do art. 5º), de convicção filosófica ou política (inciso VIII), de expressão intelectual, artística, científica e de comunicação (inciso IX), a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas (inciso X). (...) Como ser vivente em sociedade, tem seus direitos, suas obrigações e ambos dotados de limites. Não há, no texto constitucional, o denominado direito absoluto, livre de peias e restrições. Imaginemos que uma prostituta celebre o contrato de prestação de serviços sexuais e, na intimidade, por qualquer razão que se queira imaginar, o contrato não se consuma. Seja por descoberta, por parte do parceiro, de que há moléstia existente ou de impotência do homem ou defeito físico imperceptível quando vestido, haja resistência à consumação do ato sexual. A solução seria a ida a juízo para que houvesse a composição dos danos. Como ficariam as partes? Pode-se pensar na restrição que o juiz possa impor de segredo de justiça. No entanto, os autos permanecem existentes, seja na estrutura tradicional do andamento dos processos, seja no foro digital. Como ficaria a vida privada de uma pessoa exposta à publicidade? Imaginemos que sejam pessoas de reconhecimento público, como ficariam protegidas em sua intimidade? Imaginemos que um prostituto não logre satisfazer a parceira e que, mesmo assim, pretenda receber o que fora pactuado. Como resolver a pendência, sem expor ambos a execração pública, ao riso, à maledicência? Não creio que ainda estejamos preparados para aceitar a proposta do digno deputado Fernando Gabeira. É possível que em alguns anos mais, tais situações não possam se tornar corriqueiras que, então, haja oportunidade para que se volte ao assunto.”

O voto do deputado Régis de Oliveira revela uma série de argumentos importantes na discussão do tema e, por isso, merece análise.

Inicialmente, percebe-se a preocupação do parlamentar com a preservação do direito à vida privada, à intimidade, porém, apenas do ponto de vista do cliente. Em nenhum momento de seu voto, o deputado demonstrou preocupação com a intimidade da prostituta, revelando, assim, o seu preconceito com a categoria.

Essa simples constatação já é suficiente para a desqualificação do voto do parlamentar. Como ele próprio destacou, a posição é hipócrita e, portanto, não merece nenhum crédito.

Ao afirmar que “*não há, no texto constitucional, o denominado direito absoluto, livre de peias e restrições*”, o deputado Régis de Oliveira caiu em flagrante contradição, pois o próprio direito à intimidade não poderia assumir o patamar de obstáculo intransponível à regulamentação da profissão, uma vez que o texto constitucional também prevê direitos como os do livre exercício profissional, além de princípios como a igualdade.

Para BOBBIO (2004), sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia, não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos. Em outras palavras, a democracia é a sociedade dos cidadãos, e os súditos se tornam cidadãos quando lhes são reconhecidos alguns direitos fundamentais – continua.

Questões de natureza contratual não são empecilhos ao reconhecimento da profissão. A forma de ajuste, de acordo com a proposta do Projeto de Lei Nº. 98, de 2003, deve ser dirimida pelas partes envolvidas, mas o temor de discussões judiciais sobre a execução do contrato não pode sustentar a impossibilidade de regulamentação. Esse pensamento reflete um raciocínio equivocados do direito à intimidade, pois toda demanda judicial de natureza privada expõe de algum modo publicamente a intimidade do cidadão – vide o exemplo da Lei Maria da

Penha.

A discussão do tema deve ser moderada pela existência do direito ao livre exercício da profissão e à igualdade social, não pela denominada moralidade média ou pelas crenças e dogmas de determinados grupos.

DWORKIN (1999) apresenta um bom argumento para confirmar esse pensamento:

“O direito existe como simples fato, e o que o direito é não depende, de modo algum, daquilo que ele deveria ser. Por que, então, advogados e juízes às vezes parecem ter uma divergência teórica sobre o direito? Porque, quando eles parecem estar divergindo teoricamente sobre o que é o direito, estão na verdade divergindo sobre aquilo que ele deveria ser. Divergem, de fato, quanto a questões de moralidade e fidelidade, não de direito. A popularidade desse ponto de vista entre os teóricos do direito ajuda a explicar por que os leigos, quando pensam nos tribunais, se preocupam mais com a conformidade para com o direito do que com qual é o direito.” (DWORKIN, Ronald, *O Império do Direito*, p. 11)

Por uma questão de princípio, afirma DWORKIN (2000), os juízes não devem tomar decisões baseando-se em fundamentos políticos. No famoso caso Shaw, a Câmara dos Lordes confirmou condenação do editor de guia de prostitutas. Sustentou que ele era culpado do que chamou de crime no *Common Law* de conspiração para corromper a moralidade pública, “*mesmo reconhecendo que nenhuma lei declarava que tal conspiração fosse crime*”.

Prostituição não é crime; é considerada pelo Ministério do Trabalho e do Emprego como ocupação reconhecida; tem natureza profissional; é contemporânea à própria civilização. Assim, é direito que deve ser reconhecido por não afrontar o modelo constitucional brasileiro, ou seja, *a moral da Constituição*.

Sobre a consumação do ato sexual, o Deputado Régis de Oliveira também foi infeliz na abordagem do tema. Para ele, o contrato somente se realiza com a penetração vaginal e o orgasmo masculino.

Ora, a prostituta pode ser contratada para diversas atividades, dentre as quais o ato sexual constitui apenas uma das modalidades. Aliás, o sexo sem penetração também é objeto de contratação, não constituindo o orgasmo um fator determinante para a satisfação do cliente.

GASPAR (1988) afirma que o orgasmo é, quase sempre, uma simulação. Através de técnicas corporais, a garota conclui a sua representação, convencendo o parceiro que seu desempenho sexual a subjugou.

De acordo com os dados contidos na Classificação Brasileira de Ocupações (Código N°. 5198), é comum a contratação de prostitutas para apenas relaxar o cliente com massagens, representar papéis, inventar estórias, dar conselhos a clientes com carências afetivas, fazer carícias, fazer streap-tease, realizar fantasias eróticas, acompanhar em festas, bares e reuniões, etc.

Diante disso, conclui-se que as considerações do parlamentar são frágeis e sem fundamento sustentável.

## 7 - CONCLUSÃO.

A prostituição é ocupação contemporânea à própria civilização.

O discurso de SANTO AGOSTINHO, no sentido de que as prostitutas são indispensáveis à ordem social, exterioriza o senso comum vigente, de convivência velada, moralidade pública e exclusão social.

Na democracia participativa, o fundamento da contratualização das interações sociais somente se legitima pela possibilidade de os excluídos virem a ser incluídos (BOAVENTURA).

A democracia é a sociedade dos cidadãos, e os súditos se tornam cidadãos quando lhes são reconhecidos alguns direitos fundamentais (BOBBIO).

Para o direito penal brasileiro, prostituição não é crime.

Em 2002, o Ministério do Trabalho e do Emprego elevou a categoria “*Profissional do Sexo*” à condição de ocupação (Classificação Brasileira de Ocupações – CBO).

A Constituição prevê a liberdade do exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão (inciso XIII do art. 5º).

Diferentemente de outras minorias sociais, tais como mulheres, negros e homossexuais, as prostitutas não se libertaram do estigma social imposto – sempre vinculado às drogas, à exploração, à violência e aos delitos –, tampouco se organizaram de modo ativo, provocando uma ausência de pressão social no Congresso Nacional para a regulamentação de direitos e garantias.

No famoso caso Shaw, a Câmara dos Lordes confirmou condenação do editor de guia de prostitutas. Sustentou que ele era culpado do que chamou de crime no *Common Law* de conspiração para corromper a moralidade pública, “*mesmo reconhecendo que nenhuma lei declarava que tal conspiração fosse crime*” (DWORKIN).

O senso comum, impregnado de dogmas religiosos que pregam a moralidade pública, inspirou os parlamentares a rejeitarem o Projeto de Lei Nº. 98, de 2003, em nítido descompasso com os demais pilares da República e em afronta aos princípios constitucionais da liberdade e da igualdade, mantendo a sistemática de exclusão social para a minoria objeto deste estudo.

**REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

SANTOS, Boaventura de Souza. *Conhecimento Prudente para uma Vida Decente*. São Paulo: Cortez, 2006.

\_\_\_\_\_. *A Crítica da Razão Indolente*. São Paulo: Cortez, 2007.

\_\_\_\_\_. *A Gramática do Tempo*. São Paulo: Cortez, 2006.

ARIAS, Juan. *Madalena: O último tabu do cristianismo*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2006.

BARBARÁ, Ana Maria. *As meninas da DASPU*. Teresópolis: Novas Idéias, 2007.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

\_\_\_\_\_. *Teoria Geral da Política*. Rio de Janeiro: Campos, 2000.

COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_. *Democratizar a Democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GASPAR, Maria Dulce. *Garotas de Programa: Prostituição em Copacabana e Identidade Social*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1988.

\_\_\_\_\_. *Introdução a uma ciência pós-moderna*. Rio de Janeiro: Graal, 1989.

PIERONI, Geraldo. *Os Excluídos do Reino*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000.

Projeto de Lei Nº. 98, de 2003. Pareceres e Votos na CCJC (Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania). [www.camara.gov.br](http://www.camara.gov.br). Acesso em novembro de 2007.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Renovar a Teoria Crítica e reinventar a emancipação social*. São Paulo: Boitempo, 2007.

SEVERINO, Antônio Joaquim. *Metodologia do Trabalho Científico*. São Paulo: Cortez, 2002.

\_\_\_\_\_. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

\_\_\_\_\_. *Um discurso sobre as ciências*. São Paulo: Cortez, 2006.

## JURISDIÇÃO, CONCILIAÇÃO, CRIATIVIDADE E EVOLUÇÃO HUMANA

**Rogério Neiva Pinheiro**<sup>1</sup>

Conforme a lógica do pensamento político da Idade Moderna, havia a idéia de que o Estado teria sido criado a partir de um contrato entre os homens, para que, exercendo o monopólio do uso legítimo da violência, pudesse garantir a paz na sociedade. Tratava-se das teorias contratualistas.

Assim, para que os homens vivessem coletivamente em paz, seria necessária a existência do Estado, como solucionador de conflitos, por meio da imposição de decisões. É importante compreender que a esta visão de mundo agregavam-se, no âmbito do pensamento econômico também moderno, as idéias de Adam Smith, segundo as quais os recursos na natureza são limitados e as necessidades humanas ilimitadas, o que cria, num contexto de escassez, um ambiente propício ao conflito.

Neste sentido, o paradigma inerente aos pensamentos político e econômico da Idade Moderna guarda relação direta com o conceito de negociação competitiva. Dentre os modelos de negociação, existem basicamente dois, um competitivo e outro cooperativo.

O modelo competitivo envolve a compreensão das partes enquanto opoentes em disputa, na qual cada uma procura maximizar sua própria satisfação, sem preocupação com a satisfação da parte contrária, baseando-se na lógica do ganha-perde. Já no modelo cooperativo, as partes não se enxergam como opoentes em disputa, mas contam com uma compreensão de que são colaboradores em busca de uma solução que deva produzir satisfação para ambas, orientando-se pela lógica do ganha-ganha.

Portanto, a concepção de mundo determinada pelo pensamento político e econômico moderno, contextualizados na era industrial, adotando a premissa de escassez e levando à uma lógica de disputas, guarda sintonia com o modelo competitivo. Ou seja, a idéia de solução do conflito de forma imposta ou por meio de uma negociação competitiva são frutos da visão de mundo predominante no contexto da Idade Moderna.

No entanto, a ciência, o mundo e a humanidade evoluíram.

Assim, veio a física quântica, baseada em construções como a teoria dos sistemas vivos, trazendo a idéia de que não há vácuo no universo, de modo que, rompendo com o paradigma newtoniano-mecanicista, desenvolveu a compreensão de que a todo momento existem interações de partículas num nível atômico e subatômico, havendo uma constante inter relação cósmica entre os seres vivos. Veio o construtivismo na Educação, sustentando a tese de que, diferentemente da noção predominante no mundo moderno, segundo a qual o professor é um reproduzidor e transmissor de conteúdos, esse assume o papel de catalisador do processo de construção e apropriação do conhecimento por parte do aluno.

Veio ainda a revolução nas comunicações com a Internet, principalmente envolvendo o conceito de Web 2.0, a qual quebrou uma série de paradigmas do capitalismo, rompendo a noção tradicional da propriedade privada e da troca de bens baseada em compensações econômicas. Neste sentido, destaca-se o conceito de economia de reputação e de crowdsourcing.

Os referidos conceitos refletem a ruptura da diferença tradicional entre produtores e consumidores, na medida em que um fã de "Guerra nas Estrelas" ou "Harry Potter", com recursos tecnológicos acessíveis a qualquer pessoa que disponha de um PC, conta com a capacidade para desenvolver uma produção que chame tanta atenção quanto um

---

<sup>1</sup> Juiz do Trabalho Substituto, Auxiliar da 1ª Vara de Taguatinga

trabalho desenvolvido nos estúdios de Hollywood. Agregue-se a isto as manifestações de desenvolvimento de conceitos e produtos de forma coletiva, o que envolve a idéia de crowdsourcing, e sem qualquer tipo de retribuição econômica ou alguma outra que vá além do reconhecimento e da satisfação em participar do processo de construção coletiva, o que corresponde ao conceito de economia de reputação. Um exemplo emblemático destas manifestações consiste no fenômeno da Wikipedia.

Outro conceito importante nesse contexto contemporâneo consiste na noção de sustentabilidade e responsabilidade social.

Mas no âmbito deste conjunto de mudanças paradigmáticas que marca a contemporaneidade, talvez uma das maiores evoluções do homem tenha ocorrido no âmbito das ciências exatas, por meio das construções estabelecidas pela teoria dos jogos. Tal ramo da matemática aplicada surgiu em 1944, com a publicação do trabalho "Teoria do Jogos e Comportamento Econômico", de autoria do matemático John Newman e do economista Oskar Morgenstein. A teoria dos jogos tem por finalidade o desenvolvimento de soluções voltadas à tomada de decisões estratégicas em relações interativas. Segundo o economista Ronaldo Fiani, "a teoria dos jogos ajuda a desenvolver a capacidade de racionar estrategicamente, explorando as possibilidades de interação dos agentes, possibilidades estas que nem sempre correspondem à intuição".

No entanto, num primeiro momento, a teoria dos jogos contava com um viés competitivo, sendo que em 1951, com as construções do matemático John Forbes Nash Jr, a partir da publicação do trabalho "O problema da barganha", inaugurou-se uma teoria dos jogos de natureza cooperativa. Segundo a teoria de Nash, denominada "Teoria do Equilíbrio", as relações humanas, econômicas e sociais não precisam pautar-se pelo jogo de soma zero, conforme o qual para alguém ganhar é preciso que a outra perca. O referido matemático da Universidade de Princeton descobriu que é sempre possível encontrar um ponto ótimo ou solução onde todos possam sair ganhando.

A história de Nash, que foi agraciado com o Prêmio Nobel em 1994, e o momento de construção da sua teoria foram retratados no filme "Uma mente brilhante".

A teoria dos jogos cooperativos foi fundamental para o desenvolvimento do modelo de negociação cooperativa.

Um dos pilares da negociação cooperativa envolve a compreensão da diferença entre interesses e posições. Os interesses estão no plano das necessidades mais básicas do ser humano, ou seja, consiste naquilo que realmente se quer. Já as posições consistem nos meios para a satisfação dessas necessidades. Um exemplo emblemático sobre a diferença entre interesses e posições consiste no caso em que dois irmãos brigam por uma única fatia de um bolo de chocolate, sendo que a posição envolve a pretensão de obter o único pedaço do bolo, mas o interesse de um, ou seja, a verdadeira e real necessidade, consiste na cobertura e do outro envolve a parte abaixo da cobertura.

Portanto, um interesse comporta várias posições e uma posição pode ocultar várias modalidades de interesses distintos. Um trabalhador, por exemplo, ao sustentar a realização de sobrejornada e postular a condenação ao pagamento de horas extras numa ação trabalhista, pode contar, por trás desta posição, com várias espécies de interesses. É possível que tenha ajuizado a ação por considerar que o não pagamento das horas extras redunde em falta de reconhecimento pelo serviço prestado e busque, por meio da postulação judicial, uma forma de ser reconhecido. É possível que considere que a violação de um direito consista numa falta de respeito a exigir uma reação, e assim veja na ação uma forma de ser respeitado. É possível que o trabalhador não esteja preocupado com respeito ou reconhecimento e queira apenas o dinheiro, orientando-se pelo interesse exclusivamente econômico. É possível, por fim, que todos os interesses mencionados estejam sendo

buscados.

A base da negociação cooperativa envolve, em primeiro lugar, a identificação dos reais e verdadeiros interesses, compreendendo a diferença entre estes e as posições assumidas. Isto é, entender quais os interesses estão por trás das posições.

Em segundo lugar, é fundamental a busca de soluções criativas que possam atender todos os interesses. No exemplo do bolo de chocolate, bastaria tirar a cobertura e dar para o irmão que a desejava, entregando a parte inferior ao outro irmão. No entanto, nas salas de audiência e no dia a dia da vida real nem sempre é tão fácil assim.

Dáí torna-se fundamental o papel da criatividade. Inúmeros são os casos resolvidos com bases em soluções criativas que procuram atender ambos os interesses em disputa. No caso, é fundamental trabalhar a idéia de criatividade conceitual, a qual tem por objetivo encontrar uma solução para um determinado problema.

Segundo o Prof Andrew Razeghi, especialista em pensamento criativo e inovação, "...a criatividade conceitual tem um objetivo: resolver um problema, ou satisfazer uma necessidade, vontade ou desejo.". Neste sentido, conforme as mais avançadas teorias e construções no campo da criatividade, é fundamental o desenvolvimento de pensamentos laterais, isto é, pensar fora do quadrado. Conforme sustenta o mesmo autor, "...um método é fazer ligações não-ortodoxas entre pedaços de informação que parecem não ser relacionadas. Chamo isto de pensar lateralmente. Esse tipo de processamento de informação é a marca registrada do pensamento criativo." .

Também defendendo a importância do pensamento criativo e lateral como meio de ajuste de interesses e solução de conflitos, o Juiz americano John Cooley coloca que "em muitas situações de disputa, desprezam-se oportunidades de solução criativa...as soluções em que todos ganham, as soluções ótimas e mesmo as soluções superótimas estão sempre presentes a espera de ser descobertas em situações de disputa...o pensamento lateral está sempre ligado à percepção da criatividade e ao humor. Enquanto o pensamento vertical preocupa-se com a prova ou ao desenvolvimento de padrões conceituais..."

Exemplificando o que considero uma solução emblemática de criatividade na construção de consensos e ajuste de interesses, destaco caso envolvendo o Ministério Público do Trabalho e a Ambev, no qual havia acusação de prática de assédio moral. O ajuste para solucionar a disputa envolveu compromisso da empresa de desenvolver campanhas de âmbito nacional, com peça publicitárias voltadas à conscientizar a população e outras empresas, de modo coibir e desestimular a prática do assédio moral.

Dessa forma, a criatividade tem um papel fundamental para o desenvolvimento de soluções que possam pacificar o litígio, contemplando, de forma cooperativa, o interesse de ambas as partes. Tal concepção contemporânea de prestação jurisdicional, pacificadora e comprometida com a satisfação das partes, é fruto de uma evolução na forma de enxergar a compreensão e a solução dos litígios.

Se muito tempo atrás a criação do Estado Moderno foi um passo importante da evolução humana, agora o próximo passo é a capacidade de solucionar conflitos sem precisar de soluções impostas ou estabelecidas num ambiente competitivo. Havia um tempo em que o homem-primata solucionava seus conflitos com o uso da força. Depois passou a solucionar por meio da imposição de uma sentença do Estado. Agora, está chegando o momento de desenvolver a capacidade de solucionar conflitos através da construção de soluções consensuais e criativas.

É preciso abrir os olhos e se preparar para o próximo passo. O próximo degrau da evolução humana passa pela natural capacidade de auto-composição de conflitos, na qual todos possam sair ganhando.



## EXECUÇÃO TRABALHISTA E MULTA DO ART. 475-J DO CPC

Fábio Sobral Martins e Rocha<sup>1</sup>

### 1 - Introdução

Muito se tem discutido sobre a possibilidade de os avanços obtidos com as recentes reformas promovidas no CPC serem estendidos ao processo do trabalho.

Como se sabe, a utilização de normas do processo comum como fonte subsidiária depende, na fase de conhecimento, da existência de lacuna no direito processual do trabalho, reclamando ainda a compatibilidade da regra a ser importada (art. 769 da CLT).

Na etapa executiva, as omissões são eliminadas mediante o emprego, preferencialmente, dos preceitos que regulam a execução fiscal da dívida da Fazenda Pública (CLT, art. 889). Mas o art. 1º da Lei n. 6.830/80, que disciplina a cobrança da dívida ativa da Fazenda Pública, estabelece a regência subsidiária do CPC.

O objetivo deste estudo é demonstrar a viabilidade da incidência do art. 475-J do CPC, dispositivo acrescentado pela Lei n. 11.232, de 23 de dezembro de 2005, com vigência a partir de 23 de junho de 2006, no processo trabalhista.

### 2 - O Processo Sincrético

O art. 475-J do CPC preceitua:

“Art. 475-J. Caso o devedor, condenado ao pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação, não o efetue no prazo de quinze dias, o montante da condenação será acrescido de multa no percentual de dez por cento e, a requerimento do credor e observado o disposto no art. 614, inciso II, desta Lei, expedir-se-á mandado de penhora e avaliação.

§ 1º Do auto de penhora e de avaliação será de imediato intimado o executado, na pessoa de seu advogado (arts. 236 e 237), ou, na falta deste, o seu representante legal, ou pessoalmente, por mandado ou pelo correio, podendo oferecer impugnação, querendo, no prazo de quinze dias.

§ 2º Caso o oficial de justiça não possa proceder à avaliação, por depender de conhecimentos especializados, o juiz, de imediato, nomeará avaliador, assinando-lhe breve prazo para a entrega do laudo.

§ 3º O exequente poderá, em seu requerimento, indicar desde logo os bens a serem penhorados.

§ 4º Efetuado o pagamento parcial no prazo previsto no caput deste artigo, a multa de dez por cento incidirá sobre o restante.

§ 5º Não sendo requerida a execução no prazo de seis meses, o juiz mandará arquivar os autos, sem prejuízo de seu desarquivamento a pedido da parte.”

A novidade que o mencionado preceito legal apresenta é a reunião das atividades jurisdicionais de conhecimento e de execução numa única relação processual.

A divisão com a qual a doutrina costuma classificar o processo leva em conta a espécie de provimento que constitui o pedido. A ação, de igual modo, assume o nome do provimento jurisdicional postulado pela parte autora.

Mas a clássica divisão doutrinária em processo ou ação de conhecimento, de execução e cautelar, baseada no provimento pleiteado ao órgão judicial, é abalada por essa aglutinação, que vem sendo designada pelo termo “sincretismo”.

Não se pode afirmar, contudo, que a reforma legislativa em foco revista-se da

---

1 Analista Judiciário

nota característica do ineditismo.

Realmente, a Lei n. 10.444, de 8 de maio de 2002, acrescentando o § 7º ao art. 273 do CPC, já havia introduzido no processo civil – e indiretamente no processo do trabalho (art. 769 da CLT) – a possibilidade de concessão de medida de índole cautelar no curso do processo de conhecimento.

Eis a redação do aludido § 7º do art. 273 do CPC:

“Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado.”

Vale lembrar que a jurisprudência não admitia a concessão de medida cautelar em processo de conhecimento, como bem ilustra o aresto a seguir:

“PROCESSUAL – PEDIDO CAUTELAR – MANIFESTAÇÃO NOS AUTOS DO PROCESSO DE CONHECIMENTO – IMPOSSIBILIDADE.

É impossível a cumulação do pedido cautelar com o declaratório, em um mesmo processo (CPC – art. 292, § 1º, I).

Não é possível utilizar-se o processo de ação declaratória, para, em seus atos, efetuar depósitos inibitórios da execução fiscal.” (STJ, REsp 47471/DF 1994/0012339-6, 1ª T., Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 27.06.1994)

É pertinente recordar, também, que a mesma Lei n. 10.444/02, alterando o art. 461 e incluindo o art. 461-A, promoveu outras importantes mudanças no CPC, com a autorização para o cumprimento das obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa certa no próprio processo em que proferida a condenação.

Como se percebe, o referido diploma legal – Lei n. 10.444/02 – demonstra que o ordenamento já investira contra a tradicional e intransponível demarcação definidora das tutelas cognitiva, executiva e cautelar.

### 3 - O Processo Trabalhista

Superada, com o advento da Lei n. 10.444/02, a polêmica em torno da possibilidade de comunicação das diversas espécies de tutela num mesmo processo, deve-se ter em conta que, no processo do trabalho, jamais foi tranqüila a noção de divisão entre os processos de conhecimento e de execução.

De fato, se no processo civil, à luz do modelo vigente antes da Lei n. 11.232/05, não havia dúvida de que a citação na execução inaugurava uma nova instância, no processo trabalhista já era amplamente questionada a independência e a autonomia do módulo executivo.

Realmente, na doutrina do processo do trabalho jamais existiu consenso em torno da sua natureza. Sempre se discutiu se a execução do título judicial é processo autônomo ou mera fase de execução. Vozes autorizadas argumentam que cognição e execução são um único processo. Outras, no entanto, sustentam haver clara divisão entre os dois processos.

José Augusto Rodrigues Pinto inclusive defendia que, em razão da autonomia da ação de execução, seria de melhor técnica o sistema de processamento em autos apartados, baseado no modelo anterior ao CPC de 1973.<sup>2</sup>

Francisco Antônio de Oliveira lembra que a execução trabalhista pode e deve ser impulsionada de ofício pelo juiz, razão pela qual a considera como “... simples epílogo do processo de conhecimento.”<sup>3</sup>

2 PINTO, José Augusto Rodrigues. *Execução Trabalhista*. São Paulo: LTr, 2004, 10 ed., p. 99-100.

3 OLIVEIRA, Francisco Antonio. *A Execução na Justiça do Trabalho*. São Paulo: RT, 2006, 5 ed., p. 49.

Percebe-se, modernamente, a tendência de que a classificação tripartite – conhecimento, execução e cautelar – fique cada vez mais restrita aos livros de teoria geral do processo.

Nessa linha a doutrina de Tostes Malta, o qual entendia, mesmo antes da superveniência das modificações no processo civil, que “... A suposta autonomia do processo executório é mais uma complicação herdada de tempos antigos e que não encontra respaldo no mais elementar bom-senso.”<sup>4</sup>

Aplicação Subsidiária da Regra do Art. 475-J do CPC – A Omissão da Norma Processual Trabalhista.

Ultrapassado o debate acerca da autonomia ou não da execução de sentença trabalhista, com o triunfo da tese concernente à união das atividades cognitiva e executiva no mesmo processo, cumpre verificar a viabilidade da aplicação da regra do art. 475-J no processo do trabalho.

A utilização de normas processuais exteriores à legislação trabalhista, como já destacado, é disciplinada nos arts. 769 e 889 da CLT. O primeiro diz respeito à fase conhecimento; o segundo, à etapa executiva.

Mas o acionamento das disposições do CPC, como se extrai da leitura do art. 769 da CLT, só é possível quando forem omissas as normas processuais trabalhistas (CLT e legislação extravagante). A par da omissão, é necessário que a norma do processo civil seja compatível com o processo especializado.

A norma contida no art. 889 da CLT, a seu turno, estabelece a aplicação supletiva dos “preceitos que regem o processo dos executivos fiscais para a cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda Pública Federal”. A execução da dívida ativa da União é regulada atualmente pela Lei n. 6.830/80, cujo art. 1º elege o CPC como fonte normativa subsidiária.

Logo, tem-se que em ambos os casos cabe supletivamente a aplicação do CPC: quer de modo direto, na hipótese do art. 769, quer indiretamente, se a situação for disciplinada pelo art. 889 consolidado. Há, a partir daí, o problema de se saber qual desses dispositivos consolidados deve ser acionado no momento da aplicação do art. 475-J do CPC no processo trabalhista.

É oportuno ressaltar que o art. 475-J do CPC foi inserido em capítulo intitulado “DO CUMPRIMENTO DA SENTENÇA”, logo após o capítulo relativo à liquidação do julgado.

Tratando-se de regra cujos efeitos somente podem ser experimentados após a formação da coisa julgada e a liquidação de sentença (ou acórdão), evidente que o momento processual é de concretização do comando emitido no título judicial.

Em outras palavras, o cumprimento da sentença é, no processo sincrético, típica atividade executiva. Tanto isso é verdade que o art. 475-R do CPC, obviamente localizado no mesmo capítulo que o art. 475-J, dispõe sobre a aplicação subsidiária, à fase de cumprimento da sentença, das normas que disciplinam o processo de execução de título extrajudicial.

Nessa direção a doutrina de Alexandre Freitas Câmara:

“O primeiro ponto a ser examinado é o terminológico. O legislador reformista optou por dar ao novo Capítulo X do Livro I, Título VIII, do Código de Processo Civil, o nome ‘do cumprimento da sentença’. Isto não pode levar a pensar que não se estará aqui diante de execução. Esta não deixou de existir, mas tão-somente deixou de se realizar em processo autônomo em relação ao que gerou a sentença.

Execução não é o nome de um tipo de processo, mas a denominação de uma

4 MALTA, Cristovam Piragibe Tostes. *Prática do Processo Trabalhista*. São Paulo: LTR, 2007, p. 591.

atividade jurisdicional. Nos casos em que se faz necessário instaurar um processo para que tal atividade seja exercida, ter-se-á processo de execução. Pela nova sistemática do CPC, não haverá mais processo executivo, mas continuará a existir atividade executiva. Poder-se-ia, então, continuar a falar em execução de sentença. Aliás, é o que diz o art. 475-I, ao dizer que o cumprimento da sentença que condena a pagar dinheiro se faz por execução.”<sup>5</sup>

Resta claro, pois, que a norma processual trabalhista que pode autorizar a incidência dos dispositivos do CPC alusivos ao cumprimento da sentença é o art. 889 da CLT, na medida em que, transitado em julgado o provimento jurisdicional e apurado o quantum debeatur, a tutela prestada passa a ser executiva.

O enquadramento dos atos tendentes à realização do direito reconhecido no título judicial como típicos atos executivos, com a conseqüente incidência do art. 889 da CLT (e não do art. 769), não faz surgir empecilhos para aplicação do art. 475-J do CPC.

Tendo sido constatado que, após transitado em julgado e tornada líquida a prestação contida no pronunciamento judicial, os atos subseqüentes ostentam natureza executiva, cumpre verificar se há de fato omissão e compatibilidade que atraiam a aplicação do art. 475-J no processo do trabalho.

A Lei n. 6.830/80, no que diz respeito ao estabelecimento de meio coercitivo para que o devedor providencie voluntariamente o pagamento da prestação pecuniária a que foi condenado, é tão silente quanto a CLT.

E uma lei não é omissa apenas quando deixa de regular expressamente determinada situação. Há também lacuna quando a norma que disciplina uma dada relação jurídica não está em harmonia com os fatos e valores sociais presentes e quando a solução aviltrada pela norma de referência revelar-se injusta.

Em excelente análise sobre o problema das lacunas, Luciano Athayde Chaves leciona:

"Passíveis, portanto, de identificação desde a gênese do sistema eventualmente analisado, passando por suas experiências históricas, as lacunas podem, basicamente, se apresentar sob três modalidades: normativa, ontológica e axiológica.

Das lacunas normativas (ou de regulação), ocupa-se comumente a tradicional abordagem interpretativa, considerando o silêncio da lei sobre determinado tema como o emblema da insatisfatória regulação positiva do Direito, exigindo a ordem jurídica, nestes casos, a integração do Direito pelo juiz para a solução de casos concretos submetidos ao crivo do Poder Judiciário, ‘completando-se’, ou melhor, colmatando-se o sistema com o que a doutrina italiana costuma denominar ‘decisão dispositiva’, autêntica ‘norma jurídica individual’, segundo a vetusta lição Kelseniana.

As lacunas ontológicas ocorrem quando determinado instituto jurídico, normalmente positivado pelo sistema, não mais corresponde aos fatos sociais. Resulta, de regra, do ancilamento da norma positiva (Diniz, 2000:95), fruto do avanço tecnológico e cultural de uma dada realidade social. Cuida-se de um fenômeno intimamente vinculado à constatação da quebra de isomorfia (ou equilíbrio) que deve existir entre a norma, o valor e o fato, integradores dos subsistemas jurídicos, que passam a interagir de maneira heteromórfica (Diniz, 2000:79), causando perturbação na atmosfera social, impulsionando a alteração da matriz jurídica tendente a interferir na solução dos conflitos de toda ordem, tanto judicial como judiciária:

[...]

Sob o prisma desse mesmo método de avaliação da pertinência da aplicação da norma, surgem as lacunas ditas axiológicas, sempre que se observa a ausência de

5 CÂMARA, Alexandre Freitas. *A Nova Execução de Sentença*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 4 ed., 2007, p. 90.

uma norma justa para um determinado caso concreto ou situação jurídica dada. Melhor esclarecendo, há uma lacuna axiológica quando existe um preceito normativo, mas, se for aplicado, sua solução será insatisfatória ou injusta (Diniz, 2000:95). Têm-se semelhantes características com o que Bobbio denominou de lacunas 'ideológicas' (Bobbio, 1997:140)." (in A Recente Reforma no Processo Comum - Reflexos no Direito Judiciário do Trabalho. São Paulo: LTr, 3. ed., 2007, p. 368-369)

Não há dúvida de que as recentes modificações, entre as quais se destacam as da Lei n. 11.232/05, conferiram maior racionalidade ao processo civil, atendendo à imposição constitucional de celeridade e de duração razoável da marcha processual (art. 5º, LXXVIII).

O processo trabalhista, no entanto, não tem sido diretamente contemplado com a boa vontade do legislador nessa dinâmica de disponibilização de mecanismos legais voltados à abreviação do tempo despendido para a efetivação da prestação jurisdicional.

Se é certo que algumas normas processuais civis, como a do art. 475-J do CPC, estão aptas a concretizar o mandamento constitucional da duração razoável, não menos correto é que as regras correspondentes do processo do trabalho e da execução fiscal mostram-se insuficientes para esse fim.

A referida insuficiência decorre da constatação da presença das referidas lacunas de ordem ontológica e axiológica, de sorte que as transformações implementadas no processo civil, quando compatíveis, atuarão também no processo do trabalho.

Logo, para elidir a presença concomitante dessa lacuna axiológica e ontológica na etapa executiva trabalhista – ou fase de cumprimento da sentença – deve-se lançar mão da norma do art. 475-J do CPC.

Constatada a viabilidade da incidência do art. 475-J do CPC no processo do trabalho, abrem-se duas alternativas para adaptação da regra a ser introduzida: (i) a substituição da citação aludida no art. 880 da CLT por simples intimação, com a imposição da cominação que se pretende aplicar; (ii) a intimação prévia – antes da citação –, determinada após o trânsito em julgado da sentença líquida ou depois de liquidada a ilíquida, conferindo-se ao devedor prazo para pagamento da dívida, sob pena do acréscimo legal de 10% sobre o valor da condenação.<sup>6</sup>

No tocante à primeira proposta – substituição da citação por intimação –, convém não esquecer que a CLT é um diploma legal que não se notabiliza pela precisão terminológica quando se refere aos institutos processuais.

É pertinente recordar que o art. 841 da CLT utiliza de modo imperfeito o termo notificação do reclamado, sendo certo que o ato processual correspondente ao chamamento do réu a juízo é a citação.

Já o art. 852 consolidado, mantendo a confusão quanto à nomenclatura dos atos processuais, prevê que os litigantes devem ser notificados da decisão proferida.

Como se nota, o termo notificação ora é empregado como citação, ora como intimação.

A imprecisão terminológica, aliada à percepção da execução como mera fase, instaurada e impulsionada de ofício (CLT, art. 878), justifica a substituição da citação indicada no art. 880 da CLT por simples intimação, ainda que realizada por mandado, como determinado neste dispositivo legal.

6 Cumprir ainda fazer referência à sugestão de Francisco Antônio de Oliveira, que pode ser visualizada no seguinte parágrafo: "A multa do art. 475-J pode e deve ser aplicada em sede trabalhista, por alento subsidiário, com a devida adequação. Após a citação (art. 880, CLT), decorridas quarenta e oito horas, procede-se à penhora. Decorridos quinze dias sem que a parte proceda à remissão do débito, a dívida será acrescida de dez por cento." (in obra citada, p. 109)

Não cabe o argumento de que a citação, nessa fase do processo, tem que ser pessoal, pois não existe previsão nesse sentido no art. 880 da CLT. A rigor, o referido dispositivo consolidado, ao dispor sobre a “citação” do executado, não se distingue fundamentalmente do art. 841 do mesmo diploma, cujo tema é a “notificação” do reclamado e que sabidamente não exige pessoalidade.

O Egrégio TRT da 10ª Região já decidiu sobre a desnecessidade de observância do critério da pessoalidade na citação realizada na fase executiva. Eis a ementa do julgado:

"CITAÇÃO - EXECUÇÃO. A despeito de a Justiça Comum exigir a citação pessoal do executado, nos termos do art. 215 do CPC, a disciplina legal desta Especializada, ao tratar sobre a matéria no art. 880, da CLT, não fez referência categórica à pessoalidade. Assim sendo, efetivada a citação, ainda que por terceiros, inicia-se regularmente a execução trabalhista, mormente quando o mandado foi entregue no próprio endereço residencial do executado, sem que este comprovasse qualquer obstáculo à ciência de seu conteúdo (...)" (AP 914-1999-019-10-00-4, 1ª T., Rel. Juiz Pedro Vicentin Foltran, DJ 11.06.2004)

Assim também já se pronunciou o Egrégio TRT da 15ª Região, verbis:

"CITAÇÃO INICIAL E CITAÇÃO EXECUTÓRIA - CARACTERÍSTICAS - RECURSO MANIFESTAMENTE PROTETATÓRIO - HIPÓTESE DE RECONHECIMENTO - a) No processo trabalhista, a notificação citatória enviada na fase cognitiva presume-se perfeita e acabada desde que tenha chegado ao endereço correto do demandado; b) a citação realizada na fase executória, conquanto efetivada mediante Oficial de Justiça, não se reveste de pessoalidade absoluta, podendo ultimar-se em quem se encontre no momento respondendo pelo estabelecimento empresarial; c) a apresentação nas razões do apelo de argumentos cuja inconsistência se demonstra evidente, é o quanto basta para concluir-se pela possibilidade de aplicação das penalidades por litigância de má-fé, em vista daquilo que dispõem os artigos 17, inciso VII, e 18, ambos do CPC. Agravo desprovido, com a cominação de sanções de ordem processual." (TRT 15ª R., 2ª T., AP 4091/2001-5, Rel. Juiz Manoel Carlos de Toledo Filho, DJ 04.06.2001)

Contra essa primeira alternativa, porém, milita a exigüidade de tempo para pagamento da prestação pecuniária, prevista no art. 880 da CLT: o prazo é de 48 horas.

No que diz com a segunda proposta, atinente à intimação na forma do art. 475-J do CPC antes da citação, é oportuno assinalar que a norma assentada nos arts. 832, § 1º, e 835 da CLT conferem ao órgão prolator da decisão o poder-dever de estabelecer o prazo e as condições para o cumprimento da decisão proferida.

Sob esse ângulo de análise, os parâmetros fixados no art. 475-J do CPC acomodam-se perfeitamente na moldura das normas inscritas dos arts. 832, § 1º, e 835 da CLT. Por isso, penso que a segunda alternativa é de fato a melhor opção para que o processo do trabalho sirva-se da regra do art. 475-J do CPC.

A intimação deve realizar-se mediante publicação no órgão oficial ou por meio do advogado, nos termos dos arts. 236 e 237 do CPC.

A intimação anteposta ao ato citatório é a solução preconizada pelo Egrégio TRT da 9ª Região, que editou orientação jurisprudencial conformando a aplicação daquele dispositivo com as seguintes balizas (OJ n. 203 da Seção Especializada):

"MULTA - ART. 475-J DO CPC. APLICABILIDADE AO PROCESSO DO TRABALHO. A multa prevista no artigo 475-J do CPC é aplicável ao Processo do Trabalho, nos termos dos artigos 769 e 889 da CLT, observados os seguintes parâmetros:

I - a multa incidirá no prazo de 15 (quinze) dias, contados da data da intimação do trânsito em julgado da sentença, quando líquida (artigo 852 da CLT), ou da data da intimação da decisão de liquidação;

II - transcorrido o prazo sem pagamento, proceder-se-á à citação do réu para que,

em 48 horas, pague o valor da condenação já acrescido da multa de 10% ou nomeie bens à penhora, nos termos do artigo 880 da CLT;

III - o pagamento parcial no prazo fará incidir a multa apenas sobre o restante do valor da condenação;

IV - a citação para pagamento ou nomeação de bens prescinde do requerimento do credor, sendo inaplicável a segunda parte do caput do artigo 475-J do CPC;

V - não é necessária a intimação pessoal do devedor para incidência da multa;

VI - a multa é inaplicável na execução provisória, bem como na hipótese de execução contra a Fazenda Pública."

Após a demonstração da viabilidade da aplicação do art. 475-J do CPC no processo trabalhista, com a preferível adoção da intimação para pagamento antes da citação do devedor, é importante acentuar que os avanços obtidos no processo civil foram concebidos em cumprimento à prescrição contida no art. 7º da Emenda Constitucional n. 45/2004, que assim dispôs:

"O Congresso Nacional instalará, imediatamente após a promulgação desta Emenda Constitucional, comissão especial mista, destinada a elaborar, em cento e oitenta dias, os projetos de lei necessários à regulamentação da matéria nela tratada, bem como promover alterações na legislação federal objetivando tornar mais amplo o acesso à Justiça e mais célere a prestação jurisdicional." (destaque acrescido)

O ainda incipiente posicionamento do Colendo Tribunal Superior do Trabalho, no entanto, é refratário à aplicação do art. 475-J do CPC no processo trabalhista, como ilustra o seguinte aresto:

"RECURSO DE REVISTA. MULTA DO ART. 475-J DO CPC. INCOMPATIBILIDADE COM O PROCESSO DO TRABALHO. REGRA PRÓPRIA COM PRAZO REDUZIDO. MEDIDA COERCITIVA NO PROCESSO TRABALHO DIFERENCIADA DO PROCESSO CIVIL. O art. 475-J do CPC determina que o devedor que, no prazo de quinze dias, não tiver efetuado o pagamento da dívida, tenha acrescido multa de 10% sobre o valor da execução e, a requerimento do credor, mandado de penhora e avaliação. A decisão que determina a incidência de multa do art. 475-J do CPC, em processo trabalhista, viola o art. 889 da CLT, na medida em que a aplicação do processo civil, subsidiariamente, apenas é possível quando houver omissão da CLT, seguindo, primeiramente, a linha traçada pela Lei de Execução fiscal, para apenas após fazer incidir o CPC. Ainda assim, deve ser compatível a regra contida no processo civil com a norma trabalhista, nos termos do art. 769 da CLT, o que não ocorre no caso de cominação de multa no prazo de quinze dias, quando o art. 880 da CLT determina a execução em 48 horas, sob pena de penhora, não de multa. Recurso de revista conhecido e provido para afastar a multa do art. 475-J do CPC." (RR - 668/2006-005-13-40.6, 6ª t., Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga, DJ 28.03.2008)

De todo modo, com a vênua devida, não parece correto sustentar que o legislador infraconstitucional, ao editar a Lei n. 11.232/05, tivesse o objetivo de tornar mais célere apenas prestação jurisdicional levada a efeito no âmbito do processo civil.

Além disso, claro está que foi o processo do trabalho quem inspirou várias das mudanças voltadas a proporcionar celeridade ao processo civil. Seria, então, despropositado aquiescer com a estagnação do ramo especializado processual trabalhista, em franca desarmonia com o princípio da duração razoável do processo (CF, art. 5º, LXXVIII).

A aplicação subsidiária dos dispositivos acrescentados no CPC, que asseguram simplicidade, celeridade e efetividade à prestação jurisdicional, merece reflexão doutrinária e jurisprudencial mais detida, inclusive à luz do disposto nos princípios constitucionais do acesso à ordem jurídica justa e da duração razoável do processo (CF, arts. 5º, XXXV e LXXVIII).

Cumprir noticiar, por pertinente, que tramitam na Câmara dos Deputados os Projetos de Lei n. 1.503 e 1.957, que propõem seja acrescentado o seguinte parágrafo ao art.

769 da CLT:

“art. 769 .....

§ único: O direito processual comum também poderá ser utilizado no processo do trabalho, inclusive na fase recursal ou de execução, naquilo em que permitir maior celeridade ou efetividade de jurisdição, ainda que existente norma previamente estabelecida em sentido contrário.”

Mas enquanto não sobrevém a almejada reforma da legislação processual trabalhista, não se pode perder de vista que a celeridade e a duração razoável do processo foram alçadas à condição de direito fundamental do cidadão, inscrito no catálogo constante do art. 5º da Carta Magna.

Por força do disposto no § 1º do referido art. 5º da Constituição Federal, deve-se atentar para a circunstância de que o ditame concernente à outorga da prestação jurisdicional em tempo razoável expande-se por todos os ramos do direito processual.

Cuida-se, como assinalado, de direito fundamental, que em razão de sua perspectiva jurídico-objetiva funciona como princípio informador de toda a ordem jurídica, exercendo influência sobre todo o ordenamento, inclusive com o fornecimento de diretrizes para os órgãos legislativos, executivos e judiciários.<sup>7</sup>

E é sob esse novo paradigma, de magnitude constitucional (art. 5º, LXXVIII, da CF), que as lacunas da execução trabalhista e o art. 889 da CLT devem ser interpretados.

#### 4 - Conclusão

O tradicional modelo de classificação das atividades jurisdicionais de conhecimento, de execução (cumprimento da sentença) e cautelar em compartimentos incomunicáveis entre si encontra-se superado no ordenamento processual brasileiro.

Ao disciplinar a possível incidência de multa no cumprimento da sentença no processo civil, o art. 475-J do CPC insere-se no âmbito da tutela judicial executiva (e não da cognitiva).

A CLT e a lei que regula a cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda Pública Federal são omissas no que diz com a previsão de mecanismo de coerção para que o devedor cumpra voluntariamente o comando sentencial consistente numa prestação pecuniária.

Havendo lacuna de natureza ontológica e axiológica no módulo executivo do processo trabalhista, aplica-se subsidiariamente a regra do art. 475-J do CPC, com fundamento nos arts. 889 da CLT e 1º da Lei n. 6.830/80.

Desse modo, é lícito concluir que o instituto inserido no art. 475-J do CPC amolda-se também à fase executiva trabalhista, conferindo concreção ao direito fundamental à duração razoável do processo nesse ramo especializado do direito processual.

A simples possibilidade de incidência da sanção inscrita no aludido dispositivo legal contribuirá para inibir a prática de expedientes protelatórios, bem como para a diminuição da morosidade da execução trabalhista.

<sup>7</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 6 ed., p. 166-176. Rev. TRT 10º Região, Brasília, v. 15/18, p.141-149, 2006/2009

**REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

ALMEIDA, Amador Paes de. Curso Prático de Processo do Trabalho. São Paulo: Saraiva, 17. ed., 2007.

\_\_\_\_\_. A Recente Reforma no Processo Comum - Reflexos no Direito Judiciário do Trabalho. São Paulo: LTr, 3. ed., 2007

CÂMARA, Alexandre Freitas. A Nova Execução de Sentença. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 4. ed., 2007.

CHAVES, Luciano Athayde (organizador). Direito Processual do Trabalho: Reforma e Efetividade. São Paulo: LTr, 2007.

FREDIANI, Yone. Direito Processual do Trabalho – Execução e Procedimentos Especiais. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

OLIVEIRA, Francisco Antônio de. Execução na Justiça do Trabalho. São Paulo: RT, 5. ed, 2006.

PINTO, José Augusto Rodrigues. Execução Trabalhista. São Paulo: LTr, 10. ed., 2004.

SAAD, Eduardo Gabriel. Curso de Direito Processual do Trabalho. São Paulo: LTr, 5. ed., 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 6. ed., 2006.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. Execução no Processo do Trabalho. São Paulo: LTr, 9. ed., 2005.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento, v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 47. ed., 2007.

TOSTES MALTA, Cristóvão Piragibe. Prática do Processo Trabalhista. São Paulo: LTr, 7 ed., 2007.



## DA ANOTAÇÃO OU RETIFICAÇÃO DA CARTEIRA DE TRABALHO E PREVIDÊNCIA SOCIAL EM VIRTUDE DE CONDENAÇÃO JUDICIAL E O DANO MORAL

**José Ernesto Manzi<sup>1</sup>**

Abundam, em juízo, reclamações trabalhistas onde o empregador é condenado a anotar na Carteira de Trabalho e Previdência Social do empregado, admissão, saída, remuneração, promoção, aumento salarial, mudança de função, férias etc.

Por vezes, o empregador cumpre a decisão judicial, mas coloca, nas anotações gerais, observação, por exemplo, nos seguintes moldes: “*Por decisão proferida nos autos da Ação Trabalhista nº “x”, pelo Juiz do Trabalho da MM. Vara do Trabalho de “y” a partir da data tal passou a exercer a função de armador*”.

Ou então, CTPS anotada em razão de condenação imposta pela Vara do Trabalho de “x”, nos autos do processo n. y.

Alguns empregados vêm ajuizando reclamações trabalhistas posteriores, sustentando que, que tal anotação (**com referência à ação trabalhista**) se equipara a fato desabonador e ainda às listas negras o que lhe vem causando sérios transtornos, violando-lhe a intimidade, a honra e a imagem.

Requerem assim a indenização do dano moral, além da condenação das empresas em obrigação de fazer, qual seja, repetir as anotações feitas na CTPS, em novo documento (2<sup>a</sup> via da CTPS), evitando assim, que o ajuizamento da ação trabalhista continue a ser veiculado.

As empresas, em suas respostas, costumam sustentar a inexistência de má-fé e fundar a referência à ação trabalhista apenas na completude da anotação, com referência à razão de sua realização. Afirmam ainda assim agir, ou seja, explicitando a origem judicial da anotação, para prevenir futuros inconvenientes, principalmente no âmbito previdenciário e que não se pode extrair da anotação, por si só, dano moral ou material.

Inicialmente, há de se ressaltar que a **existência ou não de dolo**, na anotação não é, por si só, **elemento de afastamento do dano moral**, que é devido, também, por culpa, ainda que **leve ou levíssima**. Nesse sentido, a jurisprudência, aplicável, *mutatis mutandis* ao caso concreto, em razão da mera existência de culpa (e não de dolo) ainda leve ou levíssima:

ACIDENTE DE TRABALHO, INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E ESTÉTICOS É subjetiva a responsabilidade do empregador pelo dano moral ou material decorrente de acidente do trabalho, nos moldes do art. 7º, inc. XXVIII, da Constituição Federal. O dever de indenizar depende da comprovação do ato ilícito por parte do empregador, isto é, da demonstração de dolo ou culpa, seja ela grave, **leve ou levíssima**.<sup>2</sup>

1 Juiz do Trabalho em Florianópolis. Especialista em Processo Civil (UNOESC Chapecó), Direito Administrativo (Universidade de Roma – La Sapienza) e Processo Constitucional (Universidade de Castilla La Mancha – Toledo – Espanha), Mestre em Ciência Jurídica (Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI). Ex-professor da UniFMU e da Universidade São Judas (ambas em São Paulo - Capital) e da UNOESC (São Miguel do Oeste - SC) e da Escola de Magistratura da AMATRA – SC. Coordenador Técnico-Científico da Escola Judicial e de Administração Judiciária do Tribunal Regional do Trabalho de Santa Catarina.

2 TRT-SC, Processo: Nº: 00315-2002-023-12-85-8, Acórdão 7731/2007 - Juiz Edson Mendes De Oliveira - Publicado no TRTSC/DOE em 11-06-2007

Feita esta consideração inicial, deve-se indagar se há ou não dano moral em decorrência da empresa, ao proceder à retificação ou à anotação do contrato de trabalho (ou dados a ele referentes) na CTPS fazer menção à existência de uma ação trabalhista promovida pelo empregado.

Vivemos um tempo de relativização da moral.

Se o empregado é mal pagador e deixa, por isso, de cumprir obrigações civis e comerciais seu nome é lançado nos sistemas de proteção ao crédito, seus credores são considerados exercentes da cidadania e do direito de socorrer-se dos meios legais, para fazê-los valer.

O empregado que não tem seus direitos respeitados e reclama, usando do sagrado direito de petição, passa a ser discriminado, como um ser perigoso e nefasto, indigno de confiança, traidor da palavra dada, encenqueiro. Daí surgiram as listas negras, punindo-se com o desemprego, o trabalhador que não aceitou calado as ofensas aos seus direitos, convertendo-os em ovelhas, em gado, que deve suportar calado para não adquirir “maus antecedentes”

A mera existência de uma anotação deste porte na Carteira de Trabalho do empregado é, por si só, uma “lista negra” ambulante, uma forma de macular o nome profissional do empregado, prejudicando-o em todas as tentativas futuras de colocação.

É evidente que o mercado discrimina o empregado que tenha ajuizado ação trabalhista contra empregador anterior. Esta a razão que tem impelido os tribunais a tratarem, com rigor, a questão da lista negra e terem alijado dos sites, a possibilidade de consulta por nome do empregado.

Quando o empregador lança, na CTPS do empregado, a informação de que ele reclamou na Justiça do Trabalho, faz com que ele **porte consigo a lista negra, individualizada, mais facilmente consultada, porém com idêntico resultado** das repassadas por telefone ou outro meio, qual seja, a marginalização, para não dizer o próprio alijamento do trabalhador, do mercado de trabalho, tornando-o um pária.

É por isso que os Tribunais têm sido duros em rechaçar esta prática tão abominável que solapa do trabalhador sua própria subsistência, ao mesmo tempo em que incentiva a precarização dos direitos trabalhistas e põe em dúvida a própria função da Justiça do Trabalho enquanto instituição destinada à sua preservação, por convertê-la em mecanismo de sua jugulação. Nesse sentido, o aresto do c. TRT-SC:

INFORMAÇÃO PRESTADA POR ANTIGO EMPREGADOR. TRABALHADOR APONTADO COMO IMPRÓPRIO PARA O EMPREGO POR TER AJUIZADO RECLAMAÇÃO TRABALHISTA. DANO MORAL DECORRENTE. A informação prestada por antigo empregador, no sentido de que determinada pessoa é imprópria para o trabalho em razão de contra ele ter movido ação trabalhista, equívale à "lista negra", prática assaz repudiada no âmbito desta Justiça Especializada. Ao sugerir fama de questionador e incapaz de prestar serviços àquele que busca judicialmente o reconhecimento de direitos que lhe foram sonogados, a par de constituir evidente tentativa de obstar a continuidade de sua existência de forma digna, atinge-se o trabalhador em algo básico para o exercício da cidadania: o direito ao livre acesso ao Poder Judiciário. Dá-se, por essa via, uma destinação à liberdade de informação contrária ao Estado Democrático de Direito. Inequívoco dano à imagem advindo de conduta claramente discriminatória, que atenta contra a dignidade da pessoa humana, situação suficiente para atrair a incidência do disposto no inciso X do artigo 5º da Constituição Federal não elidida pela posterior obtenção de nova relação empregatícia.<sup>3</sup>

---

3 **Acórdão 3988/2006 - Juiz Gerson P. Taboada Conrado** - Publicado no DJ/SC em 31-03-2006, página: 320.

Um fato tão grave não pode ser tratado como um mero descuido, nem sendo necessário discutir se há dolo, ou não.

Na realidade, ainda que o dolo nem precise ser discutido, a presunção é de que tal naipe de anotação traduz o claro intuito de impor ao litigante, como *vendetta* uma mácula à sua história funcional, advertindo seus futuros empregadores, que se trata de pessoa inconformada e que pode causar-lhes desconfortos e incômodos.

Como ao **escravo fujão** se premiava com o limbambo<sup>4</sup> ou ainda, com a marca a ferro “F” (fujão)<sup>5</sup>, ao trabalhador que reclama dá-se a inserção do nome na lista negra ou a anotação da reclamatória em sua CTPS, equivalente à anotação desairosa (motivo da justa causa, suspensões etc.), quase que estampar-lhe não nas carnes, mas no documento que indica sua personalidade profissional o “R” de Reclamão.

Diante de um mercado de trabalho altamente competitivo, com milhares de profissionais ingressantes, em razão da disseminação do ensino universitário, é evidente que qualquer ponto negativo, por menor que seja, pode ser a diferença entre a oportunidade (de emprego) e o desemprego crônico. Discrimina-se em razão da idade, discrimina-se em razão da formação, discrimina-se em razão da raça, discrimina-se em razão da aparência, discrimina-se em razão da pretensão salarial, discrimina-se também por qualquer outro motivo (**inclusive ação trabalhista**), porque quando o leque de opções é muito grande, são necessários filtros e os critérios para fixá-los detém um alto grau de subjetividade. **O não-ajuizamento de reclamatória contra ex-empregador, nesse quadro, torna-se critério de seleção**, a certeza de que nem o combinado, nem o legislado, se não for cumprido, não será reclamado, podendo o empregador tornar-se arbitrário, dando o que quiser, o quanto quiser e se quiser.

A anotação mostra-se passível de acarretar ao empregado prejuízos de ordem moral, sendo estes facilmente verificáveis nos dias atuais, em que o emprego formal torna-se cada vez mais escasso.

Ainda que a doutrina e a jurisprudência tenham limitado, por muito tempo, as hipóteses de dano moral apenas aos casos de violação do direito à vida e à honra, atualmente já não restam dúvidas de que também se mostram passíveis de configurar dano moral aqueles ligados à intimidade das pessoas, à sua integridade física, psíquica e estética, assim como à sua **dignidade, honestidade, imagem, nome e liberdade**, entre outros igualmente reconhecidos. Nesses outros incluo o bom-nome na profissão que inclui, por razões espúrias mas concretas, não ser o empregado um litigante em potencial, um inconformado, um ser com sujeição contida ou limitada.

O contrato de trabalho erige-se em campo fértil para as violações desta natureza, dado o seu caráter alimentar, pessoal em relação ao empregado, assim como a subordinação e a

4 Nesta série de correntes e argolas, estão o libambo, a gonilha, a gargalheira. Libambo vem do quimbundo *lubambo*, corrente. Extensivamente é toda espécie de corrente que prendia o escravo e, neste sentido, está descrito por vários historiadores. No Brasil, porém, o libambo teve uma significação restrita: serviu para designar aquele instrumento que prendia o pescoço do escravo numa argola de ferro, de onde saía uma haste longa, também de ferro, que se dirigia para cima ultrapassado o nível da cabeça do escravo. Esta haste ora terminava por um chocalho, ora por trifurcação de pontas retorcidas... um antigo desenho feito por um artista popular alagoano, em 1888, mostra um escravo, Isidoro, de Pilar, Alagoas, preso por correntes e com um libambo ao pescoço. O castigo do libambo era para os negros que fugiam. O chocalho que dava sinal quando o negro andava, queria indicar que se tratava de um escravo fujão. Assim também o libambo das pontas retorcidas. Dizia-se que estas pontas tinham outra finalidade: era a de prender-se aos galhos de árvores do mato, para assim dificultar a fuga do escravo. <http://www.jangadabrasil.com.br/maio21/pa21050c.htm>

5 conforme recorda Aires da Mata Machado Filho em “*O negro e o garimpo em Minas Gerais*” (Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1964. p. 13.

sucessividade do seu trato. Essas características fragilizam o trabalhador e fazem com que empregador marginalize quem quer que demonstre fortaleza ou decisão, exceto no interesse exclusivo do empregador.

É por isso que é preciso extrair do sistema normativo mecanismos para sua própria preservação, destacando-se nele as limitações às próprias anotações da CTPS pelo empregador, sob pena de se fazer a Justiça do Trabalho caminhar para se converter não de um a Justiça de Desempregados em uma Justiça de Empregados ( e trabalhadores em sentido lato), mas em uma Justiça Desempregadora.

De fato, os os preceitos da CLT não autorizam a inserção deste tipo de informação na carteira profissional do empregado, como se infere do preceito estatuído no artigo 29 do diploma consolidado, que dispõe textualmente no sentido de que o empregador deverá anotar, especificamente (ressalte-se), a data de admissão, a remuneração e as condições especiais, se houver.

As decisões judiciais costumam condenar o empregador a anotar ou retificar e não a aludir as razões da anotação/retificação, até porque, absolutamente desnecessárias para qualquer finalidade, senão a de prejudicar o empregado.

Não há margem para que o empregador faça alusão à existência de ação trabalhista, como não há margem para que insira no documento profissional quaisquer informações desairosas, v.g. suspensões, motivo da dispensa etc. Nem poderia ser de outra forma, porque a CTPS retrata a personalidade, em algum grau, a personalidade do trabalhador (interpretando-se, neste sentido, contratos curtos como sinal de instabilidade).

Poder-se-ia, neste ponto, afirmar-se que, se a anotação fosse precedida pela Secretaria do Juízo do Trabalho resultaria em igual lesão, mas assim não é: primeiro porque o empregador não pode ser equiparado ao Poder Público, nem exerce função pública; depois, porque também a anotação pela Secretaria da Vara não deveria fazer qualquer referência quanto à origem (judicial) da determinação ou até ao cargo judiciário do servidor que executou a ordem. Se deve proceder a anotação e não apor qualquer carimbo ou sinal que indique sua origem judicial, sem prejuízo de, nos autos, lançar todos os termos e certidões que indiquem esta situação.

A jurisprudência nesse sentido não pouca, como se vê dos seguintes arestos:

DANO MORAL. ANOTAÇÃO DELIBERADA DO EMPREGADOR DE RECLAMAÇÃO TRABALHISTA NA CTPS DO EMPREGADO. A Consolidação das Leis do Trabalho conferiu especial atenção à Carteira de Trabalho, dedicando-lhe capítulo inteiro, em um de cujos artigos prescreveu que "é vedado ao empregador efetuar anotações desabonadoras à conduta do empregado em sua Carteira de Trabalho e Previdência Social". Ainda que a referência à reclamação trabalhista ajuizada pelo empregado não seja entendida como a anotação desabonadora a que se refere a lei, é indubitoso que, numa sociedade na qual se sabe circular "listas negras de trabalhadores" em época de inegável escassez de empregos, a observação inscrita numa Carteira de Trabalho deixa de ter uma conotação de mera notícia para assumir uma outra e nefasta perspectiva: a de registro de contra-indicação do seu portador. Ainda mais quando essa anotação não decorre de determinação judicial, é feita deliberadamente pelo empregador e não contém nenhuma informação que seja absolutamente necessária para o registro da vida profissional do empregado e que assim a tornasse justificável. Essa conduta tem nítida intenção de frustrar ao trabalhador nova colocação no mercado de trabalho e possui o caráter ilícito que dá

ensejo à reparação por danos morais.<sup>6</sup>

**ANOTAÇÃO DA CTPS. OBRIGAÇÃO DE FAZER DE RESPONSABILIDADE DO EMPREGADOR.** Embora tenha previsão legal a determinação constante da decisão de origem no sentido de que a retificação da CTPS do autor deverá ser feita pela Secretaria da Vara, tal disposição deve ser aplicada apenas nos casos de desconhecimento quanto ao local em que se encontra o empregador ou quando este não tem endereço certo. É que se trata de obrigação típica daquele que figura como parte na relação de emprego, não podendo ser transferido o seu cumprimento para Secretaria da Vara, [b:ea381a9856]até mesmo porque não se pode desconsiderar que tal determinação poderá "marcar" o trabalhador, especialmente em época de "listas negras/[b:ea381a9856]". Assim, em se tratando de obrigação de fazer, impõe-se o arbitramento de multa para garantir o seu cumprimento, na forma preconizada no artigo 461/CPC, de aplicação subsidiária no processo do trabalho.<sup>7</sup>

**DANO MORAL. LISTA NEGRA. ELABORAÇÃO E DIVULGAÇÃO. PROVA DO PREJUÍZO. DESNECESSIDADE.** 1. [b:cae430e97e] A elaboração e divulgação de lista negra relacionando trabalhadores que ajuizaram ação trabalhista e recomendando a não contratação dos mesmos é conduta gravíssima, que atenta contra a ordem constitucional, afronta o Poder Judiciário e desconsidera a dignidade humana. 2. Os trabalhadores relacionados na referida lista fazem jus à indenização por dano moral, ainda que tenham conseguido colocação no mercado de trabalho e não tenham provado prejuízo material. 3. Na concepção moderna do ressarcimento por dano moral, prevalece a responsabilização do agente por força do simples fato da violação, de modo a tornar-se desnecessária a prova do prejuízo em concreto, ao contrário do que se dá quanto ao dano material. (STJ, 4a Turma, RE 2003/0101743-2; Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha).<sup>8</sup>

**DANO MORAL. EMPREGADOR QUE, AO PROCEDER À ANOTAÇÃO DA CARTEIRA DE TRABALHO DO EMPREGADO, FAZ ALUSÃO EXPRESSA À RECLAMAÇÃO TRABALHISTA POR ESTE ANTERIORMENTE AJUIZADA.** Mostra-se passível de configurar o dano de ordem moral a atitude do ex-empregador que, ao proceder à anotação da CTPS do empregado, determinada por meio de decisão judicial, faz alusão expressa à reclamação trabalhista por este ajuizada. Constatam-se facilmente os prejuízos sofridos pelo empregado, mormente se considerarmos a situação econômica dos dias atuais, em que o emprego formal torna-se cada vez mais escasso, sendo de conhecimento geral que as empresas adotam como critério de seleção a verificação de ajuizamento de reclamação trabalhista anterior pelo candidato ao emprego, em conduta evidentemente discriminatória, que também merece ser punida na esfera própria. A atitude do empregador denota, no mínimo, negligência, não prosperando a sua escusa no sentido de que, se as anotações fossem procedidas pelo serventuário da Justiça, haveria inevitável alusão à reclamação trabalhista ajuizada pelo empregado. Ora, esta circunstância não exime o empregador da sua culpa, valendo ressaltar que a prerrogativa de que se vale o serventuário da Justiça no exercício das suas atribuições não se estende ao particular.<sup>9</sup>

Decorre pois da anotação alusiva à ação trabalhista dano ao empregado, dano

6 TRT-MG, Processo RO- 00577-2003-082-00-7, 5<sup>a</sup> Turma, Decisão em 03.02.04.

7 TRT-MG, Processo n. RO - 00781-2002-027-03-00, Decisão em 25.10.2002, 7<sup>a</sup> Turma, DJMG 12.11.02, p. 15.

8 TRT-MS, Processo n. RO-1671-2003-002-24-00, Tribunal Pleno, Decisão em 05.12.004, DJMS 02.06.04, n. 6258, p. 42.

9 TRT-MG, **RO - 5895/01**, **Data de Publicação** 27/06/2001 DJMG Página: 0 **Órgão Julgador** Segunda Turma **Relator** Alice Monteiro de Barros, Recorrente: BENEDITO PAULINO DA SILVA, Recorrida: COOPERATIVA AGRO PECUÁRIA DE JACUTINGA LTDA.

moral e também material (por exemplo, a perda de um emprego específico ou de uma oportunidade de recolocação no mercado de trabalho).

Na fixação da indenização por dano moral ou material decorrente de fato o juiz deverá apreciar quais as perdas específicas do empregado lesado, em todos os aspectos de sua vida, sejam profissionais, familiares ou sociais”<sup>10</sup>, mormente o grau de redução de sua capacidade de recolocação do mercado, salvo ocultação do próprio vínculo anterior (para o que se exigiria a apresentação da CTPS maculada).

Não se pode olvidar ainda, que neste caso, o **bem jurídico atingido** pela falta de observância da vedação às anotações desairosas é a integridade psíquica do empregado, abalada pelo temor justificado de não-colocação no mercado de trabalho, bem como, da descrença no próprio sistema judiciário que lhe pediria como contrapartida do exercício do direito de petição, o próprio alijamento potencial do mercado de trabalho.

A anotação desairosa visa, ao menos presumivelmente, obter **repercussão social** para o fato do empregado ter proposto ação trabalhista. A repercussão social do ato ilícito agrava o dano quando este atinge a honra, o nome, o que é o caso, mais especificamente o bom-nome profissional, o que levar à ampliação do patamar original da condenação.

A condição econômica da vítima não deve ser considerada como critérios de fixação do dano moral, a não ser que o ato ilícito tenha relação direta com tal circunstância, ou que esta agrave as conseqüências do dano. Isso porque a reparação dos danos morais tem por suporte a Dignidade da Pessoa Humana (CRFB, art. 1º, III), que a todos é atribuída igualmente. A extensão dos danos morais sofridos pelo empregado não seria diferente caso ele tivesse rendimento maior ou menor. Entretanto, é evidente que a eventual ausência de colocação redundaria em danos materiais também estes indenizáveis.

Assim, conclui-se que o empregador não poderá, em hipótese alguma, fazer qualquer referência ao fato de que anotação na CTPS do empregado derivou de determinação judicial, pena de responder pelo ressarcimento dos danos morais e materiais. As próprias Secretarias dos Juízos Trabalhistas não devem fazer qualquer referência a este fato, sob pena da Fazenda Pública arcar com indenizações pelo mesmo motivo; deve-se assim, priorizar a realização da anotação pelo ex-empregador, mormente pela imposição de multas diárias etc. e, quando infrutíferas as tentativas do cumprimento da obrigação de fazer, substituí-las por ato do Cartório, mas sem qualquer menção do fato no documento.

---

10 BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. Ob. cit., p. 198.

## A PROVA DA DISCRIMINAÇÃO POR MEIO DA ESTATÍSTICA

Maurício Correia de Mello<sup>1</sup>

### 1 - A difícil, mas não impossível, prova da discriminação

Consolidados, no plano formal, os princípios da igualdade de tratamento e da proibição da discriminação, é preciso torná-los efetivos. Com esta finalidade, muitas ações, propostas tanto individualmente quanto pelo Ministério Público, foram apresentadas ao Judiciário. Entretanto, ficou logo evidente a dificuldade de produção da prova da discriminação. Este problema agravou-se com a prática da discriminação indireta, assim definida pela Comunidade Européia:

“Considera-se que existe discriminação indirecta sempre que uma disposição, critério ou prática aparentemente neutra coloque pessoas de uma dada origem racial ou étnica numa situação de desvantagem comparativamente com outras pessoas, a não ser que essa disposição, critério ou prática seja objectivamente justificada por um objectivo legítimo e que os meios utilizados para o alcançar sejam adequados e necessários.”<sup>2</sup>

É evidente que o empregador tem o direito de selecionar seus empregados, mas sem critérios discriminatórios. Basta, contudo, o empregador não declarar a sua intenção discriminatória, adotando “critérios ou práticas aparentemente neutros” para tornar a prova mais difícil. Todavia, a dificuldade da prova não é o mesmo que a sua impossibilidade. Serão necessários meios não usuais para esta prova, dentro, evidentemente, do campo da licitude. Assim, para a situação de discriminação indireta, deverão ser utilizados meios indiretos de prova. Um destes meios, em especial para empresas com grande número de empregados, é verificar se a composição do quadro de pessoal é compatível com a diversidade étnica ou de gênero da população da localidade onde a empresa está instalada. Para se conhecer a realidade desta diversidade, o melhor instrumento disponível são as informações estatísticas. Mas a estatística é uma ciência confiável ou a incerteza que lhe é inerente torna-a incompatível com o processo judicial?

### 2 - A origem da Ciência da Estatística

“Deus não joga dados!”<sup>3</sup> Esta é a expressão atribuída à Albert Einstein ao tomar conhecimento das implicações da nova teoria que ele mesmo ajudara a construir, a física quântica. Depois disso, Einstein elaborou inúmeros “experimentos mentais”, tentando desmontar os alicerces que fundamentavam a física quântica. Jamais conseguiu. Mas afinal, ao que reagia Albert Einstein? Reagia a um modo de pensar, uma tradição que atingiu seu auge durante a época do outro maior físico da história, Isaac Newton. Este modo de pensar buscava um controle preciso do futuro, ou pelo menos de como este futuro aconteceria. O sucesso das idéias de Newton e outras teorias científicas levaram à idéia do determinismo científico, expressa pela primeira vez no início do século XIX pelo cientista francês marquês de Laplace. Laplace afirmou que, se conhecêssemos as posições e velocidades de todas as partículas do universo em determinado momento, as leis da física deveriam permitir que prevíssemos o estado do universo em qualquer outro momento do passado ou do futuro.<sup>4</sup>

É claro que as coisas não são tão fáceis como supunha Laplace. Mesmo as teorias de Newton tornam-se extremamente complexas quando se trata da interseção entre

1 Procurador Regional do Trabalho

2 DIRECTIVA 2000/43/EC

3 MOURÃO, Ronaldo Rogério de Freitas. *Explicando a Teoria da Relatividade*. Ediouro 2005. São Paulo. p. 253

4 HAWKING, Stephen. *O Universo numa Casca de Noz*. Mandarin 2002. São Paulo. p. 104

mais que dois corpos no espaço. Isto é o que ocorre no sistema solar, em que a órbita da Lua influencia a da Terra que influencia a de Vênus, e assim sucessivamente, fazendo com que sequer as elipses descritas nas órbitas sejam perfeitas. Com razoável esforço computacional é possível prever, grosseiramente, os movimentos dos cerca de 50 corpos celestes que compõem o sistema solar.<sup>5</sup> Mas a complexidade que resulta da interação entre três ou mais corpos dificulta astronomicamente o cálculo de seus movimentos. Diante disso Ian Stewart comenta:

“Ocorre que um miligrama de gás contém cerca de cem trilhões de partículas. Só para *escrever* as equações de movimento correspondentes seria preciso um papel do tamanho comparável ao da área compreendida pela órbita da Lua. Pensar seriamente em resolvê-la é ridículo.”

Somente isso já seria suficiente para desanimar Laplace. Mas ainda surge outro complicador. Werner Heisenberg formulou, nos anos 20, o “princípio da incerteza” segundo o qual é impossível determinar simultaneamente a posição exata e o momento de uma partícula. Não se pretende aqui avançar nos conhecimentos de física quântica, um contra-intuitivo e árido ramo da ciência. O que importa saber é que “em virtude desses princípios, o universo obedece a modelos matemáticos precisos e rigorosos que só podem ser determinados por probabilidade de ocorrência em um futuro possível. Este futuro não é, portanto, forçosamente aquele que vai ocorrer.”<sup>6</sup> Essa realidade filosófica é que perturbava Einstein, pois neste modelo não há certeza absoluta, mas probabilidade. Como iríamos sequer começar a fazer previsões se o princípio da incerteza nos impede de conhecer as posições e velocidades ao mesmo tempo? Por melhor que seja nosso computador, ele não chegará a lugar nenhum se os dados que o alimentarem forem ruins.

Mas a incerteza inerente à física quântica não foi obstáculo para o seu desenvolvimento. Essa teoria constitui a infra-estrutura do atual desenvolvimento da química moderna, da biologia molecular e da eletrônica e é a base de quase todas as tecnologias que transformaram o mundo na segunda metade do século XX. Um computador ou um telefone celular não existiriam sem a física quântica e, ainda que indiretamente, sem um dos elementos principais da estatística, a probabilidade em substituição à certeza.

Não somente a física quântica é baseada na probabilidade. Mesmo o movimento das partículas que compõem os gases, no exemplo desanimador acima citado, pode ter uma abordagem científica mais razoável do que aquela mencionada. É o próprio Ian Stewart quem observa:

“Ainda que as minúcias da complexidade de grande número de partículas fossem inimagináveis, era possível avançar tendo em mira metas mais realistas. Os experimentos sugerem que, a despeito da complexidade, os gases se comportam de uma maneira bastante regular. Se é impossível conhecer em detalhes o comportamento de grandes sistemas, não poderíamos descobrir regularidade no comportamento comum, médio? A resposta é 'sim', e a matemática para isso é a teoria da probabilidade e a sua prima aplicada, a **estatística**.”

Segundo Stewart<sup>7</sup>, a teoria da probabilidade originou-se num terreno eminentemente prático: o jogo. Isso talvez explique a que Einstein estava se referindo quando afirmou que “Deus não joga dados”. A probabilidade estava inexoravelmente ligada aos jogos de azar. Embora nem todas as técnicas utilizadas pelos jogadores sejam científicas, todos os jogadores profissionais sabem que o jogo obedece a padrões regulares. Sorteios absolutamente independentes parecem, assim, estar ligados. Não estão, de fato, mas parecem estar. Um exemplo simples é o jogo da cara e coroa. Se jogarmos mil vezes uma moeda para

5 STEWART, Ian. *A Nova Matemática do Caos*. Jorge Zahar Editor. 1991. São Paulo. p. 52

6 MOURÃO, Ronaldo Rogerio de Freitas. Ob. Cit. p. 249

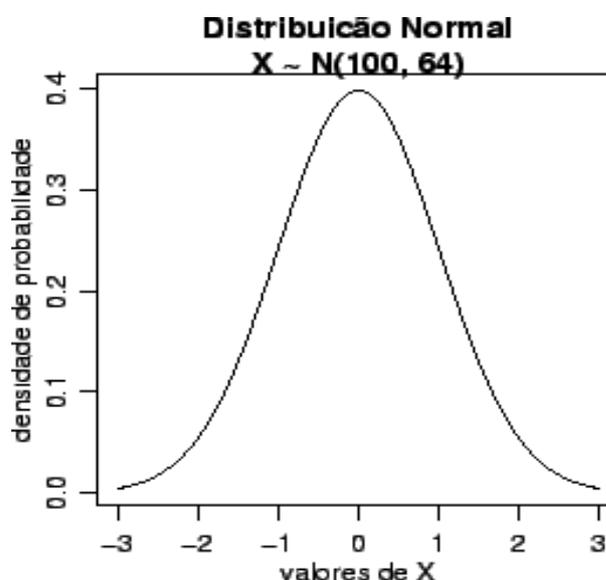
7 STEWART, Ian. Ob. Cit. p. 52.

cima, ela exibirá em torno de 50% (ou, em números absolutos, quinhentas vezes) cada face. Assim, embora não se possa saber qual será a próxima face exibida em cada jogada, sabe-se que jamais será exibida desproporcionalmente mais uma face que a outra. E quanto mais vezes a moeda for jogada, menor o erro percentual. Ocorre que não precisamos jogar a moeda mil vezes para conhecer o resultado de 50%. Basta verificarmos que existem dois resultados possíveis, ou seja,  $\frac{1}{2}$  dos resultados possíveis são para cara,  $\frac{1}{2}$  para coroa. Em resumo, é possível fazer uma previsão do resultado, sem jogar a moeda para cima sequer uma única vez. Embora básicos, estes são princípios reais, que têm utilidade prática.

É interessante lembrar que hoje parece intuitivo saber de antemão que o resultado será de 50% para cada face da moeda. Mas sem o desenvolvimento da ciência da Estatística, e sua divulgação e assimilação, seria intuitivo pensar que a cada jogada da moeda, cara ou coroa, seriam igualmente possíveis e uma jogada não influenciaria a outra (e não influencia mesmo, a ilusão é criada pela igual probabilidade de ambos os resultados), de maneira que o resultado final poderia ser 50%, 60% ou 70% de resultado coroa, por exemplo. A falta de coerência no resultado seria mais intuitivo do que imaginar que há uma relação entre as moedas jogadas em seqüência e que as moedas não são livres para cair em cara ou em coroa, devendo respeitar, numa seqüência de jogadas, a proporcionalidade de 50% para cada face. Porém, muitos outros princípios da teoria da probabilidade, por serem menos conhecidos, ainda são contra-intuitivos.

Em 1657 foi publicado o primeiro livro inteiramente dedicado à teoria da probabilidade: “Sobre o raciocínio em jogos de azar”, de Christian Huygens. Curiosamente, não é outro senão o já mencionado Laplace quem publica em 1812 o livro “Teoria Analítica das Probabilidades”. Mas o lado prático da teoria da probabilidade, como já disse Steawart, é a estatística:

“O traço mais notável no desenvolvimento desta última área é que tanto as ciências exatas quanto as sociais desempenharam papéis decisivos nele, intercambiando muitas vezes importantes idéias e métodos. (...) Grande parte da estatística gira em torno da chamada *distribuição normal* (fig. 1).



“Esta é uma curva em forma de sino que reproduz com muita precisão as proporções de uma população que tem determinada característica. Por exemplo, se tomarmos aleatoriamente mil homens da população da Mongólia Exterior, e traçarmos um gráfico que indique quantos deles têm determinada altura em centímetros, este se assemelhará muito à curva em forma de sino na distribuição

normal. A mesma coisa acontecerá se tomarmos a envergadura das asas de uma população de patos, a capacidade de escavar de uma população de toupeiras, os tamanhos dos dentes do tubarão, ou o número de pintas dos leopardos.

“A distribuição normal, que foi de início chamada a *lei do erro*, surgiu do trabalho de astrônomos e matemáticos do século XVII que, ao tentar calcular as órbitas de corpos celestes, eram obrigados a considerar o efeito do erro de observação. A lei do erro mostra como valores observados se agrupam em torno de sua média, e fornece estimativas para as probabilidades de um erro de determinada monta.”

Steawart informa que o conceito de distribuição normal foi importado para as ciências sociais por Adolphe Qhetelet, que aplicou o método em tudo que pôde pensar: medidas do corpo humano, casamento, crime, suicídio. Embora Qhetelet tenha sido excessivo nas suas conclusões, chegando a publicar um livro intitulado “Mecânica Social” em paralelo com a *Mecânica Celeste* de Laplace, o uso da estatística nas ciências sociais consagrou-se com o passar dos anos. Conclusões decorrentes da estatística foram extraídas já no século XIX. Uma das idéias, intrigante, é a de *regressão*, comprovada por experimentos. Segundo esta idéia, filhos de pais altos são, em média, mais baixos; os filhos de pais baixos são, em média, mais altos. Isto não impede que os filhos de pais altos sejam mais altos que os filhos dos pais baixos – a altura da prole é apenas ligeiramente descolada em relação à média. Desta constatação surgiu o método da *análise regressiva*, capaz de deduzir tendências subjacentes a partir de dados aleatórios.

### 3 - A importância da Estatística

A estatística, portanto, não substituiu os postulados da ciência clássica, da tradição de Newton. Como afirma Steawart<sup>8</sup>, as leis estatísticas e os postulados clássicos da matemática e da física trazem “duas maneiras de ver o mundo. Duas ideologias matemáticas, cada uma se aplicando apenas à própria esfera de influência. Determinismo para sistemas simples, com poucos graus de liberdade; estatística para sistemas complexos, com muitos graus de liberdade.”

Para ilustrar a convivência pacífica entre estas duas visões de mundo, podemos mencionar a viagem do homem à lua. Esta não teria acontecido sem as Leis e equações de Newton para calcular a trajetória da nave Apolo. Mas a viagem também não teria acontecido sem as leis estatísticas que permitiram calcular o comportamento dos gases escaldantes que saíam dos motores do foguete.

O Professor Raul Yukihito Matsushita<sup>9</sup>, da Universidade de Brasília, assim resume e define a estatística:

“Ao longo do século XX, os métodos estatísticos foram desenvolvidos como uma mistura de ciência, tecnologia e lógica para a solução e investigação de problemas em várias áreas do conhecimento humano (Stigler, 1986). Ela foi reconhecida como um campo da ciência neste período, mas sua história tem início bem anterior a 1900.

“A estatística moderna é uma tecnologia quantitativa para a ciência experimental e observacional que permite avaliar e estudar as incertezas e os seus efeitos no planejamento e interpretação de experiências e de observações de fenômenos da natureza e da sociedade.

A estatística não é uma caixa-preta, nem bola de cristal, nem mágica. Tampouco é um conjunto de técnicas úteis para algumas áreas isoladas ou restritas da ciência. Por exemplo, ao contrário do que alguns imaginam, a estatística não é um ramo da matemática onde se investigam os processos de obtenção, organização e análise de dados sobre uma determinada população. A estatística também não se limita a um conjunto de elementos numéricos relativos a um fato social, nem a números,

8 STEWART, Ian. Ob. Cit. p. 63

9 <http://www.unb.br/ie/est/complementar/estatistica.htm>. Acessado em 17.01.2007

tabelas e gráficos usados para o resumo, a organização e apresentação dos dados de uma pesquisa, embora este seja um aspecto da estatística que pode ser facilmente percebido no cotidiano (basta abrir os jornais e revistas para ver o “bombardeio” de estatísticas). Ela é uma ciência multidisciplinar: um mesmo programa de computador que permite a análise estatística de dados de um físico poderia também ser usado por um economista, agrônomo, químico, geólogo, matemático, biólogo, sociólogo, psicólogo e cientista político. Mesmo que as interpretações destas análises sejam diferentes por causa das diferenças entre as áreas de conhecimento, os conceitos empregados, as limitações técnicas e as conseqüências dessas interpretações são essencialmente as mesmas.

“Segundo Rao (1999), a estatística é uma ciência que estuda a pesquisa sobre: o levantamento de dados com a máxima quantidade de informação possível para um dado custo; o processamento de dados para a quantificação da quantidade de incerteza existente na resposta para um determinado problema; a tomada de decisões sob condições de incerteza, sob o menor risco possível. Finalmente, a estatística tem sido utilizada na pesquisa científica, para a otimização de recursos econômicos, para o aumento de qualidade e produtividade, na otimização em análise de decisões, em questões judiciais, previsões e em muitas outras áreas.”

A medicina é uma área que se beneficiou especialmente da estatística. Conforme conferência da Professora Ângela Tavares Paes, do Instituto Dante Pazzanese de Cardiologia, em São Paulo, “estimulada pelos desafios das ciências da saúde, a estatística respondeu tão vigorosamente que uma nova disciplina, a **bioestatística**, emergiu em seu meio, organizando um referencial teórico próprio e gerando uma grande variedade de conceitos, métodos e técnicas de análise”<sup>10</sup>. A bioestatística é útil para conclusões como qual é o procedimento cirúrgico que tem o menor tempo médio de recuperação, qual é a relação entre doenças cardiovasculares e a hipertensão, entre tantas outras situações a ser avaliadas pelos médicos com auxílio dos estatísticos. A bioestatística também é usada largamente pelas agências de saúde nacionais e internacionais para liberação de medicamentos ou avaliação dos seus riscos. Ou seja, a estatística fundamenta decisões que envolvem saúde ou doença, vida ou morte.

#### **4 - A estatística como meio de prova da discriminação: a necessidade de decisão e a inevitável incerteza.**

O Juiz do Trabalho, Brasilino Santos Ramos, em sua declaração de voto, lançada durante o julgamento de uma das Ações Cíveis Públicas propostas pelo Ministério Público do Trabalho contra estabelecimentos bancários que praticariam, ainda que indiretamente, discriminação contra negros e mulheres<sup>11</sup>, levanta a possibilidade de que haja algum tipo de preconceito contra a própria ciência da estatística:

“Ademais, não poderia deixar de registrar a inquietante reflexão no sentido de que a estatística é boa ciência para a física, para as ciências sociais, para a medicina, para as viagens espaciais, para o desenvolvimento da informática e outras maravilhas da tecnologia. Mas será ela boa o suficiente para a área jurídica? O que tornaria a área jurídica tão especial para estar excluída dos benefícios da estatística? Porque pode fundamentar decisões de vida ou morte, mas não poderia fundamentar decisões sobre discriminação no ambiente de trabalho, por exemplo? Haveria, se a resposta for no sentido de a estatística não servir de prova na área jurídica, algum preconceito contra a própria ciência da estatística?”

Tal preconceito, se existente, é totalmente injustificado. Apenas para demonstrar que em outros países a estatística é reconhecida como um dos mais eficazes meios de demonstrar a ocorrência de discriminação, em especial a discriminação indireta,

<sup>10</sup> <http://www.scielo.br>, acessado em 15.01.2007

<sup>11</sup> Proc. Nº TRT 00943-2005-015-10-00-0 – RO, ocorrido em 13.02.2008 e publicado em 14.03.2008, relator Juiz Alexandre Nery de Oliveira, 2ª Turma

menciono a norma da Comunidade Européia sobre promoção da igualdade (DIRECTIVA 2000/43/CE, de 29 de Junho de 2000, que aplica o princípio da igualdade de tratamento entre as pessoas, sem distinção de origem racial ou étnica):

“A apreciação dos factos dos quais se pode deduzir que houve discriminação directa ou indirecta é da competência dos órgãos judiciais, ou outros órgãos competentes, a nível nacional, de acordo com as normas ou a prática do direito nacional. Essas normas podem prever, em especial, que a determinação da discriminação indirecta se possa fazer por quaisquer meios de prova, incluindo os estatísticos.”

O fato de não existir em nosso país nenhuma orientação expressa neste sentido não impede que a estatística também seja usada aqui como meio de prova pois, evidentemente, as estatísticas produzidas pelos órgãos oficiais são idôneas e não há ilicitude na sua utilização. O Código de Processo Civil menciona alguns meios de provas, mas não esgota a lista de possibilidades. Não é demais dizer que no nosso sistema jurídico o Juiz tem bastante liberdade para apreciação das provas, atribuindo a cada uma delas o valor que entender devido, subjetivamente. A aplicação da própria experiência pessoal do juiz é expressamente autorizada, conforme disposto no Código de Processo Civil:

“Art. 335. Em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comum ministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras da experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial.”

A autorização legal para que a estatística seja utilizada como meio de prova é defendida com brilhantismo na declaração de voto acima referida:

“Sem embargo, especificamente quanto ao uso da estatística como instrumento de prova, vale dizer que, em direito, regra geral, são admitidas todos os tipos legais e moralmente legítimos de prova, ainda que não especificados na lei (artigo 332 do CPC). Não há, por conseguinte, óbice para a utilização da estatística - ciência multidisciplinar amplamente reconhecida, inclusive no Direito, sobretudo no processo coletivo, que, em muitos aspectos, se contrapõe à teoria geral do Direito Processual histórica e tradicionalmente enfocada sob uma ótica eminentemente individualista. Mais ainda no processo coletivo na qual se discute discriminação nas relações do trabalho, quando a prova cabal e direta é muito difícil e na maioria das vezes impossível.”

Mais adiante, Brasilino Santos Ramos defende que a estatística deve ser considerada, no mínimo, como prova indiciária:

“Nos autos, as estatísticas apontadas devem ser minimamente consideradas como prova indiciária (que é mais que um simples indício), a partir da qual se pode chegar a um juízo de convencimento, por presunção judicial, que vem das regras de experiência. Que regras de experiência seriam essas? Que negros, mulheres e pessoas com mais idade são freqüentemente discriminadas no mercado de trabalho brasileiro, como demonstram todas as evidências do nosso cotidiano, inclusive por meio de reiteradas pesquisas dos nossos órgãos oficiais e organizações internacionais, como a OIT e o PNUD (Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento), por exemplo, o que inclusive já levou o Estado brasileiro a admitir, perante a OIT, a existência de discriminação nas relações de trabalho no Brasil.”

Um argumento técnico contrário à utilização da estatística com a finalidade de prova judicial é no sentido de que, para que o quadro de funcionários de uma grande empresa refletisse a estrutura populacional do país ou da localidade onde funciona a empresa, sua formação deveria se dar de maneira aleatória, ou caoticamente, de modo complexo, na linguagem técnica. Como jogar a moeda para cima. Mas a formação do quadro de pessoal segue um processo seletivo e, portanto, não aleatório. Ainda segundo o exemplo do jogo de cara ou coroa, aqui o jogador escolheria quando seria cara ou quando seria coroa e o resultado não seria, necessariamente, de 50% para cada face. Portanto, o processo de

seleção faria com que o quadro de pessoal não refletisse a composição populacional. Em outras palavras, ainda segundo este raciocínio, o quadro de pessoal de uma empresa não poderia ser considerada uma amostra da população, assim considerada um subconjunto representativo de uma dada população<sup>12</sup>. Mas este é exatamente o ponto.

Tomemos, desta vez, um jogo de dados como exemplo. São seis faces, numeradas de um a seis. São portanto seis probabilidades de resultado. Se o dado for lançado muitas vezes, espera-se um resultado de 1/6 ou 16,66% para cada face. Se houver um processo seletivo, em que apenas os números pares serão, a critério pessoal do jogador, considerados, o resultado não será, necessariamente, de 1/6 para cada face. Mas se quatro faces (de um a quatro) forem pintadas de azul e duas (cinco e seis) de vermelho, a cor de cada face não deveria influenciar o resultado quanto ao número selecionado, a não ser que a cor fosse considerada para a seleção. Por outro lado, saberemos que a probabilidade de ser selecionada involuntariamente uma face de cor azul será duas vezes maior do que a de cor vermelha. Ou a cor azul terá 66,66% de probabilidade de ser selecionada e a cor vermelha terá 33,33% de probabilidade. Observe-se que tanto os números pares quanto os ímpares ocorrem nas duas cores. Se o resultado for diferente do esperado conclui-se que está havendo uma propensão para números par com determinada cor, o que não era de se esperar, já que o critério era apenas ser número par, independente da cor.

Da mesma forma, a etnia ou gênero do candidato ao emprego não podem ser critério de seleção, não podem ser considerados pelo selecionador. Quanto a estas características, deveria haver, usando novamente a expressão técnica, uma distribuição aleatória ou caótica de modo complexo. Se isso não acontece é porque, de alguma forma, a etnia ou o gênero estão sendo considerados. Se a discrepância reflete um problema educacional ou social e, portanto, não decorre do processo de seleção em si, é uma discussão fática a ser travada no processo de conhecimento. Deve ser provado por quem alega. De qualquer forma, ainda que a discrepância não seja diretamente causada por ato da empresa, a empresa pode e deve agir de forma a minorá-la, cumprindo o ordenamento constitucional de promoção da igualdade de tratamento, o que é responsabilidade de todos e de cada um.

A precisão do dado estatístico depende da forma pela qual as informações são coletadas. Mas sempre haverá uma margem de erro, que pode e deve ser quantificada. O ideal é que o processo de coleta dos dados seja tal que leve à menor margem de erro. A existência desta margem de erro, contudo, não desqualifica ou impede o uso da estatística como prova. Pode-se, mais uma vez, usar a bioestatística como exemplo. A administração experimental de uma substância química utilizada como medicamento deve ser acompanhada no maior número possível e razoável de pessoas. Digamos que este número seja vinte mil pessoas. Se apenas duas pessoas apresentarem efeitos colaterais graves atribuíveis à substância, pode-se afirmar que esta é segura para, pelo menos, 99,999% das pessoas. Esta porcentagem pode ser extrapolada para a população em geral, mas é preciso calcular e considerar a margem de erro. Considerando-se a margem de erro, cientificamente estabelecida, chega-se, por exemplo, à conclusão de que o novo medicamento é seguro para 98% da população. Este será o percentual que orientará a decisão das autoridades da área de saúde. Pode haver falhas nesta previsão, pela incorreção na metodologia da pesquisa, ou por fatores desconhecidos, por exemplo, a interação da nova substância com alguma outra substância desconhecida pelos pesquisadores, eventualmente presente na alimentação de determinada população. Mas a falha não está na estatística.

Da mesma maneira, as alegações de ocorrência de discriminação, em eventual Ação Civil Pública, podem estar fundamentadas em informações estatísticas que contenham

---

12 DORIA FILHO, Ulysses. *Introdução à Bioestatística*. Negócio Editora, 1999. São Paulo. pág. 17.

margem de erro superior ao admissível, ou podem ser baseadas em informações errôneas, ou podem conter impropriedades, mas nada disso desqualifica a estatística como meio de prova. São matérias de defesa, a serem sustentadas por quem quer se defender, e precisam ser provadas por quem alega.

É preciso frisar que não são os estatísticos que dão a palavra final sobre o que será feito a partir dos dados obtidos. Com base nas estatísticas, um remédio pode ser liberado para uso, políticas públicas podem ser adotadas pelo Estado ou uma decisão judicial poderá ser tomada. Mas a responsabilidade pela decisão será sempre da autoridade competente. Qualquer prova será sempre insegura, até certo ponto. A tentativa no processo judicial, como em qualquer outro processo decisório, é adotar a melhor decisão possível, com base na realidade conhecida, que deve estar o mais próximo possível da verdade absoluta, mas não a substitui. A verdade processual será sempre o equivalente possível da verdade real, com maior ou menor proximidade pelas circunstâncias do caso. Sejam as provas testemunhais, documentais ou científicas (balística, estatística, biológica, matemática, antropológica, sociológica ou qualquer outra área do conhecimento), sempre haverá uma parcela de incerteza, o que não pode impedir a tomada de decisões.

Portanto, a utilização da ciência da Estatística e dos dados por ela obtidos como meios de prova de discriminação indireta é permitida pelo nosso ordenamento jurídico. Mais que isso, é recomendável, de forma a tornar efetivo o secular princípio da igualdade. Caso contrário, continuaremos contemplando a discriminação acontecer debaixo de nossos olhos, julgando-a um problema complexo demais para se tomar alguma medida prática. A questão da discriminação pode ser bem mais simples do que parece, bastando para ao menos minorá-la uma mudança de enfoque jurídico-científico.

## O DISSÍDIO COLETIVO À LUZ DA EMENDA CONSTITUCIONAL 45/04

**Ives Gandra da Silva Martins Filho<sup>1</sup>**

Os dissídios coletivos sofreram substancial transformação por ocasião da promulgação da Emenda Constitucional 45/04. A exigência do comum acordo para o seu ajuizamento não representou, como pretendem alguns, mera adição de pressuposto processual para seu ajuizamento. Esse eufemismo visa a encobrir uma realidade inegável e contundente: a redução do Poder Normativo da Justiça do Trabalho pela referida emenda constitucional.

Se, a partir da nova redação do § 2º do art. 114 da CF, o comum acordo entre as partes em litígio passou a ser condição para o exercício do direito de ação coletiva, a Justiça do Trabalho transformou-se em instância de eleição das partes para composição do conflito coletivo de trabalho. E a natureza jurídica do foro de eleição é, inegavelmente, a de juízo arbitral. Esta idéia é compartilhada por Marcos Neves Fava (“O esmorecimento do Poder Normativo – Análise de um Aspecto Restritivo da Ampliação da Competência da Justiça do Trabalho”, in: “Nova Competência da Justiça do Trabalho”, São Paulo: LTr, 2005, p. 285), que utiliza o termo “arbitragem pública”, e Walter Wiliam Ripper, por entender que, se as partes não se dirigirem à arbitragem privada, uma vez esgotada a negociação coletiva, poderão optar pela “arbitragem judicial”, procedida dentro dos novos limites constitucionais da Justiça do Trabalho.

A Seção de Dissídios Coletivos do TST, negando tal realidade insofismável, afasta qualquer similaridade do novo dissídio coletivo com a arbitragem, ao argumento de que não haveria compromisso arbitral e irrecorribilidade das sentenças normativas, o que não afasta a conclusão de que, na atualidade, o dissídio coletivo guarde contornos semelhantes à arbitragem. Nesse sentido, na esteira dos §§ 1º e 2º do art. 114 da CF, a seqüência natural para composição dos dissídios coletivos de trabalho seria a negociação coletiva, a arbitragem privada e a “arbitragem estatal”, exercida pela Justiça do Trabalho.

Com a mudança constitucional em sede de exercício de Poder Normativo da Justiça do Trabalho, a SDC do TST passou a flexibilizar a antiga rigidez dos pressupostos de constituição e desenvolvimento válido de dissídios coletivos, já que, após a exigência, pela EC 45/04, do comum acordo para ajuizamento de dissídios coletivos, a redução das ações coletivas seria natural, não justificando excesso de formalismo na apreciação dessas ações.

Nesse diapasão, mudando orientação mais formalista seguida há anos, a SDC entendeu que não se poderia exigir, para efeito de *quorum* de assembleias gerais das categorias suscitantes, o cumprimento da literalidade do art. 859 da CLT, que fala em assembleia dos trabalhadores associados ao sindicato, quando o sindicato representa toda a categoria, podendo a assembleia deixar de contar com empregados associados ao sindicato (cfr. TST-E-RODC-184/2003-000-17-00.6, Rel. Min. Ives Gandra, julgado em 13/09/07).

Em contraste, o único ponto de endurecimento da jurisprudência na admissão de dissídio coletivo ficou por conta dos dissídios propostos por categorias diferenciadas (secretárias, advogados, engenheiros, etc), que chamavam a juízo centenas de entidades empresariais e sindicais, tornando impossível qualquer negociação, acordo ou defesa efetiva.

---

1 Ministro do Tribunal Superior do Trabalho

Para esses casos, a SDC reconheceu a necessidade da presença, na assembléia, de empregados de cada um dos entes suscitados, para legitimar sua chamada a juízo, de modo a que se torne factível a tramitação do dissídio (cfr. TST-RODC-20.092/2002-000-02-00.3, Rel. Min. Ives Gandra, julgado em 08/11/07).

Por outro lado, o TST chegou ao máximo da ampliação hermenêutica do § 2º do art. 114 da CF, que não ofendesse sua literalidade: Em face do entendimento de alguns TRTs, no sentido de que a EC 45/04 não havia alterado o procedimento dos dissídios coletivos, o TST firmou o entendimento de que o comum acordo poderia ser tácito, pela não resistência patronal à instauração da instância, mas se, na contestação, o suscitado não concordasse com o dissídio, este deveria ser extinto. Apenas nos casos de o TRT ter rejeitado a preliminar de ausência de comum acordo e o suscitado-recorrente não renovasse a preliminar, é que se convalidaria a instauração do dissídio, por concordância subsequente do suscitado (TST-RODC-397/2006-000-05-00.6, Rel. Min. Barros Levenhagen, julgado em 14/06/07).

Quando da recomposição da SDC, após o preenchimento dos 10 novos cargos de ministro do TST criados pela EC 45/04, passaram a integrá-la, além dos membros da administração do Tribunal, os ministros mais novos da Corte, com o que a jurisprudência tenderá a ser progressivamente modificada. No entanto, no que diz respeito à necessidade do comum acordo, a sua exigência foi mantida (até em nome da segurança jurídica, pela pacificação jurisprudencial de vários anos), em que pese o desejo dos novos ministros de recuperar a antiga plenitude de jurisdição em matéria de dissídios coletivos.

O processo no qual se discutiu pela primeira vez a questão, com a nova composição da SDC (na qual o relator apenas trazia processo remanescente), o voto prevalente foi assim ementado:

**“DISSÍDIO COLETIVO - VIGILANTES E TRANSPORTADORES DE VALORES DO PARÁ - COMUM ACORDO ENTRE AS PARTES - PRESSUPOSTO PROCESSUAL (EC 45/04; CF, ART. 114, § 2º) - RECUSA DA SUSCITADA - EXTINÇÃO .** 1. A Emenda Constitucional 45 trouxe substancial alteração na disciplina jurídica do Processo Coletivo do Trabalho, ao exigir, para ajuizamento de dissídio coletivo, o comum acordo das partes em submeterem o conflito à Justiça do Trabalho. A clareza solar do § 2º do art. 114 da CF quanto à exigência não permite exegese que admita o dissídio por vontade unilateral do suscitante. Num regime democrático republicano de separação de poderes, não cabe ao Judiciário sobrepor-se à vontade legítima e expressa do Constituinte Derivado que, no caso, manifestou-se pela conveniência de limitação do Poder Normativo da Justiça do Trabalho, conforme anais da votação da referida emenda constitucional. 2. O TST, no limite de flexibilização hermenêutica que o art. 114, § 2º, da CF comporta, tem assentado que a EC 45/04 não reduziu o exercício do Poder Normativo da Justiça do Trabalho, mas apenas criou pressuposto processual adicional, consistente na necessidade do mútuo acordo das partes em conflito para a instauração do dissídio coletivo, excepcionadas as hipóteses de greve em serviço essencial, nas quais o Ministério Público pode suscitar isoladamente o dissídio. 3. Embora o pretendido consenso dependesse da subscrição conjunta da petição inicial do dissídio coletivo, a jurisprudência do TST, sensível ao provável desgaste do relacionamento entre as Partes numa negociação frustrada, tem admitido a hipótese de concordância tácita, de forma que apenas a recusa expressa da entidade suscitada obsta a resolução do conflito pela via judicial. 4. No caso, mostra-se inequívoco o dissentimento do Suscitado, tendo em vista que, na contestação e em outras fases do processo sempre manifestou sua discordância com o ajuizamento do dissídio e sua vontade de chegar à solução do conflito pela via negocial autônoma. 5. Assim, não merece reforma a decisão regional que acolheu a preliminar de ausência de comum acordo e extinguiu o processo, sem

resolução de mérito, nos termos do art. 267, IV, do CPC. Recurso ordinário desprovido” (TST-RODC-533/2006-000-08-00.0, Rel. Min. **Ives Gandra**, SDC, DJ de 08/02/2008).

As razões expostas, na ocasião, para refutar a pretensão de se afastar o requisito do comum acordo foram as seguintes:

“A Emenda Constitucional 45/04 erigiu como pressuposto específico de ajuizamento de dissídio coletivo perante a Justiça do Trabalho o comum acordo entre as partes (CF, art. 114, § 2º).

A vontade do constituinte derivado foi claríssima nesse sentido, conforme se pode verificar dos debates que se travaram em torno da inclusão da expressão no § 2º do art. 114 da CF, *verbis*:

“O SR. GERSON PERES (PPB). Sr. Presidente, o Partido Progressista Brasileiro tem um argumento muito simples, curtinho mesmo. O fundamento da reforma do Judiciário é aceito também na economia processual . Queremos evitar o entulho, o volume maior que sufoca a tramitação dos processos e essa expressão ajuda nisso. Não vemos nada de mais se realmente a parte, de comum acordo, encontrar solução para os seus problemas. Como também, se não houver acordo entre as partes, estaremos impedindo que uma delas prossiga na demanda. De forma que encaminhamos o voto sim . O SR. INOCÊNCIO OLIVEIRA (PFL). Sr. Presidente, discutimos com o nobre Deputado Vivaldo Barbosa, que tem a melhor das intenções. Se olharmos o início do texto, para depois dizermos que só podemos fazer isso em comum acordo, vamos forçar sempre o entendimento. Vamos fazer com que as partes cheguem ao entendimento. Caso contrário, ao retirarmos isso, vai haver tantos litígios que a demanda na Justiça vai ser tão grande que não compensaria a retirada do texto. Por isso, o PFL, para a manutenção do texto, recomenda o voto sim . O SR. RICARDO BERZOINI (PT). Sr. Presidente, quero esclarecer que uma das teses mais caras ao Partido dos Trabalhadores é a luta contra o poder normativo da Justiça do Trabalho. Acreditamos que a negociação coletiva se constrói pela vontade das partes . Ou seja, se não tivermos no processo de negociação a garantia da exaustão dos argumentos, da busca do conflito e da sua negociação, vai acontecer o que vemos em muitos movimentos hoje, particularmente em São Paulo, como o recente caso dos metroviários, em que a empresa recorre ao poder normativo antes de esgotada a capacidade de negociação. Portanto, na nossa avaliação, manter a expressão de comum acordo é uma forma de garantir que haja exaustão do processo de negociação coletiva. O Partido dos Trabalhadores vota pela manutenção da expressão, combatendo o poder normativo da Justiça do Trabalho, que hoje é um elemento de obstáculo à livre negociação coletiva” (grifos nossos).

Assim, interpretação que levasse à negação da exigência só se faria por voluntarismo jurídico, por ir contra a literalidade de expresso texto de norma constitucional, sobre cujo conteúdo cabe ao Supremo Tribunal Federal dar a última palavra, o que não condiz com o regime democrático republicano de separação dos poderes, já que o Poder Judiciário estaria se sobrepondo à vontade expressa dos representantes eleitos do povo. Essa vontade, conforme já demonstrado acima, foi precisamente a de se estimular a negociação coletiva mediante a limitação do Poder Normativo da Justiça do Trabalho.

No Direito Comparado, são raros os países que, como o Brasil, adotam formas impositivas de solução dos conflitos coletivos de trabalho , limitando-se à Austrália, Burundi, México, Nova Zelândia e Peru, já que a intervenção estatal através de jurisdição impositiva em matéria coletiva tem notórios inconvenientes: enfraquecimento da liberdade negocial, desconhecimento real das condições do setor, demora nas decisões, generalização das condições de trabalho, incompatibilidade com a democracia pluralista e representativa, e maior índice de descumprimento da norma coletiva (cfr. Ives Gandra Martins Filho , Processo Coletivo do

Trabalho , LTr 2003 São Paulo, 3ª edição, pgs. 33-39).

Idealmente, o pretendido consenso seria materializado de forma plena caso houvesse a subscrição conjunta da petição que ajuíza o dissídio coletivo na Justiça do Trabalho. Todavia, seria descabido exigir tal comportamento das Partes, uma vez que elas ainda se encontrariam abaladas em suas relações, em decorrência das extenuantes rodadas da negociação malogradas, nas quais não se obteve o consenso sobre o direito material firmado nas várias cláusulas contratuais do pacto debatido.

Assim, posto que o espírito da lei pressuponha o mútuo requerimento do socorro jurisdicional, mediante a eleição da Justiça do Trabalho como árbitro da composição do conflito de interesses, adotando interpretação flexível do referido artigo constitucional, a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho tem admitido a hipótese de concordância tácita com o ajuizamento do dissídio coletivo, apenas consubstanciada na não-oposição do suscitado à instauração da instância. Esse é o limite de flexibilização hermenêutica da norma constitucional que não atenta contra a sua literalidade, a que chegou o TST, numa posição intermediária entre uma redução drástica e a manutenção intacta do Poder Normativo.

Registre-se que os temores de um acirramento de greves pela ausência da instância judicial para composição dos conflitos coletivos de trabalho, frustrada pela simples negativa patronal em negociar, são infundados, haja vista que nestes 3 anos que se seguiram à promulgação da Emenda Constitucional 45/04, não houve qualquer incremento no número de greves registradas no setor privado. Assim, o comum acordo constitui exigência constitucional ineludível para prosseguimento do dissídio coletivo instaurado pelo Suscitante. Nesse sentido, colhem-se os seguintes julgados da SDC desta Corte:

“RECURSO ORDINÁRIO EM DISSÍDIO COLETIVO - EXIGIBILIDADE DE ANUÊNCIA PRÉVIA. A manifestação expressa da Suscitada em contrário ao ajuizamento do Dissídio Coletivo torna inequívoca a ausência do comum acordo, pressuposto da ação prevista no art. 114, §2º, da Constituição da República. Recurso ordinário a que se nega provimento” (TST-RODC-16007/2005-909-09-00.8, Rel. Min. Carlos Alberto, DJ de 16/02/07).

“ EXIGÊNCIA DE COMUM ACORDO PARA INSTAURAÇÃO DE DISSÍDIO COLETIVO DE NATUREZA ECONÔMICA - CONSTITUCIONALIDADE DA INOVAÇÃO INTRODUZIDA PELA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45/2004 - OPOSIÇÃO DA PARTE ADVERSA - EXTINÇÃO DO PROCESSO POR FALTA DE PRESSUPOSTO PROCESSUAL. I - A Emenda Constitucional nº 45/2004 não aboliu o poder normativo da Justiça do Trabalho, nem lhe subtraiu sua função jurisdicional, desautorizando assim a tese sustentada aqui e acolá de que teria passado à condição de mero juízo arbitral, extraída da exigência de comum acordo para instauração do dissídio coletivo. II - A atividade jurisdicional inerente ao poder normativo da Justiça do Trabalho qualifica-se como atividade jurisdicional atípica, na medida em que, diferentemente da atividade judicante exercida no processo comum, não tem por objeto a aplicação de direito preexistente, mas a criação de direito novo, detalhe a partir do qual se pode divisar situação sui generis de ela, na sua atividade precípua como órgão integrante do Judiciário, desfrutar ainda que comedidamente da atividade legiferante inerente ao Poder Legislativo. III - Tendo por norte essa singularidade da atividade jurisdicional cometida à Justiça do Trabalho, no âmbito do dissídio coletivo, mais a constatação de o § 2º, do art. 114, da Constituição ter erigido a negociação coletiva como método privilegiado de composição dos conflitos coletivos de trabalho, não se divisa nenhuma inconstitucionalidade na exigência de comum acordo, para a instauração do dissídio de natureza econômica, no cotejo com o princípio constitucional da inderrogabilidade da jurisdição. IV - Não sendo necessário que a instauração do dissídio de natureza econômica seja precedida de petição conjunta

dos contendores, como a princípio o poderia sugerir a locução comum acordo, daí não ser apropriado nomear tal exigência como cláusula compromissória, interpretando-a teleologicamente pode-se chegar à conclusão de ela ter sido identificada como pressuposto de válido e regular desenvolvimento do processo de que trata o art. 267, inciso IV, do CPC. V - Descartada a exigência de que os contendores, para provocação da atuação do poder normativo da Justiça do Trabalho, assim o tenham ajustado previamente, cabe apenas verificar se o suscitado a ela se opõe expressamente ou a ela consinta explícita ou tacitamente, no caso de não se insurgir contra a instauração do dissídio de natureza econômica, circunstância que dilucida a não-aplicação, no processo coletivo do trabalho, da ortodoxia do processo comum de se tratar de matéria cognoscível de ofício pelo juiz, a teor do § 3º, do art. 267, do CPC, pelo que o seu acolhimento dependerá necessariamente da iniciativa da parte adversa. VI - Como o suscitado expressamente manifestou-se contrário ao ajuizamento do dissídio coletivo, depara-se com a ausência do pressuposto de válido e regular desenvolvimento do processo de que trata o art. 267, inciso IV, do CPC, indutora da sua extinção sem resolução do mérito, a teor do caput daquele artigo. Recurso provido para julgar extinto o processo sem resolução do mérito” (TST-RODC-3.626/2005-000-04-00.9, Rel. Min. Barros Levenhagen, DJ de 16/02/07).

A nova redação do art. 114, § 2º da CF, trazida pela EC 45/04, ao impor a exigência do comum acordo para o ajuizamento do dissídio coletivo, limitou, mas não impossibilitou, o ajuizamento da ação coletiva, que continua sendo possível a qualquer das partes, desde que aceita a jurisdição normativa pela outra. O princípio da inafastabilidade da jurisdição pressupõe o acesso à Justiça para a defesa de um direito existente, que está sendo ameaçado ou foi lesado. Contudo, no caso do Dissídio Coletivo, o exercício do Poder Normativo da Justiça do Trabalho diz respeito à criação de normas reguladoras das relações laborais entre as categorias profissional e econômica, não restando, portanto, afastada a tutela jurisdicional, entendimento este adotado por esta Seção Especializada (cfr. TST-RODC-4.049/2005-000-04-00.0, Rel. Min. Vantuil Abdala, SEDC, DJ de 19/10/07).

Se o Constituinte derivado limitou o Poder Normativo da Justiça do Trabalho, como forma de incentivar a negociação coletiva, condicionando-o ao mútuo acordo na eleição da via judicial, não cabe a esta Justiça Especializada o exercício espontâneo e abusivo da jurisdição, contra a vontade manifesta de uma das partes, respaldada na Carta Maior da República.

Ademais, conforme previsto no atual texto constitucional, o comum acordo entre as partes diz respeito à escolha da via judicial como meio de solução do conflito. Portanto, mesmo admitida a possibilidade do comum acordo tácito, o pedido de extinção do processo com base em argüição de qualquer preliminar (ausência de condição da ação ou de pressuposto processual) evidencia a discordância do ente suscitado com a instauração da instância. Assim, a simples recusa patronal na instauração do dissídio dispensa maiores divagações a respeito do preenchimento dos demais pressupostos de constituição válida do processo coletivo, pois a recusa é verificável de plano, enquanto as demais condições exigem exame mais acurado da prova dos autos”.

A tese vencida, da desnecessidade do comum acordo, partiu de uma interpretação notavelmente flexível do texto constitucional, assentando que o § 2º do art. 114 da CF dizia respeito à utilização da Justiça do Trabalho como árbitro, enquanto a sede do exercício de Poder Normativo amplo seria a do inciso IX do art. 114, quando atribuía à Justiça do Trabalho a solução de “outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho.

Se, sob o prisma decisório, a tese representava manifesto exemplo de

voluntarismo jurídico, sob o prisma hermenêutico, chegou-se a falar em verdadeiro “malabarismo jurídico”, para se chegar ao resultado desejado por aqueles que, em detrimento ao princípio da subsidiariedade, vêem a intervenção estatal como principal e primária fonte de solução dos conflitos sociais.

Assim, enquanto mantida a jurisprudência da SDC-TST, a oposição patronal à instauração da instância continuará a afastar o conflito da intervenção estatal, propiciando o aprofundamento na negociação coletiva, sabendo-se que a solução de consenso é melhor do que a imposta pelo Estado-Juiz ou Estado-Legislador.

## A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 VINTE ANOS DEPOIS DO CHOQUE DE BRASILIDADE E O PROTÓTIPO DE MACUNAÍMA.

**Tereza Aparecida Asta Gemignani<sup>1</sup>**

*“Não é que eles não possam ver a solução. É que eles não conseguem ver o problema”*  
Gilbert Keith Chesterton

*“Por que tenho que morrer? Nada fiz para merecer isso. Não é justo! Não importa se é justo, ou não. Essa é a regra.”*

Diálogos do filme “Quando os fracos não tem vez”  
Ganhador do Oscar de 2008

*“Fechem os livros e abram os olhos”*  
Maria Clara Machado

### **Resumo**

O presente artigo doutrinário analisa os efeitos institucionais provocados pela Constituição Federal de 1988 e suas conseqüências vinte anos depois da promulgação. Pondera que enquanto o século XX ficou marcado pela conscientização social das especificidades de nossa identidade cultural, o século XXI enfrenta o grande desafio de construir um novo paradigma jurídico, que esteja em consonância com os valores próprios da nação brasileira. Aborda a importância da atuação do Poder Judiciário para garantir que este processo seja pautado por marcos civilizatórios, que vão abrir caminhos para a consolidação da efetiva independência de um país mais justo.

**Palavras-chave:** neoconstitucionalismo- o Poder Judiciário e a construção da identidade nacional- A CF/88 e os novos paradigmas jurídicos.

### **1 - Introdução.**

2008 é um ano emblemático para a nação brasileira

Juntamente com os 20 anos de promulgação da Constituição Federal de 1988, são comemorados os 200 anos da vinda da família real portuguesa, que elevou a então colônia a condição de vice-reino, bem como a instituição do Supremo Tribunal Federal.

Não é pouca coisa.

Marcado por intensa turbulência, provocada pelo movimento pendular dos extremos, o século XX fez o Brasil descobrir que era uma nação. Machado de Assis, José de Alencar, Olavo Bilac, João Cabral, Guimarães Rosa, Érico Veríssimo, Jorge Amado, Carlos Drummond de Andrade e tantos outros, ajudaram o parto da mãe portuguesa, que deu à luz a língua brasileira. Mais doce, mais terna, com malemolejo e gingado próprio, mas também mais ferina, mordaz, que quando quer fala mais nas entrelinhas do que no objeto direto.

Nas artes, também passamos a caminhar com pernas próprias.

---

<sup>1</sup> é Desembargadora do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região- Campinas- e Doutora em Direito do Trabalho- nível de pós-graduação- pela Faculdade de Direito do Largo São Francisco- Universidade de São Paulo- USP

Villa Lobos, Cândido Portinari, Tarsila do Amaral, Oscar Niemeyer e tantos outros, notadamente os que fizeram eclodir a Semana de Arte Moderna como um hino de amor *às coisas da terra* e um grito de independência das injunções estrangeiras, em movimentos que intercalaram fragilidade e determinação, próprios de quem estava aprendendo a andar.

E na seara jurídica?

*Ex facto oritur jus* consagrava o antigo brocardo latino. Ante a inequívoca mudança que se operava na realidade fática de um país que se construía como nação, onde andava o Direito ?

Permanecia bem guardado nos institutos, idéias, análises e formulações doutrinárias elaboradas no além-mar. Em perfumados compêndios franceses, ou bem estruturados sistemas alemães, cruzavam o Atlântico e aqui aportavam soberanos, para ensinar o povo inculto. Os “mais preparados” logo aprendiam a soletrar o que diziam, poucas vezes entendiam o que falavam.

Mas, afinal, o que importa a realidade ? Bom mesmo era mostrar erudição. Por que temos que prestar atenção aos fatos que negam nossas teorias ? E se os fatos insistissem em contradizê-las, que mudem os fatos ! pensavam todos, integrando uma estranha confraria em que havia unidade de pensamento, mas uma imensa diversidade de dizeres. Quanto mais confusos, melhor. Ajudava a manter o poder decisórios de uns poucos, que conheciam *o caminho das pedras*.

A Constituição Federal de 1988 abriu todas as janelas desta torre de Babel.

Escancarou a ambigüidade e o paradoxo. Expôs em praça pública as entranhas do sistema jurídico para que fosse reexaminado em todos os seus aspectos e entregou tudo nas mãos do Poder Judiciário, outorgando-lhe uma soma considerável de poder e de responsabilidade. *Toma que o filho é seu*. De sua atuação vai depender o resultado.

Será que desta vez conseguiremos atingir a maturidade institucional que nos tornará uma nação?

Consequiremos fechar os livros que falam de institutos e normas estrangeiras, e ter a coragem de abrir os olhos para a nossa própria realidade, para então construir um sistema jurídico verdadeiramente nacional, que nos livre de vez do complexo de inferioridade de um herói sem nenhum caráter, que Mário de Andrade celebrizou com Macunaíma?

Por obra e graça da Constituição Federal de 1988, o século XXI começa nas mãos do Judiciário brasileiro.

## **2 - Século XX- A mudança do eixo.**

Entre as inúmeras peculiaridades que marcaram o século XX merece destaque o *embate dos extremos*, que pautou a agenda política, social e econômica. Não vou discorrer aqui sobre os diferentes tipos de organização laboral, pautados pelo capitalismo/socialismo, nem pelos conflitos que geraram no mundo do trabalho, pois não é o escopo deste artigo. Entretanto, não se pode deixar de pontuar alguns fatos, pois deles decorrem conseqüências comportamentais que vão refletir no campo jurídico.

Ao discorrer sobre as características da ética protestante, formadora de um caldo de cultura econômica que propiciou a eclosão do capitalismo, Max Weber chama a atenção para a conduta ascética da poupança que levou à acumulação. Trabalhava-se muito, gastava-se pouco. A vida era poupar, poupar, poupar para poder usufruir no futuro.

A centralidade do modelo normativo estava situada no cumprimento de um dever.

A acumulação possibilitou o desenvolvimento tecnológico e a intensificação da produtividade de bens e serviços, fenômeno que passou a ter escala mundial com a globalização e o declínio dos regimes comunistas.

O século XX foi pautado pelo excesso. Notadamente após a reconstrução do 2º pós-guerra o mundo passou por prolongadas fases de virtuosidade econômica.

Por causa da intensificação da produção de bens e serviços a lógica teve que mudar. A palavra de ordem passou a ser gastar, gastar, gastar. Era preciso consumir não só para dar vazão ao grande aumento da produção e preservar a lucratividade dos investimentos, mas também para manter o nível de emprego, a fim de evitar a exacerbação da questão social.

A lógica paradigmática deste sistema normativo mudou seu eixo. Passou da noção do cumprimento do dever, para a de exigibilidade de direitos.

O sentimento do dever para com a pessoa do outro desapareceu e foi substituído por uma incessante reivindicação de direitos em benefício próprio. Cada um passou a achar que “seus” direitos são mais importantes do que os direitos do outro, ao mesmo tempo em que não admite ter qualquer dever em relação ao outro.

Se todos acham que só têm direitos e ninguém reconhece que também tem deveres, o sistema normativo deixa de funcionar, com o conseqüente desmantelamento das redes de proteção que garantem espaços aos mais fracos.

Fica estéril provocando risco concreto de anomia.

Quando o indivíduo passa a pautar seu comportamento por essa “lógica”, a sociedade entra numa dinâmica autofágica, que torna letra morta qualquer dispositivo legal, porque quebra a coluna vertebral do direito, pautada pelo respeito ao outro com a mesma intensidade e da mesma forma que o requer para si.

No campo jurídico-trabalhista tais fatos provocaram efeitos significativos. O modelo fordista, que congelava a “rotina de fábrica, junto com os tijolos e argamassa das paredes, imobilizava o capital tão eficientemente quanto o trabalho que este empregava”, sofreu um esvaziamento significativo nas últimas décadas do século XX, quando o capital “ganha mais campo de manobra- mais abrigos para esconder-se, maior matriz de permutações possíveis, mais amplo sortimento de transformações disponíveis, e portanto mais força para manter o trabalho que emprega sob controle, juntamente com a capacidade de lavar as mãos das conseqüências devastadoras de sucessivas rodadas de redução de tamanho”, mostrando a cara contemporânea da dominação, como bem explica Zygmunt Bauman<sup>2</sup>.

Ressalta o conhecido sociólogo que numa “medida nunca alcançada na realidade pelos *senhores ausentes* de outrora, o capital rompeu sua dependência em relação ao trabalho com uma nova liberdade de movimentos, impensável no passado. A reprodução e o crescimento do capital, dos lucros e dos dividendos e a satisfação dos acionistas se tornaram independentes da duração de qualquer comprometimento local com o trabalho”, de modo a reduzir sensivelmente o antigo poder de pressão da força de trabalho local sobre o capital, cujo compromisso ficou restrito ao atendimento das necessidades dos consumidores, pois só nessa esfera se pode falar de “dependência mútua”.

---

2 Bauman, Zygmunt- Modernidade Líquida- tradução Plínio Dentzien- Jorge Zahar Editor- Rio de Janeiro-2001- págs 134/142/171/175

Por isso o eixo, antes centrado no trabalho, agora é deslocado para o consumo, o que traz mudanças significativas para a vida em sociedade, pois o consumidor só mantém seu lugar na sociedade enquanto for capaz de demonstrar “seu próprio valor de uso” pelo sistema econômico. Esclarece Bauman<sup>3</sup> que o “mercado não sobreviveria caso os consumidores se apegassem às coisas. Para sua própria sobrevivência, não pode tolerar clientes comprometidos e leais ou que apenas se mantenham numa trajetória consistente e coesa, que resista a desvios e evite saídas colaterais... O mercado sofreria um golpe mortal se o status dos indivíduos parecesse seguro, se suas realizações e propriedades fossem garantidas, se seus projetos se tornassem finitos, e se o fim de seus esforços por uma ascensão fosse plausível. A arte do marketing está focalizada em evitar a limitação das opções e a realização dos desejos”. A vida organizada em torno do consumo “deve se bastar sem normas; ela é obrigada pela sedução, por desejos sempre crescentes e quererem voláteis- não mais por regulação normativa”.

Como conseqüência deste processo, o trabalho se despe de sua dimensão ética e fica imbricado com o ato de consumir, caracterizado pela instantaneidade manipulada pela sedução estética, que por sua própria natureza não abre espaço para qualquer tipo de sopesamento axiológico. Ademais, o consumo adquire um grau maior de satisfação quando se processa de forma individual, e é por isso que os “espaços sociais” se caracterizam como “ajuntamentos, não congregações; conjuntos, não esquadrões; agregados, não totalidades. Por mais cheios que possam estar, os lugares de consumo coletivos não tem nada de *coletivo*”, como enfatiza Bauman, ao lamentar que a modernidade tenha substituído o cidadão pelo indivíduo, cuja importância está na razão direta de sua capacidade de consumir.

### **.3 - As conseqüências.**

O grande risco que se corre neste início de século XXI é permitir que este viés estético, que rege o consumo, seja valorizado como paradigma e assim passe a monitorar também o mundo jurídico do trabalho, implodindo as vigas éticas que lhe davam sustentação, com a conseqüente privatização do espaço público e esvaziamento da agenda política, que nasceu imbricada com a questão social. Neste sentido, pondera Bauman que a “maioria das alavancas políticas ou morais capazes de mudar ou reformar a nova ordem foram quebradas ou feitas curtas ou fracas demais, ou de alguma outra forma inadequadas para a tarefa. Não que a ordem econômica, uma vez instalada, tivesse colonizado, reeducado e convertido a seus fins o restante da vida social; essa ordem veio dominar a totalidade da vida humana porque o que quer que pudesse ter acontecido nesta vida tornou-se irrelevante e ineficaz no que diz respeito à implacável e contínua reprodução desta ordem”

Neste contexto, o homem de nosso tempo passa a ter muita dificuldade para entender o que significa “interesse público”, pois a sociedade é pautada pela conduta do *cada um por si e o melhor para mim*, o que impossibilita a formação de uma agenda coletiva.

Pior, muitas vezes um pleito apresentado veementemente como “coletivo” nada mais é do que uma fachada para a satisfação dos interesses econômicos individuais de alguns, detentores de posições privilegiadas numa sociedade paradoxal, que em plena era das comunicações não conseguiu debelar a assimetria de informações, que torna uns mais *iguais* do

---

3 Bauman Zygmunt- Vida líquida- tradução de Carlos Alberto Medeiros-- Jorge Zahar Editor- Rio de Janeiro-2007- págs. 18/48

que os outros. Com frequência eclodem movimentos aparentemente travestidos de *comunitários*, que na verdade encobrem pretensões pessoais, nem sempre lícitas. Recentemente, jornais do país noticiaram a interdição de estradas e pontes, insufladas por madeireiros que, agitando a bandeira da preservação do emprego como desculpa, na verdade pretendiam se furtar à fiscalização da Secretaria Estadual, que visava coibir atividade ilícita de extração e comercialização da madeira, comprometedora do ecossistema que rege o meio-ambiente e do futuro econômico da região.<sup>4</sup>

O protótipo do indivíduo/consumidor passou não só a ocupar o espaço público, mas também a privatizá-lo como seu, implodindo a noção de bem-comum e esvaziando o conceito de cidadão.

A agenda política, econômica e social do século XX foi pautada por uma exacerbação da mentalidade “comercial”, assim considerada aquela que atribui a tudo um valor de compra/venda.

O vale-tudo que se vê nas relações sociais decorre desta mentalidade.

Sob essa perspectiva, só pode ser reputado válido o “que tem valor de mercado”, o que torna necessário manter a lógica da “audiência”, para poder preservar o “valor de venda”. Assim, para garantir seu espaço é preciso que todo “patrocinador” possa vender seu produto para um universo cada vez mais amplo de consumidores, o que o obriga a usar a linguagem do *politicamente correto*, para não desagradar a ninguém, mesmo que isso não leve a solução alguma.

A última trincheira ficou reduzida ao lugar de consumidor, pela simples e boa razão de que sem o consumidor a atividade econômica pára. Não por acaso, no Brasil o Código de Defesa do Consumidor foi promulgado como uma das normas mais modernas e bem estruturadas do sistema jurídico, pois era preciso manter “o mercado comprador”.

Essa mudança de foco levou a uma crescente desvalorização do direito do trabalho, por se considerar que deixou de ter importância para a manutenção e o desenvolvimento do sistema econômico, que passou a reger os demais e pautar a lógica do comportamento social.

E por que isso ocorreu?

Porque se acreditava que o poder aquisitivo não dependia mais apenas da massa salarial e que outras fontes de renda podiam sustentar o mercado comprador.

Entretanto, com o tempo descobriu-se que não era bem assim. É lógico que outras fontes de renda passaram a ter um peso significativo na cadeia que sustenta o mercado comprador. Entretanto, em países emergentes, como o Brasil, a massa salarial continua a manter um peso importante, notadamente no que se refere a regularidade do fluxo e injeção periódica de recursos na vida econômica.

Embora o denominado *trabalho morto* tenha aumentado seu espaço através da capitalização crescente da cadeia produtiva de bens, a agenda de serviços, que vem crescendo como atividade econômica importante, demonstra que o trabalho humano continua na centralidade do sistema, pois é ele que faz a diferença.

---

4 Militantes do desmate- Jornal O Estado de São Paulo- - 24 de fevereiro de 2008- pag. A3

A atividade humana é insubstituível na criação de novos sistemas produtivos e no aprimoramento dos que já existem, conforme demonstrado recentemente, quando a retomada do crescimento econômico evidenciou um quadro agudo de falta de trabalhadores qualificados.

Ademais, apesar da intensidade dos recursos aplicados na mecanização, constatou-se que a vida econômica ainda depende, e muito, do trabalho “vivo”, ou seja, daquele que não pode ser prestado sem a pessoa do trabalhador, o que impede a redução do trabalho a uma simples mercadoria, impossível de entrar no circuito comercial da compra/venda.

Portanto, diversamente do apregoado por alguns doutrinadores, a centralidade que o fator trabalho detinha no sistema capitalista poupador, não foi perdida na mudança de paradigma para o sistema capitalista consumidor, embora no início se tenha defendido o *fim da história* também neste sentido.

#### **4 - Os novos paradigmas**

Neste início de século XXI fica cada vez mais evidente que é a criatividade humana que sustenta o sistema institucional e, que sem a valorização da *humanitas* ele não funciona. Ademais, também ocorre a retomada da conscientização da importância da atuação estatal na sua implementação.

A Constituição de 1988 se caracteriza como importante marco de resistência contra a precarização, destinado a preservar a *humanitas* que permeia toda relação de trabalho, seja qual for a natureza jurídica do vínculo. Nesta esteira, fincou bandeiras para preservar a integridade física e moral daquele que trabalha, priorizando o enfoque ético como formador da institucionalidade. Assim sinalizou por reconhecer que a idéia da desnortização jurídica, defendida como irreversível pelo movimento economicista, na verdade se apresentava insustentável, não só por levar à anomia, mas também por estar dissonante da realidade cultural brasileira.

Qual o perfil destes novos paradigmas ?

#### **5 - O Brasil e sua especificidade cultural**

Ao analisar a sociedade brasileira, Caio Prado Junior<sup>5</sup> explica que a formação do Brasil contemporâneo tem início em 1808, com a vinda da família real portuguesa, o que dá início a uma fase de transição entre a “colônia e a nação”. Constitui acontecimento importante, principalmente por representar uma ruptura com o tipo de colonização “de exploração” até então existente, em que a vinda ao Brasil ocorria principalmente para atender objetivos comerciais de auferição de lucros. A produção do açúcar, atividade econômica que se manteve por longos períodos como a mais importante, estava centralizada nas mãos da família patriarcal, que atuava de forma auto-suficiente, o que impossibilitou até então a moldagem de qualquer sentimento de unidade nacional.

Neste sentido, interessante a descrição que Jurandir Malerba<sup>6</sup> faz deste evento. Registra a disputa dos melhores lugares (ou seja, os mais próximos do rei), por aqueles que “irresistivelmente atraídos pelo brilho da Corte logo se meteram nessa guerra palaciana”. Também menciona as significativas “doações”, como a que ocorreu em relação à Quinta da Boa Vista ofertada a Dom João, que na verdade se constituiu num “investimento que certamente não

5 Prado Junior, Caio- Formação do Brasil contemporâneo- Publifolha e Editora Brasiliense S/ A- São Paulo 2000- pag 6

6 Malerba, Jurandir- “Frenesi, confusão- chega o rei”- Caderno Especial H2- Jornal O Estado de São Paulo- 07/03/2008

abalou o orçamento” do doador, pelos laços de amizade e conseqüentes “favores” recebidos da realeza, instituindo de forma significativa as relações de amizade como moeda de troca, conduta reiteradamente repetida em várias décadas posteriores, o que levou Euclides da Cunha <sup>7</sup> lamentar a “anomalia de deslocar para uma terra nova o ambiente moral de uma sociedade velha”.

A unidade principal de colonização do Brasil sempre foi a *família*, na qual se diluía o indivíduo e suas relações de poder, travestidas de laços afetivos . Por isso, uma das dificuldades para a formação da nação brasileira consistiu no grande poder que a família patriarcal sempre ostentou, formando um *ethos* privado que impediu a formatação do conceito de interesse público, indispensável para a edificação da cidadania.

Gilberto Freyre se revelou brilhante analista deste fenômeno. Ao tecer considerações sobre a sociedade brasileira, em *Casa Grande e Senzala* pontuava que no “Brasil, a catedral ou a igreja mais poderosa que o próprio rei, seria substituída pela casa grande de engenho”

Como conseqüência, ocorreu a monitorização do espaço público pelo personalismo e pelos interesses particulares de alguns, que retiravam o lugar do cidadão e cassavam seu direito de voz, de modo que para ser ouvido tinha que investir no fortalecimento dos “laços familiares”, marcados pela troca de favores em relações pautadas pela lógica da parcialidade emocional, sem qualquer controle, manipulada pela vontade dos que passaram a ser mais iguais do que os outros e, portanto, constituindo-se no principal obstáculo para a formação de uma nação democrática, situação que perdurou por muito tempo até o século XX, como sintetizava a famosa frase de Vargas “aos amigos tudo, aos inimigos a lei.”

Ao discorrer sobre as *Raízes do Brasil*, Sérgio Buarque de Holanda explicou como o predomínio das relações familiares criou impecilho para a institucionalização da nação e do regime republicano. O predomínio das relações privadas, nos espaços de poder, impediu a formação do conceito de bem público, simplesmente por se entender que ele não existe.

Ao instituir a isonomia como um de seus princípios fundantes, a Constituição de 1988 deu um passo decisivo no sentido de superar essa mentalidade, opondo uma barreira ao personalismo e as relações assimétricas, que o interesse privado trouxe para o espaço público. Vinte anos depois de sua promulgação, o grande desafio consiste em impedir de vez que o *ethos* privado, constantemente à espreita, possa usar de subterfúgios para monitorar a edificação de um novo padrão normativo reclamado pela nação. Com efeito, à semelhança do movimento cultural que eclodiu em 1922, neste século XXI o “pós-modernismo jurídico” requer a formação de um modelo de normatividade pautado pela autenticidade, com a valorização das peculiaridades do nosso povo e da nossa cultura, a fim de que os paradigmas postos pela nação brasileira tenham maior importância do que os modelos jurídicos europeus ou norte-americanos.

Não é por acaso que neste ano de 2008 haja convergência na comemoração de fatos que, embora distantes no tempo, estão articulados entre si.

Se a transição de colônia para nação teve início com a vinda da família real ao Brasil, a edificação de um novo padrão normativo, pautado pela impessoalidade e autenticidade, consonante com a realidade fática brasileira, teve início com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que fechou um ciclo marcado pela perspectiva familiar ibérica, de predomínio do privado sobre o público, que tantos obstáculos criou para formação da identidade nacional,

7 Cunha, Euclides- Os sertões- Editora Martin Claret- São Paulo- 2002- pag 88

quando a “força, ou antes, a potencialidade da cultura brasileira parece-nos residir toda na riqueza dos antagonismos equilibrados” como ressaltava Gilberto Freyre.

No que se refere ao direito trabalhista, é importante ponderar que, se para a mentalidade colonial ibérica o trabalho era visto como uma atividade degradante e o esforço menosprezado como ônus de quem era incapaz, a edificação da nacionalidade brasileira rejeitou essa perspectiva e reconheceu o trabalho como valor fundante da República, assim expressamente consignando no inciso IV do artigo 1º da Constituição Federal de 1988.

## 6 - A formação da identidade nacional

A matriz européia sempre exerceu notável ascendência sobre a formação de nosso Direito, tanto privado quanto público, sendo que em relação a este também se fez presente a influência norte-americana, notadamente em se tratando de questões constitucionais.

A vida da família real para o Brasil em 1808, e a elevação da colônia a condição de vice-reino, conferiu unidade de língua e de comando a um vasto território, evitando a balcanização e a pulverização territorial, como ocorreu com as vizinhas colônias espanholas. Para tanto, abriu espaço à consolidação de interesses locais, que posteriormente levariam ao movimento de independência, de modo que o Estado sempre ostentou posição de centralidade na realidade institucional do Brasil.

Entretanto, inegável que esta centralização capitaneada por um governo forte foi construída sob uma perspectiva burocrática/autoritária, na melhor tradição ibérica.

A descentralização, que posteriormente permeou o início do período republicano, seria cooptada em 1930 e 1964, em que o centralismo voltaria a imperar com força, atrasando a entrada do país na modernidade.

Explica Celso Furtado<sup>8</sup> que a “primeira metade do século XIX constitui um período de transição durante o qual se consolidou a integridade territorial e se firmou a independência política”. Entretanto, a “dificuldade que enfrentava o homem público brasileiro” para captar a realidade econômica do país, sempre foi uma constante. Como a economia brasileira atuava em situação de “dependência dos centros industriais, dificilmente se podia evitar a tendência a *interpretar*, por analogia com o que ocorria na Europa, os problemas econômicos do país. A ciência econômica européia penetrava através das escolas de direito e tendia a transformar-se em um *corpo de doutrina* que se aceitava independentemente de qualquer tentativa de confronto com a realidade. Ali, onde a realidade se distanciava do mundo ideal da doutrina, supunha-se que tinha início a patologia social. Dessa forma, passava-se diretamente de uma interpretação idealista da realidade para a política, excluindo qualquer possibilidade de crítica da doutrina em confronto com a realidade”, submetendo o sistema econômico às regras monetárias aplicadas na Europa, num esforço de “mimetismo-que derivava de uma fé inabalável nos princípios de uma doutrina sem fundamento na observação da realidade”( g.n.)

Furtado rejeita o enfoque cosmopolita dos problemas econômicos, e ancora no Estado Nacional a unidade de referência de sua teoria de desenvolvimento econômico, chamando atenção para a luta encetada pelos grupos sociais na disputa pela redistribuição da renda real. Ressalta que, “assim como a segunda metade do século XIX se caracteriza pela

---

8 Celso Furtado- fundamentos econômicos da ocupação territorial- Companhia Editora Nacional- São Paulo- 2003 – págs 37/166/167/237/238/242/250/251

transformação de uma economia escravista de grandes plantações em um sistema econômico baseado no trabalho assalariado, a primeira metade do século XX está marcada pela progressiva emergência de um sistema cujo principal centro dinâmico é o mercado interno”. Interessante observar como esta situação também está ocorrendo neste início de século XXI, corroborando a importância do Estado como indutor ao comportamento dos agentes econômicos e institucionais, de modo que não pode ser descartada sua atuação na implementação e efetivação dos marcos normativos de regulação. Assim sendo, ostenta atualidade indiscutível a observação de Furtado, no sentido de que o “processo de integração econômica dos próximos decênios, se por um lado exigirá a ruptura de formas arcaicas de aproveitamento de recursos em certas regiões, por outro requererá uma visão de conjunto do aproveitamento de recursos e fatores no país”.

O amadurecimento do Brasil como nação, embora lento, vem evoluindo num ritmo constante, exigindo o fortalecimento das instituições democráticas e a edificação de um modelo normativo próprio, que supere o anterior marcado pela excessiva valorização de institutos estrangeiros sem correspondência com a realidade brasileira, que eram nos eram empurrados goela abaixo.

Herdeiro da teoria da tripartição dos poderes esboçada por Montesquieu, que centralizava a força de representação popular no Parlamento, o direito continental europeu foi construído tendo como base o primado da lei positivada. O fenômeno da codificação dominou o cenário jurídico no século XIX e consolidou esta posição no século XX.

O Brasil não escapou deste contágio. Embora na seara trabalhista não se tenha chegado à instituição de um código, a CLT instituída por um decreto-lei ( 5452/43), promulgado durante o Estado Novo, fez as suas vezes e assim sempre foi considerada, inserindo o direito trabalhista no modelo positivista.

Entretanto, após a 2ª Guerra este panorama começaria a sofrer alteração significativa. Em relação à 2ª metade do século XX, explica Werneck<sup>9</sup> que a progressiva racionalização da economia, e das corporações originárias do mundo da produção, passaram a exigir “conhecimento específico em matérias de alta especialização e perícia técnica no momento da intervenção”, o que motivou a “ultrapassagem do Legislativo pelo Executivo, em termos de iniciativa das leis e da regulação normativa do welfare”.

A concepção da lei como norma genérica e abstrata, produto de um consenso costurado pelo Poder Legislativo, pressupõe uma sociedade homogênea que não encontra ressonância na realidade fática, pautada pela existência de grupos sociais heterogêneos, formados por pessoas e classes sociais diferentes, com necessidades diversas. Destarte, se revela cada vez mais flagrante a incapacidade do Parlamento em oferecer respostas adequadas para atender às novas demandas sociais, o que passou a abalar de forma significativa o modelo clássico, que lhe atribuía a exclusividade na elaboração da norma.

Portanto, a agenda igualitária exigida pelo regime democrático fatalmente leva a judicialização da administração e, no estágio seguinte, também da política, a fim de garantir a funcionalidade normativa dos direitos. A alternativa veio pelo movimento do neoconstitucionalismo, cujo efeito mais evidente consistiu em ampliar a atuação do Judiciário, conferindo-lhe a atribuição de completar os enunciados legais, a fim de garantir a efetividade

---

9 Vianna, Luiz Werneck- a judicialização da política e das relações sociais no Brasil- Editora Revan- Rio de Janeiro- 1999- pag 17/18/19

dos marcos constitucionais, assim provocando uma profunda transformação no modelo normativo, que necessariamente influenciou na própria concepção do Direito, imputando uma alteração genética no sistema jurídico, como bem ressalta Gustavo Zagrebelsky<sup>10</sup>.

Em consequência, tal situação também acarreta alteração significativa no conceito do princípio da legalidade. Como explica Luigi Ferrajoli,<sup>11</sup> a concepção clássica atrelada à idéia de legalidade formal, se tornou insuficiente ante as novas variáveis que precisam ser consideradas na formação dos padrões da normatividade, de modo que deve ser entendida de forma mais abrangente, como *legalidade substancial*.

Como ressalta Bauman, “poder e política, uma dupla que até pouco tempo estava casada dentro das nações-estado, estão desquitadas e querem se divorciar. Temos cada vez mais políticos sem poder e poderes sem nenhum controle político”

Neste contexto, a atuação do Judiciário na construção de novos paradigmas jurídicos tem o escopo de restaurar o valor das instituições públicas, que devem atuar como entidades decentes e eficientes, para que sejam dignas da confiança do cidadão. Tal modelo não rejeita as raízes ibéricas de nossa cultura, no que se refere à tradicional valorização do solidarismo ( embora muitas vezes manipulado em proveito de alguns), mas também se mostra consonante com os novos valores do empreendedorismo e da livre iniciativa, de modo a possibilitar a criação de um sistema jurídico mais genuíno com as peculiaridades de nação brasileira. Por isso, como bem pontua Luis Roberto Barroso<sup>12</sup>, é preciso não perder de vista que o direito constitucional brasileiro vive um momento virtuoso no que se refere a sua elaboração científica, prática jurisprudencial e mudanças de paradigma que lhe conferiram uma nova dimensão, pautada pelo “compromisso com a efetividade de suas normas” e “desenvolvimento de uma dogmática da interpretação constitucional”, passando a ser “premissa do estudo da Constituição o reconhecimento de sua força normativa, do caráter vinculativo e obrigatório de suas disposições, superada a fase em que era tratada como um conjunto de aspirações políticas e uma convocação à atuação dos Poderes Públicos.”

Numa época em que as relações sociais são movidas pela lógica do espetáculo, segundo o qual tem mais espaço quem tiver a melhor “performance”, conseguir descolar a agenda institucional jurídica das paixões políticas é marcar um gol de placa. Por isso, diferentemente do que vem sendo sustentado por alguns doutrinadores, o fato dos integrantes do Poder Judiciário não serem eleitos não lhes retira a legitimidade para assim atuar, pois é exatamente esta qualidade que lhes confere independência e capacidade de resistência aos movimentos radicais das majorias, reconhecendo direitos fundamentais também às minorias, tendo por fundamento a força vinculante da Constituição, linha mestra do movimento neoconstitucionalista.

Com efeito, explica Riccardo Guastini<sup>13</sup> que as Constituições deixaram de ser um “manifesto” político, sem efeito imediato, cuja concretização se constituía em tarefa exclusiva do legislador, dos quais dependiam os tribunais. Ressalta que “um dos elementos essenciais do processo de constitucionalização é precisamente a difusão da idéia oposta, ou seja,

10 Zagrebelsky, Gustavo- El derecho dúctil- Editorial Trotta- Madrid- 2007- págs. 33/34

11 Ferrajoli, Luigi- Los fundamentos de los derechos fundamentales Madrid- Editorial Trotta 2001

12 Barroso, Luis Roberto- a nova interpretação constitucional- ponderação, direitos fundamentais e relações privadas- 2ª edição- Livraria Editora Renovar Ltda- Rio de Janeiro- 2006- pag. 43.

13 Guastini, Riccardo- La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico- in Neoconstitucionalismo(s)- edición de Miguel Carbonell- Editorial Trotta- Madrid- 2003- pag 53 a 73

toda norma constitucional detém normatividade cogente, apta a produzir efeitos jurídicos imediatos”, inexistindo questões constitucionais que possam ser consideradas como meramente políticas, alheias e imunes ao conhecimento dos juízes, pois o traço característico do neoconstitucionalismo reside precisamente num movimento de judicialização, fundado na força vinculante da Constituição, cujos “paradigmas axiológicos” vão impregnar todo o ordenamento, podendo ser aplicados por qualquer juiz, não só no que se refere às questões entre o particular e o poder público, mas também entre as relações particulares, assim envolvendo o Direito do Trabalho.

Ao conferir-lhe a condição de direito fundamental, assim expressamente consignando no artigo 7º da CF/88, a Carta Política de 1988 trouxe o movimento neoconstitucionalista também para os direitos trabalhistas, dando início a uma série de efeitos que só agora se tornam mais visíveis, notadamente quanto a importância do Direito do Trabalho para a consolidação da democracia substancial, por ter o escopo de assegurar condições de vida e de cidadania ao homem que trabalha, impedindo que se submeta a outro homem apenas porque necessita de seu trabalho para sobreviver.

O farol do neoconstitucionalismo direciona o barco da normatividade para navegar em águas mais seguras e livres, aumentando o nível de justiça das decisões e reduzindo o *deficit* democrático de uma sociedade injusta. Diversamente do que apregoam alguns, que se restringem a análise formal e pontual da questão, não se trata de desrespeitar o princípio da legalidade agasalhado no artigo 5º da CF/88 mas, pelo contrário, de conceituá-lo em sua realidade substantiva, a fim de extrair-lhe o máximo de efetividade.

## 7 - A Constituição Federal de 1988 e seus efeitos institucionais.

Vinte anos depois de ser promulgada, a Constituição deixa evidente que a crise da lei só pode ser superada com a edificação de um novo modelo normativo, mais consonante com a nossa cultura, e essa tarefa só pode ser levada a bom termo se os juízes tiverem estatura para assumir o papel propositivo que lhes cabe. Neste sentido explica Luis Prieto Sanchis<sup>14</sup> que “a lei deixou de ser única, suprema e racional fonte de direito que pretendeu ser em outra época, e talvez este seja o sintoma mais visível da crise da teoria do direito positivista” ressaltando, a seguir, que o constitucionalismo está impulsionando uma nova teoria do Direito, cujas diretrizes básicas consistiriam em voltar-se mais aos princípios do que às regras, empregar mais a ponderação do que a subsunção, reconhecer a onipresença da Constituição em todas as áreas jurídicas, a onipotência judicial em lugar da autonomia do legislador ordinário e a “coexistência de uma constelação plural de valores, as vezes tendencialmente contraditórios, em lugar de uma homogeneidade ideológica”.

Ao discorrer sobre a necessidade de *desvelar o direito constitucionalizado* Lenio Luiz Streck<sup>15</sup> enfatiza que “a partir da idéia de Estado Democrático de Direito, ancorado na proteção e realização dos Direitos fundamentais, suspendendo e superando os pré-juízos que cegam, abrindo uma clareira no território da tradição (inautêntica) do pensamento dogmático do direito.”

14 Sanchis, Luis Prieto- Neoconstitucionalismo y ponderación judicial - in Neoconstitucionalismo(s)- edición de Miguel Carbonell- Editorial Trotta- Madrid- 2003-pag .131 e seguintes

15 Streck- Lenio Luiz- A crise da hermenêutica e a hermenêutica da crise: a necessidade de uma nova crítica do direito in *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais- coordenador José Adércio leite Sampaio-Editora Del Rey- Belo Horizonte 2003-pag 137*

Portanto, a anterior centralidade na figura do legislador, focada na existência de um único caminho ditado em benefício exclusivo da maioria, se desloca para as mãos do juiz, que passa a considerar os parâmetros constitucionais como reitores de um processo de interpretação da norma, customizando sua aplicação às peculiaridades do caso concreto, sempre focado nos direitos fundamentais. Ou seja, a maioria pode, mas não pode tudo. Há um núcleo constituído de direitos fundamentais das minorias, sobre os quais não pode avançar. Este movimento pendular do Poder legislativo para o Poder Judiciário se revela indispensável para possibilitar a obtenção da maturidade institucional do país, superando o estágio meramente formalista da democracia, que precisa adotar uma conotação mais substancial no sentido de garantir os direitos fundamentais de qualquer cidadão, mesmo dos que constituem minoria.

Daí a necessidade de construir um novo modelo normativo pois, como alerta Barroso<sup>16</sup>, não se pode perder de vista “a realidade complexa de um país envelhecido em suas estruturas políticas, frágil em suas instituições jurídicas e opressivo em suas relações sociais. Não se trata de uma análise crítica do passado, nem de exaltação a um futuro sempre adiado. Tem-se por objetivo, sobretudo, resgatar a contemporaneidade e inculcar na prática real do Estado e da sociedade os valores mais elevados da civilização, em sua maior parte disponíveis e não assimilados. Cabe ao Direito a positivação destes valores, transformando-os em normas jurídicas”.

Neste contexto, como modelo de organização jurídico-política, o neoconstitucionalismo representa um aperfeiçoamento, abrindo caminhos para a atuação mais efetiva do Poder Judiciário, por reconhecer que a Constituição fixa parâmetros superiores de legalidade, capazes de limitar a atuação do legislador, notadamente porque a maioria não tem força para eliminar os direitos fundamentais que a Carta de 1988 reconheceu a todos os cidadãos, aí incluindo os integrantes das minorias.

Para o julgador, traz a necessidade de permear a ética da convicção com a ética da responsabilidade, numa conduta pautada pela racionalidade na aferição dos meios necessários para a ação, bem como para a aferição das oportunidades e consequências do agir, na conhecida concepção de Max Weber .

Pondera Santiago Sastre Ariza<sup>17</sup> que o caráter voluntarista, que caracterizava a atuação do legislador, refletida no princípio hobbesiano *autorictas, non veritas facit legem*, deixa de ser sustentado ante a supremacia da Constituição, sendo substituído pela máxima *veritas, non autorictas facit iudicium* que, ao formatar o conceito de legalidade substantiva, legitima o novo modelo de atuação jurisdicional e lança as bases de edificação de um modelo democrático de constitucionalidade substancial, necessário para a construção de uma sociedade mais justa.

Este movimento provoca mudanças significativas nos sistemas sociais como ressalta Niklas Luhmann,<sup>18</sup> que passam a atuar de maneira intercambiável, de forma que a política pode criar o direito “sob a condição de que ela proceda segundo ele”, e o direito só pode ser mudado “dentro do quadro constitucional”, pois o Estado de Direito é considerado um valor civilizacional. Neste contexto, a Constituição detém “importância decisiva na caracterização da

---

16 Barroso, Luiz Roberto- O Direito constitucional e a efetividade de suas normas- Editora Renovar- rio de Janeiro 2006- pag 3

17 Ariza, Santiago Sastre- La ciência jurídica ante el neoconstitucionalismo in Neoconstitucionalismo (s)- edición de Miguel Carbonell- Editorial Trotta- Madrid- 2003 pag 240 a 243.

18 Luhmann, Niklas- Do sistema social à sociologia jurídica- traduções de Dalmir Lopes Junior, Daniele Andréa da Silva Manão e Flávio Elias Riche- Editora Lúmen Júris – Rio de Janeiro- 2004- pag. 39, 154 a 157.

autonomia do sistema jurídico, assim como de sua relação com a política... passando a ser a instância reflexiva mais abrangente desse subsistema social”.

**Assim, o justo não se constitui em esfera de atuação diversa do jurídico, mas com este se confunde para conferir-lhe legitimidade justificadora.**

Neste sentido, uma das diretrizes mais importantes estabelecidas pela Constituição de 1988 foi a valorização da “moralidade objetiva”, como parte integrante do conceito de normatividade, tornando insustentável a antiga concepção de que uma conduta poderia ser legal, embora imoral, pois a moralidade passa a ser parte integrante do próprio conceito de legalidade substancial.

Portanto, não há como separar em comportamentos estanques a justiça comutativa da distributiva, relegando esta “apenas” ao terreno da moralidade ou do assistencialismo. Uma análise crítica, vinte anos depois, vem demonstrar que a Constituição de 1988 integrou ambas no conceito de justiça, traçando caminhos para a edificação de uma normatividade pós-moderna, que supera a dicotomia conceitual existente entre Platão/Aristóteles, abrindo as vias de acesso de uma e outra, tornando-as vasos comunicantes, cujo equilíbrio se revela vital para a saúde do sistema jurídico como balizador de conduta, como explicitam as valiosas reflexões que permearam o pensamento de Michel Villey<sup>19</sup>.

Este novo desenho institucional também supera a visão aristotélico/tomista, que formatou o direito continental europeu, e teve notável influência na aplicação do direito em solo brasileiro. A alteração do paradigma, ampliando o vértice de formação da norma jurídica, se reveste de importância significativa para a edificação de um ordenamento nacional mais eficiente e consonante com a nossa realidade, especialmente para o Direito do Trabalho, que sempre pautou sua atuação pelo tangenciamento de ambas as vertentes, tanto no que se refere a perspectiva da justiça distributiva, como da justiça comutativa, tendo em vista o hibridismo de sua natureza de direito público/privado. Em relação a tal questão, explica Barroso<sup>20</sup> que, na verdade “é a aplicação de princípios constitucionais que leva determinados institutos de direito público para o direito privado e, simetricamente, traz institutos de direito privado para o direito público. O fenômeno em questão, portanto, não é nem de publicização de um, nem de privatização de outro, mas de constitucionalização de ambos. Daí resulta uma diluição do rigor da dualidade direito público-direito privado, produzindo áreas de confluência e fazendo com que a distinção passe a ser antes quantitativa do que qualitativa”.

## **8 - O Judiciário como construtor de um novo padrão de normatividade.**

Caio Prado Junior<sup>21</sup> ressaltou que uma das piores conseqüências, advindas da manutenção de um regime de trabalho escravo por longo período, como ocorreu no Brasil, consistiu em reduzir o trabalhador a um simples instrumento de trabalho, negando sua humanidade, conferindo ao ato de trabalhar uma condição degradante, a cuja execução estavam obrigados apenas os que não tinham a condição de pessoa, mentalidade que em muitas partes do Brasil permanece subjacente até os dias de hoje.

Ao constitucionalizar de forma expressiva os direitos trabalhistas, catalogando-os como fundamentais, a Carta de 1988 rompe com esta perspectiva trazida pela tradição colonial

19 Villey, Michel- A formação do pensamento jurídico moderno- Livraria Martins fontes- São Paulo- 2005-

20 Barroso, Luis Roberto- Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito – Revista de direito Administrativo- volume 240-abril/junho 2005 pag 33

21 Prado Junior, Caio-ob.cit.- págs 269/277/355

ibérica, valorizando a dignidade da **pessoa** que trabalha. Deste modo, constrói um dique de resistência a esta mentalidade, impedindo-a de pautar a agenda jurídico-normativa.

E mais. A preservação da **autonomia** do ser humano trabalhador, no sentido Kantiano<sup>22</sup> do conceito, se revela como um importante contraponto jurídico que o direito oferece para deter a corrosiva a *malaise nietzschiana*<sup>23</sup>, que insiste em impregnar a agenda sociológica da atualidade, diluindo a integridade da *persona*.

As instituições européias tiveram seu apogeu na Idade Média e no Renascimento, enquanto os valores que regem a sociedade norte-americana foram formatados pela modernidade. O Brasil se manteve na periferia do sistema e seu modelo normativo se limitou a *copiar* institutos estrangeiros, por reputá-los superiores. Entretanto o tempo mudou, a sociedade mudou, e a realidade fática veio revelar as especificidades da nação brasileira, distinta das demais que lhe serviram de referência. Com efeito, aqui o individualismo se manteve restrito em alguns nichos e teve que conviver com parcelas significativas de movimentos grupais, em grande parte pautados por interesses familiares e dependentes de lideranças políticas locais.

O movimento pendular de articulação intensa entre individual e grupal acabou por alterar ambos, tornando impossível a edificação de paradigmas nacionais com base em doutrinas estrangeiras, afetas a outra realidade fática.

Neste contexto, é preciso chamar atenção para a necessidade de repensar a postura “lamuriosa e pessimista” que a análise sociológica tem impregnado a seara trabalhista, conferindo-lhe um viés reducionista permeado de fatalismo. Não são raros os discursos e artigos doutrinários que se perdem em extensas análises recheadas de citações econômicas, filosóficas e psicológicas, limitando-se apenas a tangenciar a matéria jurídica, quando é esta análise que deve ser aprofundada.

É certo que o direito do trabalho sempre esteve imbricado com a “questão social”, cuja consideração é importante para o diagnóstico do fato ocorrido, ou para aferição dos critérios que vão auxiliar na ponderação dos valores a ser considerados na complementação de cláusulas abertas, **mas não podem substituir as normas jurídicas, pois só estas são dotadas de *enforcement* e tem respaldo para atuar de forma coercitiva, obrigando ao cumprimento de determinada conduta.**

Podemos considerar boa e razoável uma determinada regra filosófica, sociológica, psicológica ou econômica e ressaltar a sua importância para a análise da realidade fática e para a formulação do diagnóstico do conflito posto. Entretanto, a abordagem multidisciplinar tem um papel coadjutor, pois não temos instrumentos para obrigar alguém a cumprir tais regras, já que nenhuma delas detém coatividade normativa, condição ostentada apenas pela norma jurídica num Estado de Direito.

A Constituição Federal de 1988 deixou tal configuração explícita.

Ao constitucionalizar o direito trabalhista, e valorizar a natureza propositiva da norma jurídica, libertou-a do rótulo fatalista/reducionista que atualmente insiste em permear as ciências sociais. Priorizou o norte jurídico que deve balizar a busca de soluções, evitando que se perca em digressões sociológicas, filosóficas e econômicas, quando se trata de solucionar um conflito concreto, pela simples e boa razão de que nesta situação não basta o juiz achar que uma teoria é melhor do que a outra, se não conseguir escorá-la numa norma jurídica e

---

22 Kant, Immanuel- Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos- Editora Martin Claret- São Paulo- 2004

23 Nietzsche, Friedrich Wilhelm- Assim falava Zarathustra- tradução Ciro Mioranza- Editora Escala- São Paulo

assim exigir o cumprimento de uma obrigação, garantindo a efetividade da prestação jurisdicional.

Por outro lado, ao trazer para seu corpo a questão trabalhista, conferindo-lhe, como direito fundamental, uma condição de supra-legalidade, deixou claro a Constituição Federal de 1988 que essa normatividade não pode ser reduzida à perspectiva da legalidade formal, devendo ser estruturada no conceito de legalidade substantiva, de modo que não pode restringir-se ao que está positivado apenas nos códigos e leis.

Assim, a Carta Política de 1988 resgata a importância do enfoque jurídico, exponenciando na arena institucional o valor do Direito do Trabalho como balizador de conduta, marcando o ingresso do Brasil no movimento mundial de neoconstitucionalismo, centrado na atuação propositiva do Poder Judiciário.

Com efeito, trata-se de um modelo reconstrutivista na feliz conceituação de Habermas<sup>24</sup>, que confere ao Judiciário vigor institucional suficiente para formar um dique de contenção aos excessivos poderes do Executivo, ao mesmo tempo em que evita o domínio do interesse privado no espaço público, revalorizando a esfera pública como *locus* privilegiado para a tomada de decisões institucionais. Ao atuar com base no princípio da persuasão racional, o juiz garante a observância dos direitos fundamentais de todos os cidadãos, e não apenas dos que conseguem formar a maioria no Legislativo, priorizando a autoridade do melhor argumento, e não a prevalência do argumento que advém da maior autoridade, como rezava a antiga tradição coimbrã.

A constituição Federal de 1988 não só consolidou a situação do Judiciário como um dos poderes da República no Brasil, como lhe atribuiu a situação de construtor de um novo padrão de normatividade, necessário para garantir a funcionalidade da jurisdição.

E mais.

Desperta-nos para a urgência em enfrentar o problema a fim de evitar a anomia.

Como bem observa Barroso<sup>25</sup> embora tenha ocorrido no Brasil um expressivo progresso na produção científica do direito, ainda falta *massa crítica*, o debate “segue pautado por referências teóricas estrangeiras, notadamente americanas e alemãs”, levando-nos a viver “a vida dos outros, incorporando seus projetos e seus temores, com perda da capacidade de refletir sobre si e sobre a própria realidade” o que causa um *déficit* de funcionalidade na aplicação do direito, que é preciso evitar para garantir a utilidade da jurisdição.

Afinal, para que serve todo um aparato normativo e um sistema jurisdicional amplo, se não consegue solucionar conflitos reais de pessoas que vivem no Brasil e não no restante das Américas, ou na Europa?

O grande desafio consiste em “introduzir de forma radical a juridicidade no direito constitucional brasileiro e substituir a linguagem retórica por um discurso substantivo, objetivo, comprometido com a realização dos valores e dos direitos contemplados na Constituição” como ressalta Barroso.

Ao agasalhar uma multiplicidade de posições, muitas delas aparentemente ambíguas em relação a determinadas questões, o que a Constituição fez foi exibir como fratura

24 Habermas, Jurgen- O discurso filosófico da modernidade- Editora Martins fontes- São Paulo- 2000- págs 519 e seguintes.

25 Barroso, Luis Roberto- O direito constitucional e a efetividade de suas normas- Editora Renovar 2006- Rio de Janeiro- pag 281/287

exposta toda a ambigüidade que permeia a cultura brasileira, todo o paradoxo dos conflitos reais para os quais é preciso apresentar respostas.

## 9 - Conclusão

O neoconstitucionalismo trazido pela Constituição Federal de 1988 veio conferir ao sistema normativo um conteúdo civilizatório, consolidando a importância das instituições para garantir a dimensão ética, que considerou inerente ao princípio da legalidade substantiva.

Ao garantir, como fundamentais, os direitos trabalhistas elencados no artigo 7<sup>a</sup>, a CF/88 estabeleceu que a retribuição remuneratória pelo trabalho prestado, e a correta transferência dos aumentos da produtividade física do trabalho, como salário real, são indispensáveis para impulsionar a edificação de uma sociedade mais justa nas oportunidades de acesso aos resultados da produtividade, impedindo a concentração do excedente nas mãos de poucos, evitando a reprodução de assimetrias sociais que criam bloqueios à inovação e a difusão do desenvolvimento social, evitando a dependência aos modelos externos e a desarticulação interna dos padrões normativos, obrigando-os à consonância com a realidade fática que visam regular, assim delineando um novo paradigma de edificação da identidade nacional, pautado pela atuação do Poder Judiciário como construtor da autonomia normativa.

No Brasil, em que a evolução institucional de um país de dimensão continental não conviveu com guerras, nem com grandes movimentos revolucionários, a construção da identidade nacional se processou de forma mais lenta. A Constituição Federal de 1988 conferiu ao Poder Judiciário a atribuição de completar os próprios enunciados das cláusulas abertas como ator importante deste processo, dotando-o de expressivos poderes de sopesamento entre interesses contrapostos, referentes às grandes dualidades que marcam o público/privado, Estado/mercado, individualismo/sociabilidade.

Não olvidou a tradição ibérica que nos acompanha desde a formação, valorizando a perspectiva de um verdadeiro solidarismo, mas também garantindo espaços ao empreendedorismo individual, que traz dinamismo à vida nacional, impedindo, porém, que a atitude do indivíduo seja pautada pela anulação de sua condição de cidadão e pela invasão do espaço público pelos interesses privados.

Preservando a multiplicidade de enfoques abriu caminhos para a construção de alternativas criativas e atreladas a multiplicidade cultural, que se constitui no traço mais característico de nossa nação, não aceitando o beco sem saída e a visão reducionista, que limitam o debate sobre o futuro institucional do Brasil a um singelo braço de ferro entre o socialismo e o liberalismo, por reconhecer que a realidade da vida é muito mais complexa do que esse dualismo.

Ao constatar as limitações do Poder Legislativo, não só no que se refere a construção de consensos no Parlamento, mas também ante a notória dificuldade de lidar com a distensão da maioria/minoria, o neoconstitucionalismo trazido pela CF/88 abre espaços para a judicialização da política, colocando o Poder Judiciário como ator importante no balizamento desta equação, ou seja, os interesses políticos tem liberdade de atuação, mas essa não pode ser absoluta, o governo da maioria pode, mas não pode tudo, pois sempre deverão ser respeitados os direitos fundamentais das minorias, garantindo ao cidadão o direito a um Estado eficiente na prestação dos serviços públicos, assim instituindo os direitos fundamentais da 4<sup>a</sup> geração, conforme expressamente disposto no inciso LXXVIII do artigo 5<sup>o</sup> da CF/88 quanto à garantia da razoável duração dos processos.

Ademais, construção de um modelo institucional que garanta a implementação da liberdade e da igualdade substantiva, e não apenas formal, se revela particularmente importante para o direito do Trabalho. Dotado de natureza híbrida, que mescla conceitos de direito público e de direito privado, o direito do trabalho esta estruturado tanto em princípios de Justiça Comutativa, como de Justiça Distributiva, de modo que é com base nestes parâmetros que se dará a construção de um novo padrão de normatividade.

Em suma, a busca de um equilíbrio satisfatório na realização dos valores da liberdade e segurança, pois ambos se apresentam indispensáveis não só para a construção da identidade nacional, mas também para a sustentação da vida institucional do país.

A semelhança do que ocorreu com o movimento modernista de 1922 , a Constituição Federal de 1988 submete o ordenamento jurídico nacional a um choque de brasilidade. Ao instituir a moralidade objetiva, como parte integrante do conceito de legalidade, implode a concepção arcaica que as concebia como esferas separadas, rasgando estradas institucionais que possibilitam atrelar o caráter nacional ao conceito de decência, dando-nos ferramentas para enterrar de vez, e de preferência para sempre, o protótipo de Macunaíma, que um dia tentou nos identificar com o *herói sem nenhum caráter*.

A Carta de 1988 possibilita a reconstrução da dogmática jurídico-constitucional, que possa abreviar a fase de imaturidade que tem travado a funcionalidade do sistema, levando as instituições nacionais ao descrédito.

Vinte anos após a promulgação em 1988, fica claro que ao instituir as vigas mestras do neoconstitucionalismo, a Constituição Federal inseriu a atuação jurisdicional côm referênciainstitucional para a edificação de um país independente, que tem na cidadania do trabalho decente seu marco de sustentação.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARIZA, Santiago Sastre. *La ciência jurídica ante el neoconstitucionalismo in Neoconstitucionalismo (s)*. edición del Miguel Carbonell. Madrid: Editorial Trotta. 2003..

BARROSO, Luis Roberto. *A nova interpretação constitucional- ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Livraria Editora Renovar Ltda. 2006.

BARROSO, Luis Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito – Revista de direito Administrativo*. v. 240. abril/junho 2005.

BARROSO, Luiz Roberto. *O Direito constitucional e a efetividade de suas normas*. Rio de Janeiro: Editora Renovar. 2006.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. tradução Plínio Dentzien. Jorge Zahar Editor. Rio de Janeiro.2001.

BAUMAN, Zygmunt. *Vida líquida*. tradução de Carlos Alberto Medeiros. Jorge Zahar Editor. Rio de Janeiro-2007.

CUNHA, Euclides. *Os sertões*. São Paulo: Martin Claret. 2002.

FERRAJOLI, Luigi. *Los Fundamentos de Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta. 2001.

FURTADO, Celso. *Fundamentos Econômicos da Ocupação Territorial*. São Paulo: Companhia Editora Nacional. 2003.

GUASTINI, Riccardo. *La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico- in Neoconstitucionalismo(s)*- edición del Miguel Carbonell. Madrid: Editorial Trotta. 2003.

HABERMAS, Jurgen. *O discurso filosófico da modernidade*. São Paulo: Editora Martins Fontes. 2000

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. São Paulo: Editora Martin Claret. 2004.

LUHMANN, Niklas. *Do sistema social à sociologia jurídica*. traduções de Dalmir Lopes Junior, Daniele Andréa da Silva Manão e Flávio Elias Riche. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris. 2004.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *Assim falava Zarathustra*. tradução Ciro Mioranza. São Paulo: Editora Escala.

PRADO JUNIOR, Caio. *Formação do Brasil Contemporâneo*. São Paulo: Publifolha e Editora Brasiliense S/ A. 2000.

SANCHIS, Luis Prieto. *Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial in Neoconstitucionalismo(s)*. edición del Miguel Carbonell. Madrid: Editorial Trotta. 2003.

STRECK, Lenio Luiz. *A crise da hermenêutica e a hermenêutica da crise: a necessidade de uma nova crítica do direito in Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. coordenador José Adércio Leite Sampaio. Belo Horizonte: Editora Del Rey. 2003.

VIANNA, Luiz Werneck. *A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan. 1999.

VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. São Paulo: Livraria Martins Fontes. 2005.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil*. Madrid: Editorial Trotta. 2007.



**2009**



## **DIES A QUO PARA A INCIDÊNCIA DA TAXA SELIC E MULTA: uma leitura constitucional**

**Tereza Aparecida Asta Gemignani<sup>1</sup>**

“Só a superação desta visão, com o reconhecimento da *força normativa* de toda a Constituição, em especial de seus princípios, é que vai permitir conceber o ordenamento como uma unidade, na qual a Lei Maior representa não apenas o limite para o legislador, mas também o norte de sua atuação e o centro unificador de todo o direito infraconstitucional.” Daniel Sarmento

### **Resumo**

O artigo se propõe a examinar a tormentosa questão do dies a quo para o cômputo de juros pela taxa SELIC e multa moratória em relação às contribuições previdenciárias executadas pela Justiça do Trabalho. Sustenta que, ante o princípio da unidade da Constituição, o disposto no inciso VIII do artigo 114 deve ser interpretado em conjunto com o inciso I do artigo 109 da CF/88. Pondera que fato gerador e constituição em mora são institutos jurídicos distintos, ressaltando que a execução de ofício na Justiça Trabalhista é pautada por regras próprias, que não substituem a ação fiscal da União, não exigem anterior lançamento nem prévia inscrição na dívida ativa, de modo que não se confundem com as que regem o procedimento administrativo fiscal e judicial tributário. Defende a observância da tipicidade e do princípio da estrita legalidade previsto no artigo 150 da CF/88, com aplicação do critério estabelecido no parágrafo 3º do artigo 43 da Lei 8.212/91, conforme recente alteração promovida pela lei 11.941/09, pois em consonância com o artigo 880 da CLT, para que seja cumprido o *due process of law*, agasalhado no inciso LIV do artigo 5º da Carta Maior a fim de preservar a segurança jurídica.

**Palavras-chave-** A taxa SELIC e o dies a quo de sua aplicação em relação às contribuições previdenciárias. A distinção entre fato gerador e constituição em mora. Interpretação da nova redação conferida pela lei 11.941/09 ao artigo 43 da lei 8212/91. Tipicidade e o princípio da estrita legalidade. *Due process of law* e segurança jurídica.

### **1 - Introdução**

A conversão da Medida Provisória 449/2008 na Lei 11.941/09 veio suscitar controvérsia sobre muitas questões, que envolvem o recolhimento previdenciário em execução processada de ofício nos autos de uma ação trabalhista. Trata-se de momento propício para estimular as discussões acerca da interpretação do texto legal que possam levar a conclusões concretas e, por isso, a fim de contribuir para o debate, trago para análise a matéria referente ao cômputo do dies a quo para a incidência da taxa SELIC e multa moratória.

A Constituição Federal de 1988 inovou ao traçar um capítulo inteiro sobre a Seguridade Social (Título VIII- Capítulo II- artigos 194 a 204), como gênero que abriga três espécies distintas: a previdência social, a assistência social e a saúde, agasalhando de vez a teoria dualista, ao desvincular o direito previdenciário do direito trabalhista, incluído entre os fundamentais no Capítulo II do Título II- artigo 7º-.

Assim, estabeleceu de forma clara que nas questões que versam sobre seguridade social a relação é estatutária e publicista *ex lege*, formada entre os particulares e o Estado, pautada pelo princípio da estrita legalidade, enquanto o direito trabalhista rege relações de natureza jurídica contratual.

A Seguridade social é direcionada por princípios diferenciados e contém conceitos próprios como salário de benefício, salário de contribuição, auxílio doença, renda mensal, entre outros. As normas que disciplinam o procedimento fiscal administrativo e o judicial tributário estão

---

<sup>1</sup> Tereza Aparecida Asta Gemignani é Desembargadora do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região- Campinas- Doutora em Direito do Trabalho- nível de pós-graduação- pela Faculdade de Direito do Largo São Francisco- USP- Universidade de São Paulo

atreladas ao princípio da estrita legalidade, estabelecem regras peculiares que prevêm a possibilidade de Recuperação Fiscal ( REFIS) e sistemas de parcelamento ( PAES /PAEX), benefícios que não podem ser concedidos numa execução trabalhista, processada com observância do *due process of law*.

Como bem ressalta Regina Helena Costa,<sup>2</sup> a tributação exercida pelo Estado “ há de ser desenvolvida dentro dos balizamentos constitucionais, impondo-se a edição de leis tributárias com observância dos princípios pertinentes”

Os institutos jurídicos são distintos e a competência também. Enquanto à Justiça do Trabalho cabe julgar as lides que tratam de matéria trabalhista conforme estabelece o artigo 114 da CF/88, compete à Justiça Federal tratar das questões previdenciárias, em que a União figure como “autora, ré, assistente ou oponente” como reza o inciso I do artigo 109 da CF/88

Entretanto, as leis editadas sob a égide da Carta de 1988 estabeleceram um espaço de confluência, entre o direito trabalhista e o previdenciário, ao construir o conceito de segurado. Não se trata de junção, pois a noção de segurado não se restringe apenas aos que exercem atividade remunerada, podendo incluir outros como a dona de casa e o síndico de condomínio sem remuneração. Porém, há um imbricamento conceitual inequívoco na medida em que todo trabalhador, só por ostentar essa condição se torna segurado obrigatório, independentemente de estar, ou não, inscrito no órgão previdenciário. Nestes termos preceitua o artigo 12 da lei 8.212/91, ao estabelecer que o simples exercício de atividade remunerada, sujeita ao Regime Geral de Previdência Social, provoca filiação automática, formando uma relação jurídica com o órgão previdenciário. Neste sentido também dispôs o parágrafo único do artigo 20 do Decreto 3048/99, ao consignar expressamente que a “filiação à previdência social decorre automaticamente do exercício de atividade remunerada para os segurados obrigatórios”, assim evidenciando claramente a junção da figura do trabalhador e do segurado.

## 2 - As alterações da Emenda Constitucional nº 45

Visando preservar a unidade da jurisdição trabalhista, a Emenda Constitucional nº 45 acrescentou o inciso VIII ao artigo 114 da CF/88, estabelecendo a competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar: “ a execução, de ofício, das contribuições sociais previstas no artigo 195, I, “a”, e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir.”

A aplicação deste dispositivo tem causado intensa celeuma quanto à extensão de seu alcance:

Alguns procedem à leitura reducionista do que ali está disposto, entendendo que a incidência previdenciária só é cabível quando for proferida sentença de natureza condenatória, excluindo as decisões declaratórias de vínculo, tendo sido neste sentido expedido o inciso I da Súmula 368 do C. TST.

Contudo, me parece que tal entendimento foi superado e está em dissonância com a idéia básica que norteou a edição da Emenda Constitucional 45, qual seja, a de reconhecer a unidade da jurisdição trabalhista a fim de conferir-lhe maior efetividade, diretriz devidamente explicitada pela lei 11.457/07 ao acrescentar o parágrafo único ao artigo 876 da CLT.

Com efeito, como aduzir que na Justiça do Trabalho a execução da incidência previdenciária se processaria apenas em relação às sentenças condenatórias, quando as declaratórias de vínculo produzem efeitos decisivos na concessão de benefícios previdenciários ao trabalhador, segurado obrigatório? Como sustentar a partição de competência quando a Lei Maior sinalizou exatamente em sentido contrário?

A alegação de que os valores assim recolhidos, mediante execução trabalhista,

---

2 Costa, Regina Helena - Curso de Direito Tributário-Editora Saraiva - 2009-pag 6  
Rev. TRT 10ª Região, Brasília, v. 15/18, p.193-204, 2006/2009

estavam sendo lançados pelo INSS indevidamente num fundo comum e não eram considerados para fins de concessão de benefícios indica a necessidade de correção dos procedimentos adotados, mas não respalda a redução da competência, ante o teor do dispositivo constitucional supra referido, que assim estabelece de forma genérica em relação a toda sentença trabalhista, de modo que não há supedâneo para a exclusão das declaratórias.

Outros partem para uma leitura ampliativa pretendendo, ao arrepio da Lei Maior, imputar à jurisdição trabalhista uma atribuição supletiva da inércia fiscal da União, enxertando indevidamente no processo trabalhista atos próprios da atividade fiscal, administrativa e tributária do Poder Executivo.

Também considero insustentável esta posição extremada, pois o Poder Judiciário Trabalhista não é órgão administrativo e não lhe compete substituir a ação fiscalizatória que cabe à União, pois a lei não deixou de exigir tais procedimentos por parte do fisco, nem foi abolido o processo judicial de cobrança que a União deve implementar junto a Justiça Federal Comum.

Neste contexto, como deve ser feita a leitura constitucional da matéria?

### **3 - A unidade da jurisdição trabalhista.**

Respaldada no princípio da unidade de convicção, a Emenda Constitucional 45 visou garantir a unidade da jurisdição trabalhista em razão da matéria, por reconhecer na relação de trabalho uma vis atrativa dos consequentes desdobramentos dela decorrentes, mas não conferiu ao Juízo Trabalhista a atribuição de substituir a ação fiscal própria do Poder Executivo, nem transferiu-lhe a jurisdição tributária, que continua a ser exercida pela Justiça Federal Comum nos limites traçados pela Carta Magna, de modo que o disposto no inciso VIII do artigo 114 deve ser interpretado em consonância com o inciso I do artigo 109, ambos da Constituição Federal.

Importante ressaltar que tal critério já vem sendo observado em outras matérias, em que também ocorre este tangenciamento material. Por exemplo, ao constatar a falta de recolhimento do FGTS o juiz trabalhista pode determinar ao empregador que efetue os depósitos respectivos sob pena de execução direta. Entretanto, não tem atribuição fiscal, nem jurisdição tributária, para condená-lo ao pagamento das multas previstas no artigo 22 da lei 8036/90 em favor do Fisco e da contribuição social de 10% devida ao Fundo nos termos da Lei Complementar 110/01.

O mesmo ocorre em relação à apuração da incidência previdenciária, pois o fato de existir uma reclamação trabalhista em trâmite nesta Justiça Especializada não impede a atuação fiscal dos órgãos do Poder Executivo, com a observância do procedimento administrativo quanto ao lançamento, inscrição na dívida ativa e ajuizamento da ação pela União perante a Justiça Federal Comum, inexistindo amparo constitucional para sustentar que esta ação fiscal e tributária teria sido substituída por uma ação trabalhista, em cujos autos se processa de ofício uma execução atípica e peculiar, balizada por limites próprios.

Não foi esse o escopo da Emenda Constitucional.

Não foi isso o que estabeleceu a lei.

O inciso VIII do artigo 114 não veio neutralizar a ação fiscal do Poder Executivo, nem teve o escopo de esvaziar o contido no inciso I do artigo 109 da CF/88 quanto a cobrança de débito fiscal, sendo que tais procedimentos não se excluem, continuando a existir cada qual em sua esfera de competência.

E qual a esfera de competência trabalhista?

Precisamente o que está disposto no inciso VIII do artigo 114, ou seja, nem mais, nem menos do que ali foi fixado.

Cabe a Justiça do Trabalho a execução de ofício das contribuições sociais previstas no artigo 195, I, “a”, e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir, condenatórias e declaratórias, assim preservando a unidade da jurisdição trabalhista, no sentido de

fazer valer o reconhecimento do vínculo não só nas relações contratuais entre os particulares envolvidos, mas também em face do Estado, nas relações previdenciárias delas decorrentes, pela simples e boa razão de que não tem sentido deixar a jurisdição pela metade. Com efeito, se o trabalhador foi assim considerado pela Justiça Trabalhista, que detém jurisdição específica para tanto, e se tal categorização per se lhe confere a condição de segurado obrigatório junto ao INSS, com o conseqüente reconhecimento do tempo de serviço para fim de auferir benefícios previdenciários, é evidente que a jurisdição trabalhista só estará completa se a decisão tiver a sua eficácia reconhecida em relação a todos esses aspectos.

Portanto, se a condição de segurado nasce junto com o reconhecimento da existência de um vínculo trabalhista, a preservação da lógica do sistema normativo impele a atribuição de competência à Justiça do Trabalho também para executar as conseqüentes contribuições previdenciárias decorrentes da sentença proferida. Entretanto, não neutraliza ou substitui a ação fiscal que cabe aos órgãos próprios da União, nem desloca a integralidade da competência tributária, pois o disposto no inciso I do artigo 109 da CF/88 permanece em vigor.

A peculiaridade da execução trabalhista fica bem evidenciada quando passamos a analisar os institutos da decadência e prescrição. Com efeito, caso não prevaleça a posição que ora sustento, um número significativo de contribuições previdenciárias será atingido pela decadência, por ter decorrido o prazo legal de 5 anos sem a devida constituição do crédito tributário (artigos 150 parágrafo 4º e 173 do Código Tributário Nacional), ou mesmo a prescrição, pelo decurso de 5 anos sem a necessária inscrição na dívida ativa (artigo 174 do CTN e Súmula Vinculante nº 8 do STF), por ter deixado a União de cumprir com suas atribuições fiscais, que não foram suspensas nem substituídas pelo ajuizamento de uma ação trabalhista.

Ademais, os critérios para a fixação do dies a quo quanto a aplicação de juros pela taxa SELIC e multa moratória estabelecidos nos artigos 34 a 39 da lei 8.212/91, bem como a concessão de parcelamento e recuperação fiscal, tem aplicação específica no procedimento fiscal administrativo e execução judicial processada perante a Justiça Federal Comum, casos em que também incidem as normas que regem os institutos da decadência e prescrição em direito tributário (artigos 150, 156 173 e 174 do Código Tributário), mas não se aplicam à execução atípica processada nos autos de uma ação trabalhista, pois é pautada por regras próprias e específicas.

Também se revela juridicamente insustentável a alegação de que o prazo prescricional referente aos recolhimentos previdenciários teria início a partir do ajuizamento porque não há lei que assim estabeleça além de que, por óbvio, a ação trabalhista não é intentada pelo credor previdenciário.

Destarte, como na execução trabalhista a União só teve conhecimento da existência de um crédito tributário em seu favor quando este já estava sendo executado no curso de uma ação judicial trabalhista, descabe qualquer questionamento quanto a possibilidade da ocorrência de decadência, devendo ser aplicado, quanto a prescrição, o disposto no parágrafo 4º do artigo 40 da Lei de Execução Fiscal que prevê o reconhecimento, de ofício, da prescrição intercorrente quando decorridos 5(cinco) anos do arquivamento provisório dos autos, determinado após o prazo de 1(um) ano sem a localização do devedor ou de bens penhoráveis.

A possibilidade de pronunciamento de ofício da prescrição intercorrente está em consonância com a diretriz esposada pelo parágrafo 5º do artigo 219 do CPC, nos termos em que foi alterado pela lei 11.280/06, sendo inaplicável a diretriz prevista na Súmula 114 do C. TST, pois aqui não se trata de crédito trabalhista, mas tributário, o que é bem diferente.

É importante ressaltar que num Estado de Direito, como o nosso, a exigibilidade do débito tributário só se sustenta quando há observância do rito procedimental posto pela lei. No caso das verbas previdenciárias, isso pode ocorrer de duas formas distintas:

- 1- A constituição do crédito tributário tem início pela fase administrativa mediante lançamento (artigo 142 do CTN), que é ato vinculado e enseja as cominações previstas na

lei 8.212/91 quanto a declaração de decadência nos termos do art. 173 do CTN, concessão de parcelamentos e financiamento e, se não houver pagamento, inscrição na dívida ativa com observância do prazo prescricional previsto no artigo 174 do CTN, e ajuizamento do executivo fiscal –LEF- perante a Justiça Comum Federal- art. 109 -I da CF/88.

2- Nos autos de uma ação trabalhista, processada nos termos do inciso VIII do artigo 114 da CF/88. Aqui não há lançamento, não há inscrição na dívida ativa. É a sentença trabalhista que constitui o crédito previdenciário e o reveste de certeza, enquanto a sentença de liquidação lhe confere liquidez, assim perfazendo os requisitos necessários para que se torne exigível. Como a União só toma conhecimento da existência deste crédito em seu favor quando o título já está sendo processado judicialmente, não há que se falar em decadência nem prescrição nos termos dos artigos 173 e 174 do CTN, sendo cabível apenas a decretação de ofício da prescrição intercorrente conforme dispõe o artigo 40 da LEF.

O sistema constitucional delimita claramente essas duas situações, tendo o inciso VIII do artigo 114 da CF/88 fixado expressamente tal baliza, ao estabelecer que a competência trabalhista se refere às verbas previdenciárias decorrentes das sentenças e acordos.

As normas infraconstitucionais também caminham neste sentido. O artigo 879 da CLT trata da sentença de liquidação, enquanto a lei de custeio distingue com clareza os critérios de cobrança administrativa, daqueles que deverão ser observados na execução trabalhista, ao tratar desta questão em dispositivo específico (artigo 43), diretriz ratificada e ampliada pela lei 11.941/09 ao alterar seu parágrafo 3º.

Portanto, as contribuições previdenciárias decorrentes das sentenças e acordos trabalhistas só se tornam exigíveis quando o débito previdenciário se reveste de certeza e liquidez, que assim possibilite o recolhimento pelo devedor, que só está obrigado a responder pelo pagamento de multa e juros moratórios pela taxa SELIC quando configurada a situação de mora, ou seja, apenas se descumprir o prazo legal previsto no artigo 880 da CLT.

E que assim deve ser observado, ante a estrita legalidade e os princípios constitucionais constantes do artigo 150 da CF/88 que regem o direito tributário, pois foi a própria lei que fixou a data da configuração da mora nesta modalidade peculiar de execução.

Com efeito, se a União não procedeu a qualquer ato administrativo ou fiscal, não houve lançamento do débito nem inscrição na dívida ativa, qual o amparo legal para retroagir a imputação de multa e juros moratórios desde a prestação de serviços, se antes da sentença de liquidação havia impossibilidade material de cumprir com a obrigação, pois o devedor tributário não tinha conhecimento da importância líquida que devia pagar ?

Ressalte-se que o artigo 144 do CTN em nenhum momento trata da constituição da mora em processo judicial trabalhista, disciplinando especificamente a constituição do crédito tributário pelo ato administrativo de lançamento, de modo que ante o princípio da tipicidade, que rege a incidência tributária, não pode ser aplicado fora destes limites, notadamente porque a instância judicial trabalhista não se confunde com a esfera administrativa fiscal.

Insustentável a pretensão de enxertar institutos e normas legais exclusivas da fase administrativa num processo judicial trabalhista que já está em fase de execução, o que tem aumentado desnecessariamente os temas em conflito, ao arrepiar da reforma trazida pela EC 45.

#### **4 - Princípio de interpretação das leis em conformidade com a unidade constitucional**

Ademais, a fim de possibilitar a operacionalidade do sistema, as normas legais devem ser interpretadas de modo a fazer valer a unidade da Constituição.

Em relação a tal matéria, ressalta Canotilho<sup>3</sup> que como a Constituição é a norma normarum “deve dar-se primazia às soluções hermenêuticas que, compreendendo a historicidade

3 Canotilho, José Joaquim Gomes- Direito constitucional e Teoria da Constituição- 5ª edição- Livraria Almedina- Coimbra Portugal- pag 1210.

das estruturas constitucionais, possibilitam a actualização normativa, garantindo, do mesmo pé, a sua eficácia e permanência”. Assim, ante o “princípio da força normativa da constituição na solução dos problemas jurídico-constitucionais deve dar-se prevalência aos pontos de vista que, tendo em conta os pressupostos da constituição (normativa) contribuem para uma eficácia ótima da lei fundamental”, de modo que a superioridade normativa da Constituição baliza todas as demais leis e atos administrativos.

Este princípio é pautado pela idéia de prevalência da Constituição e conservação da norma posta, com especial atenção para os fins colimados pelo legislador e o sentido em que foi instituída. Pondera que a aplicação desta diretriz ganha relevância quando “a utilização dos vários elementos interpretativos não permite a obtenção de um sentido inequívoco dentre os vários significados da norma”, o que torna necessário proceder a uma interpretação que “lhe dê um sentido em conformidade com a constituição” que, na questão ora em estudo, teve o escopo de garantir em razão da matéria a integralidade da jurisdição trabalhista nesta Justiça Especializada e não de imputar-lhe atribuição fiscal supletiva da inércia da União ou atribuir-lhe a unidade da jurisdição tributária.

Neste sentido também caminha o pensamento de Jorge Miranda<sup>4</sup>, ao pontuar que a “acção imediata dos princípios consiste, em primeiro lugar, em funcionarem como critérios de interpretação e de integração, pois são eles que dão a coerência geral do sistema...com... função prospectiva, dinamizadora e transformadora,” atuando como “elementos de construção e qualificação: os conceitos básicos de estruturação do sistema constitucional aparecem estreitamente conexos com os princípios,” . decorrendo daí “o peso que revestem na interpretação evolutiva; daí a exigência que contêm ou o convite que sugerem para a adopção de novas formulações ou de novas normas que com eles melhor se coadunem e que, portanto, mais se aproximam da idéia de direito inspiradora da Constituição”

Ao tratar do tema, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco<sup>5</sup> salientam que os “aplicadores da Constituição, em face das normas infraconstitucionais de múltiplos significados,” devem proceder a interpretação de modo a preservar os princípios da certeza e segurança jurídica, que “estariam comprometidos se os aplicadores do direito, em razão da abertura e da riqueza semântica dos enunciados normativos, pudessem atribuir-lhes qualquer significado”. Destacam que “o princípio da interpretação conforme passou a consubstanciar, também, um mandato de otimização do querer constitucional, ao não significar apenas que entre distintas interpretações de uma mesma norma há que se optar por aquela que a torne compatível com a constituição, mas também que, entre diversas exegeses igualmente constitucionais, deve-se escolher a que se orienta para a Constituição ou a que melhor corresponde às decisões do constituinte”.

No caso da Emenda Constitucional 45, em consonância com o disposto no inciso IV do artigo 1º da CF/88, que erigiu o trabalho como valor fundamental para a edificação da república brasileira, este querer está direcionado para a consolidação da unidade da jurisdição trabalhista, a fim de garantir a integralidade da tutela judicial nas relações de trabalho, nestes termos balizando a interpretação das normas infraconstitucionais e o procedimento estatal. Em nenhum momento foi estabelecido o deslocamento das atribuições fiscais ou transferência da jurisdição tributária da Justiça Federal Comum para a Justiça Trabalhista, como vem arguindo a União em inúmeros recursos que tem ajuizado perante essa Justiça Especializada.

## **5- A distinção entre fato gerador e constituição em mora.**

---

4 Miranda, Jorge- Manual de Direito Constitucional- Tomo II- Coimbra Editora Limitada- 3ª edição- 1991- págs 226/227

5 Ferreira Mendes, Gilmar- Martires Coelho, Inocêncio- Gonet Branco, Paulo Gustavo *in* Curso de Direito Constitucional- Editora Saraiva- 2ª edição- 2008- pags 119/120

A distinção entre fato gerador e constituição em mora não enseja maiores questionamentos em matéria trabalhista. Se, por exemplo, determinado empregado faz horas extras em janeiro e não recebe o respectivo pagamento, tal configura o fato gerador. Entretanto, se ajuizar ação apenas em dezembro, o pagamento dos juros, decorrentes da constituição em mora, só será exigível a partir de dezembro, nos termos do artigo 883 da CLT.

Tal ocorre porque a constituição em mora não se dá no mesmo momento do fato gerador.

Se assim decidimos em relação ao crédito trabalhista, que é privilegiado por deter natureza alimentar, qual o fundamento para desconsiderar a mesma distinção estabelecida na lei previdenciária, que por ter natureza tributária está adstrita ao princípio da estrita legalidade?

Ora, em relação aos recolhimentos previdenciários cuja execução é processada em ação trabalhista o raciocínio deve ser o mesmo, notadamente ante o constante da recente lei 11.941/09 que, ao alterar o disposto no artigo 43 da lei 8.212/91, destacou de forma expressa a diferença entre o momento em que ocorre o fato gerador (parágrafo 2º), daquele em que se dá a constituição em mora (parágrafo 3º), distinção a cujo reconhecimento estamos obrigados pelo princípio da legalidade, pois se a lei assim não entendesse não haveria necessidade de excepcionar os critérios de aferição.

Com efeito, se não houve lançamento nem inscrição em dívida ativa, e o débito previdenciário só foi constituído em decorrência de uma sentença trabalhista que o revestiu de certeza e de uma sentença de liquidação que lhe conferiu liquidez, a constituição em mora só se dá quando o devedor, citado para pagar, deixa de fazê-lo no prazo legal. E tal ocorre porque, como anteriormente destacado, trata-se de uma situação jurídica peculiar e atípica, que se configura nos autos de uma ação judicial que está em trâmite, o que afasta as regras procedimentais estabelecidas nos artigos 34 a 39 da lei 8.212/91 para a fixação do dies a quo, quanto a aplicação de juros pela taxa SELIC e multa moratória, bem como a concessão de parcelamento e recuperação fiscal, benefícios que têm aplicação exclusiva e específica no procedimento fiscal administrativo e execução judicial processada perante a Justiça Federal Comum.

## **6 - O dies a quo para a incidência da taxa SELIC e a conversão da MP 449 na lei 11.941/09**

Destarte, na execução processada nos autos de uma ação trabalhista, o fato gerador não se confunde com a constituição em mora.

São situações jurídicas distintas, porque a própria lei assim estabeleceu.

Com efeito, enquanto o parágrafo 2º trata do fato gerador, o parágrafo 3º no artigo 43 da lei 8.212/91, com a recente alteração promovida pela Lei 11.941/09, assim prevê a constituição em mora:

*“Parágrafo 3º-As contribuições sociais serão apuradas mês a mês, com referência ao período de prestação de serviços, mediante a aplicação de alíquotas ,limites máximos do salário-de-contribuição e acréscimos legais moratórios vigentes relativamente a cada uma das competências abrangidas, devendo o recolhimento ser efetuado no mesmo prazo em que devam ser pagos os créditos encontrados em liquidação de sentença ou acordo homologado, sendo que neste último caso o recolhimento será feito em tantas parcelas quantas as previstas no acordo, nas mesmas datas em que sejam exigíveis e proporcionalmente a cada uma delas.”*

Tal disposição está em plena consonância com o disposto no artigo 880, caput, da CLT, in verbis:

*“Requerida a execução, o juiz ou presidente do Tribunal mandará expedir mandado de citação do executado, a fim de que cumpra a decisão ou o acordo no prazo, pelo modo e sob as cominações estabelecidas ou, quando se tratar de pagamento em dinheiro, inclusive de contribuições sociais devidas à União, para que o faça em 48 (quarenta e oito) horas ou garanta a execução, sob pena de penhora.”*

Este critério legal observou a específica tipicidade desta modalidade de execução da incidência previdenciária decorrente de uma sentença trabalhista, que julgou uma situação jurídica em que houve pretensão resistida, não ocorreu ação fiscal por parte da União, não houve anterior lançamento administrativo do débito nem inscrição na dívida ativa, não foi concedida a possibilidade do devedor solicitar qualquer parcelamento (artigo 38 da lei 8212/91 e artigo 3º da lei 11.941/09), requerer inserção em programas de recuperação fiscal (REFIS) ou desconto (artigo 1º da lei 11.941/09).

Além disso, o valor certo da contribuição previdenciária só foi apurado em sentença de liquidação e, por consequência, apenas nesta oportunidade houve a possibilidade do respectivo recolhimento, de sorte que não há amparo para retroagir a imputação em mora ao período anterior ao critério legal estabelecido.

Deste modo, proferida a sentença de liquidação que procederá à apuração das contribuições sociais mês a mês, com referência ao período de prestação de serviços, aplicação das respectivas alíquotas e observância dos limites do salário de contribuição, a Vara expede o mandado nos termos do artigo 880 da CLT, constando expressamente que se não houver o recolhimento previdenciário nas 48 horas (mesmo prazo em que devem ser pagos os créditos trabalhistas) o executado passará a responder pelos juros pela taxa SELIC e multa moratória, que serão cobrados até o efetivo cumprimento da obrigação.

E assim é porque nesta execução atípica, a incidência previdenciária decorre inequivocamente de uma sentença trabalhista “situação definida em lei como necessária e suficiente”, de sorte que a disposição constante do artigo 114 do CTN deve ser entendida em consonância com o disposto no inciso II do artigo 116 do CTN, ao estabelecer que “tratando-se de situação jurídica” considera-se o ocorrido “desde o momento em que esteja definitivamente constituída nos termos do direito aplicável”, o que só restou configurado com a proferição da sentença de liquidação, ao fixar os valores do quantum debeatur exigível para o recolhimento das contribuições previdenciárias.

Por tais razões o cômputo retroativo de multa e juros moratórios desde a prestação de serviços, quando se trata de execução processada de ofício nos autos de uma reclamação trabalhista nos termos do inciso VIII do artigo 114 da CF/88, viola frontalmente o disposto no artigo 150 da Constituição Federal em vigor e afronta os princípios da estrita legalidade e da segurança jurídica, além de conferir indevidamente ao crédito tributário privilégio superior ao próprio crédito principal trabalhista, em relação ao qual os juros são computados, “em qualquer caso” apenas a partir do ajuizamento. Conforme anteriormente referido, também não há supedâneo legal para considerar que os juros moratórios do débito tributário seriam exigíveis pelo mesmo critério, ou seja desde o ajuizamento da ação, pois o artigo 883 da CLT rege apenas a matéria trabalhista e o parágrafo 4º do artigo 879 da CLT que, sintomaticamente, trata da sentença de liquidação, estabelece expressamente que não é aplicável a lei trabalhista para tanto.

Portanto, o deslinde da controvérsia passa pelo reconhecimento de que não se pode confundir o momento em que ocorre o fato gerador com aquele em que se dá a constituição em mora.

São institutos jurídicos distintos, que se configuram em épocas próprias, em conformidade com os critérios postos pelo ordenamento legal em vigor. Em relação às verbas trabalhistas, a contagem dos juros moratórios só é devida a partir do ajuizamento da ação e não da data da prestação dos serviços. No caso de incidência previdenciária, à parte toda a celeuma que ainda grassa no meio jurídico quanto ao fato gerador, os dispositivos legais suso transcritos evidenciam de forma clara que a lei também fixou momentos diferentes para a caracterização do fato gerador e para a configuração do devedor em mora, de modo que deve o interprete observar tais critérios, notadamente quando se trata de débito tributário, em que prevalece o princípio da estrita legalidade e da “tipicidade fechada”.

Como bem ressalta Roque Antonio Carrazza “o princípio da legalidade teve sua intensidade reforçada no campo tributário, pelo artigo 150, inciso I da CF. Sem essa precisa tipificação, de nada valem regulamentos, portarias, atos administrativos e outros atos normativos infralegais: por si sós, não tem a propriedade de criar ônus ou gravames para os contribuintes. Incontroverso, pois, que a cobrança de qualquer tributo pela Fazenda Pública ( nacional, estadual, municipal ou distrital) só poderá ser validamente operada se houver uma lei que a autorize. O princípio da legalidade é um limite intransponível à atuação do Fisco. O tributo subsume-se a esse princípio constitucional. Afinal, a vontade da lei, na obrigação tributária, substitui a vontade das partes, na obrigação privada.”

Esta mesma fundamentação consta das razões de decidir de voto proferido pelo Ministro Luiz Fux<sup>6</sup> ao ressaltar que o “princípio da legalidade, no Direito Tributário, impõe que todos os elementos da exação fiscal estejam previstos em lei, consubstanciando o denominado princípio da estrita legalidade, segundo o qual não apenas a integralidade da hipótese de incidência- em seus critérios material, espacial e temporal- mas também a relação jurídico-tributária- em seus critérios pessoal e quantitativo- devem, imprescindivelmente, constar em lei”.

Importante ressaltar que a inobservância destes balizamentos legais pode conferir, indevidamente, maior gravosidade ao crédito tributário em detrimento do principal trabalhista, provocando insustentável desvirtuamento na execução que se processa nesta Justiça Especializada. Pesquisa realizada pelos servidores deste TRT, Cláudio Yoshinori Yoen e Adelina do Amaral Martins, evidencia de forma contundente esta disparidade entre o débito principal trabalhista e o acessório tributário, quando a multa e os juros moratórios são calculados desde a prestação de serviço. Com efeito, no processo 774-2001-053-15-00-3- AP, o débito trabalhista importou em R\$ 3.000,00, enquanto o previdenciário foi pleiteado pela União em R\$ 6.738,59; no processo 1876-2003-053-15-00-8 foi apurado débito trabalhista de R\$ 9.409,95 e pretendido pela União o valor de R\$ 22.899,52 quanto ao previdenciário; no processo 2154-2002-053-15-00-0 foram homologados cálculos trabalhistas em R\$ 3.237,07 e pretendido pela União o recebimento de R\$ 18.678,63.

Pondera Luiz Roberto Marinoni<sup>7</sup> que interpretar é “expressar significado. Contudo, muito mais do que atribuir significado a uma norma, cabe à jurisdição realizar, no caso concreto, o que foi por ela prometido”, pois o direito de ação, assim “como acontece com os direitos fundamentais no Estado constitucional, exige prestações estatais positivas voltadas a sua plena realização concreta”.

A competência atribuída pela Emenda Constitucional 45 à Justiça do Trabalho não objetivou transferir-lhe atribuições fiscais que são próprias da União, mesmo porque Executivo e Judiciário são poderes com órbitas distintas de atuação, nem provocou o deslocamento da jurisdição tributária, já que preservada a competência da Justiça Federal Comum nos termos do inciso I do artigo 109. Teve o escopo específico de garantir a efetividade da tutela dos direitos trabalhistas, de modo que se tornava necessário preservar a integralidade da jurisdição, abarcando também os efeitos dela decorrentes ao sistema previdenciário, face a condição de segurado obrigatório do trabalhador. Como a vinculação do fisco com o empregador não tem natureza trabalhista, mas tributária, a execução de ofício só pode ser processada com observância dos limites traçados pelo princípio da estrita legalidade, notadamente quanto aos critérios de constituição em mora e cômputo do dies a quo para incidência da taxa SELIC, face ao disposto no parágrafo 3º do artigo 43 da Lei 8212/91 com a nova redação estabelecida pela Lei nº 11.841/09.

Destarte, em relação às contribuições previdenciárias devidas em decorrência de

---

6 Fux, Luiz- Ministro Relator do Recurso Especial nº 0241706-6 -STJ - Primeira Turma- votação unânime- 11/11/2008

7 Marinoni, Luiz Roberto- Teoria Geral do Processo- 2ª edição- Editora Revista dos Tribunais- vol 1- 2ª edição- 2007- pag. 112 e 210

sentença trabalhista, executadas de ofício nesta Justiça Especializada, o dies a quo para a aplicação da taxa SELIC passa a ser computado se não houver pagamento nas 48 horas estabelecidas no artigo 880 da CLT, devendo tal cominação constar expressamente do mandado, para que o executado seja cientificado do encargo que passará a suportar.

### **7 - O princípio da estrita legalidade e a segurança jurídica.**

Importante ressaltar que em relação às matérias disciplinadas pelo Direito Tributário a Constituição Federal ampliou o alcance do princípio da legalidade constante do inciso II do artigo 5º, exigindo em seu artigo 150 a observância do princípio da estrita legalidade, de modo que o poder de tributar está limitado ao que consta expressamente das normas quanto às condições e tipicidade, regra que também alcança a incidência previdenciária e visa preservar a segurança jurídica como valor fundamental para a operacionalidade do sistema.

Assim sendo, o patrimônio do contribuinte só pode ser onerado nos termos e condições estabelecidos pela norma legal, de sorte que cada ato concreto da atividade tributária estatal deve estar rigorosamente respaldado em uma regra, como também prescreveu o artigo 97 do CTN, notadamente em relação aos elementos essenciais do an e do quantum debeat, o que levou a formulação do conceito de estrita legalidade.

Ao discorrer sobre o tema, Nelson Nery Junior<sup>8</sup> revela mais, ao destacar que o princípio da legalidade está inserido no substantive due process, agasalhado no inciso LIV do artigo 5º de nossa Carta Magna, com o escopo de garantir “legal e pragmaticamente, a segurança jurídica”

Tal fundamento doutrinário vem reforçar a interpretação de que a contagem do dies a quo para fins de aplicação da taxa SELIC, em relação às incidências previdenciárias executadas de ofício pela Justiça do Trabalho, deve observar a diretriz estabelecida no parágrafo 3º do artigo 43 da Lei 8212/91 (inserido pela Lei 11.941/2009) no que se refere aos critérios de constituição em mora, que exigem a prévia quantificação líquida da obrigação tributária que o sujeito passivo terá que recolher ao fisco, porque a regra legal assim a considerou como execução atípica, regida por critérios próprios, já que não houve anterior ação fiscal pela União, lançamento do débito, nem inscrição na dívida ativa.

Portanto, ante o disposto no artigo 150 da CF/88, deve ser considerado o prazo fixado no artigo 880 da CLT para o cumprimento da obrigação tributária, sob pena de ocorrer violação ao princípio da estrita legalidade, segundo o qual não basta que a lei preveja a exigência de um tributo, sendo necessário observar também os critérios que vinculam a atuação da Fazenda Pública quanto a constituição em mora numa determinada situação jurídica. Tal visa preservar a segurança jurídica, que o sistema erigiu como direito fundamental no inciso LIV do artigo 5º da Constituição e impedir que a União aumente indevidamente o valor do débito, pois na “verdade, o quantum a ser desembolsado é o que afinal vai interessar, sendo tudo o mais instrumental do implemento das garantias que a Constituição dá, daí a razão pela qual a fixação do quantum direta ou indiretamente está subordinada à legalidade”.

Roque Antonio Carrazza<sup>9</sup> observa com percuciência que, embora louváveis os “propósitos de aumentar a arrecadação e punir os infratores absolutamente não podem prevalecer sobre a segurança jurídica dos contribuintes. Em suma, em matéria tributária e tributário-penal, positivamente, é vedada a interpretação analógica in malam partem”. Assim sendo, em se tratando de execução de contribuições previdenciárias, processadas de ofício pela Justiça do Trabalho, não pode ser descumprida a regra posta e exigido o recolhimento do tributo em condições diversas da

---

8 Nery Junior, Nelson- Princípios do Processo na Constituição Federal- Editora Revista dos Tribunais- 2009 pags 83 a 88

9 Carraza, Roque Antonio- Curso e Direito Constitucional Tributário- 20ª edição- 2004- Malheiros Editores- São Paulo- pag. 245 a 252

estipulada no parágrafo 3º do artigo 43 da Lei 8.212/91 quanto a contagem do dies a quo para o cômputo dos juros pela taxa SELIC e multa moratória.

## **8 - Conclusão**

Transcorridos quase cinco anos da promulgação da Emenda Constitucional 45/2004, que trouxe alterações estruturais significativas, fortalecendo a unidade da jurisdição trabalhista a fim de fazer valer o trabalho como princípio fundante da República brasileira, vivemos um momento de maturidade na avaliação de seus efeitos. Os arroubos, próprios da fase de conquista de maior espaço institucional de atuação para esta Justiça Especializada, deram lugar a uma nova perspectiva de ponderação na avaliação desta mudança, a fim de garantir segurança jurídica, operacionalidade e coerência sistêmica do ordenamento, de modo que o disposto no inciso VIII do artigo 114 deve ser interpretado exatamente nos termos em que foi estabelecido, com a finalidade de implementar a integralidade da jurisdição trabalhista, e não de substituir a ação fiscal da União ou deslocar a competência tributária da Justiça Federal Comum, não elidindo a aplicação do inciso I, do artigo 109, da Constituição Federal de 1988.

Destarte, com o escopo de preservar a estrita legalidade e demais princípios agasalhados no artigo 150, bem como a segurança jurídica assegurada pelo due process of law estabelecido como direito fundamental no inciso LIV, do artigo 5º, ambos da Constituição Federal, é preciso proceder à interpretação que preserve a unidade constitucional, de modo que nas execuções processadas de ofício em relação às contribuições previdenciárias decorrentes das sentenças proferidas pela Justiça do Trabalho, a configuração da mora, com a contagem do dies a quo para aplicação de juros pela taxa SELIC e multa moratória, deve observar os critérios estabelecidos pelo parágrafo 3º do artigo 43 da Lei 8.212/91.

**REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e Teoria da Constituição*. Ed. 5. Coimbra Portugal: Livraria Almedina.

CARRAZZA Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. Ed. 20. São Paulo: Malheiros Editores. 2004.

COSTA, Regina Helena. *Curso de Direito Tributário*. Editora Saraiva. 2009.

FERREIRA MENDES, Gilmar, MÁRTIRES COELHO, Inocêncio, GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de Direito Constitucional* Ed. 2. Editora Saraiva. 2008.

MARINONI, Luiz Roberto. *Teoria Geral do Processo*. Ed. 2. V. 1. Editora Revista dos Tribunais. 2007.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional- Tomo II*. Ed. 3. Coimbra Editora Limitada. 1991.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo na Constituição Federal*. Ed. 9. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2009.

## LAS GARANTÍAS DE LOS DERECHOS SOCIALES Y LABORALES Y LAS DIMENSIONES DE SU EFECTIVIDAD

**Fátima Regina de Saboya Salgado<sup>1</sup>**

**Márcio Roberto Andrade Brito<sup>2</sup>**

**Patrícia Heringer<sup>3</sup>**

**Rodolfo Mário Veiga Pamplona Filho<sup>4</sup>**

“Eles mandam, vós servis; eles dormem e vós velais, eles descansam e vós trabalhais; eles gozam o fruto de vossos trabalhos e o que vós colheis é um trabalho sobre outro. Não há trabalho mais doce do que o das vossas oficinas; mas toda essa doçura para quem é? Sois como as abelhas, de que disse o poeta – sic vos non vobis mellificatis apes (assim vós, mas não para vós, fazeis o mel, abelhas).” (Pe. A. Vieira, Sermão XIV do Rosário, apud Alfredo Bosi, História Concisa da Literatura Brasileira, Clutrix, São Paulo, 1970, pág. 50)

### Resumo

Este artigo possui como finalidade analisar a questão da garantia dos direitos sociais e laborais, propugnando pela sua mais ampla efetividade, na medida em que se conhecem suas dimensões.

**Palavras-chave:** Direitos sociais, direitos laborais, efetividade, dimensões.

### 1 - Introdução

BOBBIO, um dos principais responsáveis pela difusão da teoria das gerações dos direitos fundamentais, enfatiza o reconhecimento e a proteção dos direitos do homem na base das Constituições democráticas modernas:

(...) sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia, não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos. Em outras palavras, a democracia é a sociedade dos cidadãos, e os súditos se tornam cidadãos quando lhes são reconhecidos alguns direitos fundamentais; haverá paz estável, uma paz que não tenha a guerra como alternativa, somente quando existirem cidadãos não mais apenas deste ou daquele Estado, mas do mundo. (BOBBIO, Norberto, A Era dos Direitos, p. 21)

Para BOAVENTURA, o contrato social é a metáfora fundadora da racionalidade social e política da modernidade ocidental e os critérios de inclusão/exclusão que ele estabelece vão ser o fundamento da contratualização das interações sociais, que somente se legitima pela possibilidade de os excluídos virem a ser incluídos.

Efetividade, do latim *effectivus*, de *efficere* (executar, cumprir, satisfazer,

1 Juíza Titular da Vara do Trabalho de Amambai/MS. Mestre em Meio Ambiente e Desenvolvimento Regional.

2 Juiz Titular da Vara do Trabalho de Dianópolis/TO. Graduado em Direito pela UFPB (Universidade Federal da Paraíba). Pós-Graduado em Direito Constitucional pela UNB (Universidade de Brasília)

3 Juíza Titular da 1ª Vara do Trabalho de Uruguaiana/RS. Graduada pela PUC/RS. Pós-Graduada pela FEMARGS - Fundação Escola da Magistratura do Trabalho do Rio Grande do Sul João Antônio Guilhembert Pereira Leite (dezembro/98) e Pós-Graduada pela Unisc (agosto/07)

4 Juiz Titular da 1ª Vara do Trabalho de Salvador/BA. Professor Titular de Direito Civil e Direito Processual do Trabalho da Universidade Salvador – UNIFACS. Professor Adjunto da Graduação e Pós-Graduação em Direito da UFBA – Universidade Federal da Bahia. Coordenador do Curso de Especialização Lato Sensu em Direito e Processo do Trabalho do Curso JusPodivm. Membro da Academia Nacional de Direito do Trabalho e da Academia de Letras Jurídicas da Bahia. Mestre e Doutor em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e Especialista em Direito Civil pela Fundação Faculdade de Direito da Bahia.

acabar), indica a qualidade ou o caráter de tudo o que se mostra efetivo ou que está em atividade. Quer assim dizer o que está em vigência, está sendo cumprido ou está em atual exercício, ou seja, que está realizando os seus próprios efeitos. Opõe-se ao que está parado, ao que não tem efeito, ou não pode ser exercido ou executado, explica SOIBELMAN.

Admitindo-se que os direitos sociais e trabalhistas são direitos fundamentais que se legitimam pela possibilidade de inclusão dos excluídos, brota a discussão da efetividade como elemento imprescindível à materialização do estado democrático.

## 2 – Direitos Sociais de Segunda Dimensão?

O processo de constitucionalização e positivação dos direitos fundamentais colocou o homem como o centro da titularidade de direitos, afirma CANOTILHO.

Os direitos fundamentais ocupam espaço privilegiado e demarcam o constitucionalismo moderno, como ressalta PEREZ LUÑO:

El constitucionalismo actual no sería lo que es sin los derechos fundamentales, junto a aquéllas que consagran La forma de Estado y las que establecen El sistema económico, son las decisivas para definir el modelo constitucional de sociedad. (PEREZ Luño, Antonio E., Los Derechos Fundamentales, p. 19)

A teoria das gerações dos direitos fundamentais, disseminada por BOBBIO, parece encontrar nos ideais da revolução francesa a sua inspiração. Os direitos civis e políticos, fundamentados na liberdade (*liberté*), primeira geração; os direitos econômicos, sociais e culturais, fundamentados na igualdade (*égalité*), segunda geração; os direitos de solidariedade, em especial o direito ao desenvolvimento, à paz e ao meio ambiente (*fraternité*), segunda geração.

Como contribuição à mencionada teoria da trilogia de direitos, BONAVIDES acrescentou uma quarta geração composta do direito à informação, à democracia direta e ao pluralismo (democracia direta):

Ao contrário, os direitos da primeira geração, direitos individuais, os da segunda, direitos sociais, e os da terceira, direitos ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à paz e à fraternidade, permanecem eficazes, são infraestruturais, formam a pirâmide cujo ápice é o direito à democracia; coroamento daquela globalização política para a qual, como no provérbio chinês da grande muralha, a Humanidade parece caminhar a todo vapor depois de haver dado seu primeiro e largo passo. (BONAVIDES, Paulo, Curso de Direito Constitucional, p. 571)

Interessa-nos o estudo dos direitos de segunda geração porque neles estão incluídos os direitos sociais e trabalhistas.

Antes, porém, torna-se necessário abordar a crítica doutrinária à utilização da expressão “geração de direitos”.

O uso da nomenclatura “geração” traduz uma idéia aparente de substituição gradual de uma geração por outra, dando a falsa impressão de que, por exemplo, os direitos de liberdade sucumbem com o surgimento dos direitos sociais. Em verdade, o processo é de acumulação e não de sucessão.

PISARELLO faz uma abordagem que ajuda a entender essa afirmativa:

Según las lecturas generacionales clásicas, los derechos sociales serían derechos tardíos, que se reconocieron em La segunda mitad del siglo XX, una vez satisfechos los derechos civiles y políticos. Lo cierto, sin embargo, es que la historia moderna de derechos sociales se inscribe em um ‘largo siglo’ que comienza con las grandes revoluciones sociales de mediados del siglo XIX, se extiende de manera vigorosa em el último tercio de ese siglo y se estabiliza tras la segunda posguerra del siglo XX. Junto a esta ‘historia’ propiamente dicha es posible detectar, simismo, una rica ‘prehistoria’, tanto de políticas institucionales dirigidas a resolver situaciones de pobreza e exclusión social como de luchas por la

subsistencia y la seguridad material. Esa prehistoria se remonta a mucho antes del surgimiento del Estado moderno y guarda un cierto aire de familia com algunas reivindicaciones contemporáneas em materia de derechos sociales. (PISARELLO, Gerardo, Los derechos sociales y sus garantías, p. 19)

Por outro lado, a expressão “geração” também pode levar à conclusão de que o reconhecimento de uma nova geração somente adviria quando a geração anterior já estivesse consolidada, circunstância que dificultaria o reconhecimento de novos direitos em países em desenvolvimento, nos quais ainda não se conseguiu um grau mínimo satisfatório de amadurecimento dos direitos da denominada primeira geração.

A história demonstra que em países como Cuba e China, quando ainda vigorava o regime comunista autoritário, os direitos de igualdade antecederam os direitos de liberdade.

O Brasil é um exemplo dessa constatação histórica, sobretudo na “Era Vargas” em que durante o Estado Novo houve o reconhecimento legal de inúmeros direitos sociais, em especial os direitos trabalhistas e previdenciários, sem que os direitos de liberdade (de imprensa, de reunião, de associação) ou políticos (de voto, de filiação partidária) fossem assegurados. Vivia-se sob um regime de exceção democrática e a liberdade era apenas uma promessa ilusória.

Em reforço à crítica da terminologia “geração”, citamos **ESPIÑEIRA LEMOS:**

A primeira compreensão que devemos conhecer, com relação aos fenômenos sinônimos, quais seja, os direitos de determinada ‘geração’ ou ‘dimensão’, e nesse ponto nos apoiamos na lição lógica do mestre Paulo Bonavides, reside na melhor opção pelas ‘dimensões’ do que pelas denominadas ‘gerações’ dos direitos fundamentais. Isso porque a seqüência natural dos acontecimentos históricos que fizeram surgir cada uma dessas categorias classificadas não as esgota cronologicamente, permanecendo latente a busca pela obtenção ou mesmo manutenção de tais dimensões de direitos. (LEMOS, Bruno Espiñeira, Direitos Fundamentais, p. 17)

Diante desses argumentos e de outros aqui não relacionados, a doutrina preferiu adotar a expressão “dimensão” em prejuízo da terminologia espargida por BOBBIO, ou seja, de “geração”.

É importante observar que os direitos fundamentais devem ser estudados em múltiplas dimensões, inexistindo entre estas qualquer hierarquia. Tais “dimensões” compõem uma realidade viva e dinâmica e o mesmo direito pode ser compreendido sob a perspectiva de mais de uma dimensão, como ocorre com o direito à propriedade.

No contexto brasileiro, a propriedade tem natureza privada em sentido individual (primeira dimensão), deve assumir uma função social (segunda dimensão) e primar pela proteção do meio ambiente (terceira dimensão).

É possível de tal modo dizer que as dimensões dos direitos se desenvolvem em diferentes estágios, simultaneamente, em melhores ou piores condições, conforme a realidade política, social, cultural e econômica de cada país.

Os direitos trabalhistas, como direitos sociais, são direitos de segunda dimensão, cujo reconhecimento não está vinculado à efetividade primordial dos direitos de primeira dimensão, mas associado à idéia de acumulação de direitos, processo este que não admite regressão.

### **3 – Direitos Sociais e Laborais nas constituições de Brasil e Espanha**

A Constituição brasileira declara como direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à

infância e a assistência aos desamparados (art. 6º).

Dos primeiros artigos da Constituição Federal dessume-se que seus objetivos (construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação) devem ser atingidos por meio de seus fundamentos (soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, pluralismo político – grifos nossos). Assim, pode-se chegar a uma sociedade livre, justa e solidária, desenvolvida e integrada promovendo a dignidade da pessoa humana pelo trabalho e garantindo-se a esta sociedade educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados.

A Constituição espanhola afirma que o Estado Espanhol tem como valores superiores a liberdade, a justiça, a igualdade e o pluralismo político. Ali se encontram os seguintes direitos sociais: reinserção social dos presos (art. 25.2), educação (art. 27), liberdade de associação sindical (art. 28.1), greve (art. 28.2), trabalho (art. 35.1), negociação coletiva (art. 37.1), previdência social (art. 41), saúde, (art. 43), meio ambiente adequado (art. 45), moradia digna e adequada (art. 47), integração dos deficientes físicos (art. 49) proteção à velhice (art. 50).

Na Constituição do Brasil, os direitos laborais estão inseridos no capítulo relativo aos direitos sociais, levando à conclusão de que os direitos laborais são também direitos sociais, porém aplicáveis aos trabalhadores, especificamente. Isso não significa que aos trabalhadores não se apliquem os direitos previstos no art. 6º. Aplicam-se, da mesma forma que a todos os cidadãos, genericamente. Da mesma forma não se pode concluir que os direitos previstos no art. 7º não sejam aplicáveis aos cidadãos em geral. Também o são, na medida em que estes se insiram numa relação de trabalho ou emprego.

A Constituição espanhola contempla em seu corpo alguns direitos sociais que são de caráter eminentemente laboral, como é o caso do direito à liberdade de associação sindical (art. 28.1), greve (art. 28.2) e negociação coletiva (art. 37.1), segurança e higiene no trabalho, descanso necessário mediante limitação da jornada laboral, férias periódicas pagas (todos no art. 40.1).

#### **4 – Movimentos Sociais, Direitos Sociais e Efetividade**

O samba, vertente musical representativa do Brasil, é expressão popular nascida da “classe oprimida”, inspirada na cultura africana da população escravizada no período colonial da história brasileira.

Um espetáculo mundialmente conhecido é o desfile das Escolas de Samba do Rio de Janeiro, produzido primordialmente pelos pobres habitantes do subúrbio e das favelas cariocas.

Na época da abertura política, período de elaboração da Constituição democrática de 1988, várias agremiações dedicaram os seus desfiles à proclamação do desejo de efetivação dos direitos fundamentais, sobretudo os de primeira e de segunda dimensão.

Chama-nos a atenção a letra do samba de enredo da Escola de Samba Império Serrano, agremiação do “Morro da Serrinha”, zona oeste do Rio de Janeiro, no ano de 1986, que muito bem expressa o anseio dos pobres, indigentes e miseráveis da época:

“Eu quero a bem da verdade

A felicidade em sua extensão.

Encontrar um gênio em sua fonte  
 E atravessar a ponte dessa doce ilusão.  
 Quero, quero, quero sim!  
 Quero que o meu amanhã seja um hoje bem melhor.  
 Uma juventude sã com ar puro ao redor. [Referência ao meio ambiente]  
 Quero nosso povo bem nutrido [Referência à alimentação]  
 O País desenvolvido; quero paz e moradia. [Referência à moradia]  
 Chega de ganhar tão pouco [Referência ao salário]  
 Chega de sufoco e de covardia.  
 Me dá, me dá, me dá o que é meu  
 Foram vinte anos que alguém comeu. [Referência ao período de ditadura]  
 Quero me formar bem informado [Referência à imprensa]  
 E meu filho bem letrado ser um grande bacharel. [Referência à educação]  
 Se por acaso alguma dor  
 Que o doutor seja Doutor e não passe de bedel. [Referência à saúde]  
 Cessou a tempestade! É tempo de bonança! [Referência à abertura política]  
 Dona Liberdade chegou junto com a esperança. [Referência à liberdade]  
 Vem meu bem sentir o meu astral, que legal!  
 Hoje estou cheio de desejo.  
 Quero te cobrir de beijos, etc. e tal.” (Autores: Aluísio Machado,  
 Luiz Carlos do Cavaco e Jorge Nóbrega)

A analogia lúdica é uma categoria matricial do paradigma emergente (BOAVENTURA), facilita compreensão do senso comum e viabiliza a interlocução com o conhecimento científico.

O samba cantado na Avenida Marquês de Sapucaí em 1986 muito bem retrata a insatisfação popular com a concentração de renda e a necessidade de efetivação dos direitos sociais. Passados mais de vinte anos, a letra do samba e o clamor de seus autores e atores sociais se apresenta atual, pelo que eclode a indagação: a Constituição Brasileira de 1988 tornou efetivos os direitos sociais?

PINHEIRO aborda em artigo publicado no volume um da série O Direito Achado na Rua (UNB) a dialética dos direitos humanos no Brasil dos anos 90:

“Na sociedade brasileira pode-se afirmar, sem nenhum exagero, que a maioria da população – aquela que compõe os 70 por cento de pobres, indigentes e miseráveis – não tem os direitos individuais assegurados. (...) Os pobres, as classes populares porque simplesmente ‘devem’ se reproduzir como tais: não é por acidente que o Brasil é o país com mais alta concentração de renda entre os países de mais de 10 milhões de habitantes: 10 por cento da população detém, segundo dados do Banco Mundial, 50,9 por cento da renda nacional. Para o engendramento de um sistema de exploração que permita essa extraordinária performance da oitava economia industrial do globo, o funcionamento de estruturas de poder que neguem direitos sociais é essencial. (...) Mas se sempre foi assim, é de justiça dizer que algo começa a mudar. E, paradoxalmente, essa transformação ocorreu nos últimos anos da transição mais longa que se conhece: os movimentos sociais na chamada ‘sociedade civil’ alcançaram sua maior expressão na resistência à ditadura. O grande aprendizado talvez tenha sido a constatação de que a vigência de um regime tendencialmente democratizante não é condição automática para o alastramento e consolidação desses direitos sociais. Porque algo é fazer a defesa de direitos individuais e sociais de um pequeno grupo de oprimidos (politicamente) na ditadura; outra é promover a defesa desses direitos para a esmagadora maioria da população. Os direitos sociais somente podem prevalecer na medida direta em que forem reconhecidos como direitos sociais para todos os grupos marginalizados, mortificados e anulados na sociedade brasileira.” (PINHEIRO, Paulo Sérgio, *Dialética dos Direitos Humanos*, p. 79)

Conclui-se que a mera inclusão dos direitos sociais na Constituição ou a

interpretação de que tais direitos são fundamentais não indica a conquista da democracia, cuja plenitude somente se alcança a partir de dois grandes passos: a garantia de efetividade desses direitos e a extensão dessa efetividade à grande massa de excluídos.

Para BOAVENTURA, um dos grandes desafios da ciência moderna, sobretudo das ciências sociais, é o de abandonar o foco herdado do paradigma concebido sob a lógica do capitalismo global e que assumiu, ao longo do processo histórico, vários nomes: descobrimentos, colonialismo, evangelização, escravatura, imperialismo, desenvolvimento e subdesenvolvimento, modernização e, por último, globalização, a partir da resistência contra-hegemônica aos diversos tipos de poder e opressão nas sociedades contemporâneas, em destaque: patriarcado, exploração, fetichismo das mercadorias, diferenciação identitária desigual, dominação e troca desigual.

O discurso de afirmação dos direitos fundamentais e de princípios como a dignidade da pessoa humana é vazio quando não acompanhado de uma racionalidade que reconheça a contribuição dos movimentos sociais surgidos nas comunidades semiperiféricas e periféricas do sistema mundial, dentre as quais podemos incluir o Brasil. É a democratização do conhecimento como fonte de libertação.

Em sua reinvenção da emancipação social, BOAVENTURA propõe a construção de formas de conhecimento mais comprometidas com a condição humana, de modo não eurocêntrico, a partir da valorização do senso comum. Uma teoria erguida coletivamente, de baixo para cima, em proposital violação aos cânones metodológicos do paradigma dominante, como única alternativa à “proletarização científica”:

O objetivo epistemológico deste projeto é, pois, o de congregar um número significativo ou uma massa crítica de pesquisadores majoritariamente da semiperiferia, trabalhando em diferentes países e continentes, que, em conjunto e sem a tutela da ciência central, seja capaz de reivindicar a possibilidade de uma outra ciência menos imperial e mais multicultural, de uma outra relação mais igualitária entre conhecimentos alternativos (práticos, de senso comum, tácitos, plebeus, etc.) e sobretudo a possibilidade de pôr essa constelação de conhecimentos a serviço da luta contra as diferentes formas de opressão e de discriminação, em suma a serviço das tarefas de emancipação social. (SANTOS, Boaventura de Sousa, Democratizar a Democracia, p. 21)

Os movimentos sociais despontam como possibilidade real de se criar soluções imediatas para a efetivação dos direitos sociais. Prestigiar as virtudes dessas formas de organização é admitir que o destinatário dos direitos em discussão tenha a capacidade de trilhar o caminho menos tortuoso e, portanto, mais hábil rumo à efetividade. Nesse sentido, citamos VASCONCELOS em outro artigo publicado no volume um da série O Direito Achado na Rua (UNB):

A desejada transformação econômica requer uma ‘reforma intelectual e moral’, a começar na cabeça dos próprios trabalhadores e seus intelectuais, para livrá-los dos entraves da moral burguesa, frente a todas as aspirações em gestação de liberdade e progresso, atinentes a todos os grupos oprimidos (Macciocchi, p. 201). Uma atuação política, e mesmo técnico-jurídica, na ótica dos dominados de todo gênero deve considerar que há questões que reclamam soluções imediatas, enquanto o distante ‘reino dos céus’ não vem, até porque, já é lugar-comum, nenhuma sociedade cria problemas para os quais ainda não seja capaz de oferecer soluções. (VASCONCELOS, Carlos Eduardo, Classes e grupos sociais, p. 82)

A crise do movimento sindical provocada, entre outros problemas, pela flexibilização das normas trabalhistas, pela terceirização e pela desconstrução dos modos de produção fordista e taylorista, contribuiu para o distanciamento dos trabalhadores, acarretando dificuldade de mobilização dessas classes rumo aos ideais de democracia e, em consequência, à efetivação dos direitos sociais no âmbito da luta entre o capital e o trabalho.

Na linha adotada por BOAVENTURA, a evidente crise do sindicalismo

impõe a necessidade de reinvenção do movimento sindical para acompanhar o ritmo de transformação do capitalismo. O fomento do capitalismo através dos ideais neoliberais permite crer na possibilidade de fomento de um novo socialismo, baseado na reinvenção dos movimentos sociais e na democracia participativa e inclusiva. O sociólogo chega a apontar algumas teses para essa reinvenção: (1) O futuro do sindicalismo é tão incerto, como tudo o resto nas sociedades capitalistas do fim do século. Nem mais nem menos. (2) Os problemas com que se debate o movimento sindical são de natureza global embora assumam traços próprios em cada sociedade. (3) A dessincronia entre o movimento sindical periférico e semiperiférico, por um lado, e o europeu, por outro, não é resolúvel a curto prazo. (4) O movimento sindical foi moldado e consolidado ao nível das sociedades nacionais. (5) A globalização da economia e as transformações nos sistemas produtivos estão a alterar profundamente as relações no espaço da produção. (6) As transformações do capitalismo mundial alteram profundamente, tanto as relações de produção, como as relações na produção e, sobretudo, as relações entre umas e outras. (7) As relações entre partidos e sindicatos têm de ser reavaliadas radical e criticamente no actual período de refundação do movimento sindical. (8) O novo sindicalismo receberá do velho sindicalismo as tradições opostas da contestação e da participação, mas recebe-as transformando a oposição entre elas em complementaridade. (9) O compromisso político dos sindicatos é com os trabalhadores e a democracia. (10) O movimento sindical está perante um desafio global e as oportunidades para vencer não são menores que as de ser vencido por ele.

Este artigo não tem o desígnio de aprofundar a discussão dessas teses, mas a sua mera referência já nos indica que a efetivação dos direitos sociais, em especial os trabalhistas, não se dá pela simples vontade do legislador ou constituinte, mas no formato da dinâmica social e na postura e na organização dos atores sociais envolvidos.

O operador do direito há de reconhecer nos movimentos sociais a inspiração do próprio direito, como fruto da criação do homem e, portanto, uma atitude proveniente da vontade do sujeito social, como explica GENRO, em artigo publicado no volume dois da série O Direito Achado na Rua (UNB):

O jurídico, portanto, não tem 'natureza'. Sua emergência é uma emergência da socialidade e sua constituição é produzida pela consciência humana, cercada tanto por contingências econômicas como por determinações de ordem natural. Mas sempre é um ato da consciência em sociedade. Não há nenhuma 'natureza' do jurídico em geral e do Direito do Trabalho em particular que não seja puramente histórica, o que implica dizer que qualquer direito é sempre público ou privado historicamente, alheio a qualquer ontologia ou naturalidade. (GENRO, Tarso, Natureza jurídica do direito do trabalho, p. 84)

O status constitucional dos direitos sociais é por assim dizer o símbolo do progresso social mínimo a ser exigido nas marcas do modo de produção capitalista (GENRO), mas não representa o estado democrático de direito pleno, que depende da extensão dessa efetividade àqueles excluídos do processo.

## 5 – Dimensões dos Direitos Sociais e Laborais

A garantia de direitos sociais tem por finalidade promover a igualdade social, entendida como igualdade de oportunidades. Isto se dá porque o próprio Estado reconhece que existem situações de desigualdade e atua no sentido de eliminá-las ou de minimizá-las.

Pode-se dizer que, em se tratando de direitos fundamentais, deve haver uma hermenêutica fundamental, ou seja interpretação das dimensões do direito em consonância com o máximo desejável previsto na Declaração dos Direitos Humanos.

Isso equivale dizer que os direitos sociais devem ser interpretados em sua máxima extensão, dotando-se da máxima amplitude de efetividade, notadamente quando se

trata de equilibrar as oportunidades entre as várias camadas sociais.

No caso brasileiro, é a Constituição Federal quem dá o norte para tal atuação do Estado, ao declarar que a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil tem por finalidade “instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias” (Preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil, Brasília, DF: Senado 1988).

## **6 – Efetividade ou Abstração das Garantias dos Direitos Sociais e Laborais?**

A idéia de que os direitos sociais estabelecidos na Constituição têm caráter apenas programático deve ser combatida. Ao se deparar com a necessidade de efetivação dos direitos sociais, todo tipo de obstáculo costuma ser oposto, com argumentos que vão desde o conteúdo dos direitos vindicados judicialmente à falta de recursos por parte do poder público para atender a todas as demandas sociais.

A classificação dos direitos fundamentais em gerações tem levado a frequentes equívocos. Não se trata de direitos que se substituem um ao outro. As “gerações” representam apenas a evolução mais ou menos generalizada da implementação de direitos nos mais diversos países, conforme o estado de direito ou regime político em que cada um destes se encontra. Assim, a classificação em gerações não tem relação com a ordem de importância do direito, não havendo hierarquia entre eles. O fato de os chamados direitos de primeira geração serem de mais fácil implementação talvez se dê porque se trata de direitos individuais, pensados numa época em que o eu vinha primeiro e os direitos coletivos eram de pouca expressão. Certo é que os direitos fundamentais não se excluem e são exigíveis de forma ampla.

Vivemos hoje (ou deveríamos viver) o tempo do nós, do pensar coletivo, única forma possível de construir a sociedade justa e solidária de que trata o art. 3º, I, da Constituição Federal do Brasil, de forma a promover o desenvolvimento coletivo, reduzindo as desigualdades sociais.

O fato de os direitos sociais demandarem mais recursos financeiros para sua implementação tem levado à ideia de que tais direitos seriam abstratos e dependeriam da boa vontade do poder público para dotação de recursos, se e quando houver disponibilidade financeira. Além disso, por terem a finalidade de promover a igualdade social, tem-se a ideia igualmente equivocada de que tais direitos somente se destinam às parcelas desamparadas da população.

Porém, quando se observa o elenco dos direitos sociais previstos na Constituição brasileira, por exemplo, percebe-se que aquelas prestações são destinadas à coletividade, independentemente de sua condição social. Assim é que a educação e a saúde, por exemplo, são exigíveis por qualquer cidadão, não apenas pelos mais desamparados.

Outra discussão que tem ocupado tempo aos doutrinadores é sobre a satisfação do mínimo existencial e a reserva do possível. Por certo que não é possível satisfazer a todos em todas as suas aspirações. Num primeiro momento é necessário diferenciar as aspirações legítimas daquelas ilegítimas, criadas pela sociedade de consumo, que são supérfluas e não podem ser consideradas essenciais ou fundamentais. Porém, em relação às aspirações a direitos fundamentais, essenciais à existência digna, não se pode alegar a reserva do possível de forma inconsistente, considerando que o poder estatal tem o dever de estabelecer as políticas públicas necessárias a tal implementação, como prioridade.

Por não serem implementados em sua máxima extensão, os direitos sociais e alguns direitos laborais são percebidos como abstração.

É o caso do direito ao trabalho. Além de ser direito social, é direito fundamental, impondo-se sua tutela pela máxima extensão por parte do Estado. A existência de situações de trabalho em condição análoga à de escravo exige a atuação firme e especializada do poder público, não somente em termos laborais como penais. Nesse caso, a efetividade das garantias dos direitos sociais e laborais passa também pela efetiva tutela penal do trabalho, que ainda é pouco acolhida não somente pelos juízes trabalhistas como pelos tribunais superiores. A competência especializada atribuída à Justiça do Trabalho possibilita que seus juízes atendam com mais propriedade a estas demandas, reprimindo atitudes que neguem vigência a direitos sociais e fundamentais

Assim, a efetividade dos direitos sociais se impõe na máxima amplitude por serem um “mínimo ético irreduzível” (PIOVESAN, Flávia. Revista TST, Brasília, vol. 75, nº 1, jan/mar 2009), reconhecido pelo poder estatal como garantia de manutenção da dignidade humana.

## **7 – Atuação do Estado para Efetivação de Direitos Sociais e Laborais**

A imperatividade da norma constitucional permite concluir que cabe ao Estado implementar condições para que aquele mandamento se torne efetivo. A atuação do Estado visando a este fim pode dar-se sob várias vertentes. Em se tratando de direitos sociais o Estado pode atuar positivamente, disponibilizando ao cidadão o atendimento às suas necessidades em relação à saúde e educação, por exemplo. Pode atuar com viés negativo, proibindo condutas que neguem vigência a direitos fundamentais, como é o caso da proibição de discriminação. Ou pode atuar, ainda, por determinação do Estado-Juiz, cumprindo decisões judiciais em que se pleiteia a garantia de satisfação de direitos fundamentais.

Em se tratando de direitos laborais a atuação do Estado pode se dar mediante estabelecimento de políticas públicas tendentes à inserção do homem no mercado de trabalho (franqueando a formação profissional, redução de impostos para empresas a partir de determinado patamar de contratações etc) ou facilitação do exercício de atividade laborativa autônoma.

## **8 – Considerações finais**

Os direitos sociais e trabalhistas são direitos fundamentais que se legitimam pela possibilidade de inclusão dos excluídos.

O processo de constitucionalização e positivação dos direitos fundamentais colocou o homem como o centro da titularidade de direitos (CANOTILHO).

A teoria das gerações dos direitos fundamentais, disseminada por BOBBIO, parece encontrar nos ideais da revolução francesa a sua inspiração.

O vocábulo “dimensão” substitui, com vantagem lógica e quantitativa, o termo “geração”, caso em que este último venha a induzir apenas sucessão cronológica e, portanto, suposta caducidade dos direitos das gerações antecedentes, o que não é verdade (BONAVIDES).

Os direitos trabalhistas, como direitos sociais, são direitos de segunda dimensão, cujo reconhecimento não está vinculado à efetividade primordial dos direitos de primeira dimensão, mas associado à idéia de acumulação de direitos, processo este que não admite regressão.

A mera inclusão dos direitos sociais na Constituição ou a interpretação de que

tais direitos são fundamentais não indica a conquista da democracia, cuja plenitude somente se alcança a partir de dois grandes passos: a garantia de efetividade desses direitos e a extensão dessa efetividade à grande massa de excluídos.

O discurso de afirmação dos direitos fundamentais e de princípios como a dignidade da pessoa humana é vazio quando não acompanhado de uma racionalidade que reconheça a contribuição dos movimentos sociais.

Deixado a si mesmo, o senso comum é conservador e pode legitimar prepotências, mas interpretado pelo conhecimento científico pode estar na origem de uma nova racionalidade (BOAVENTURA).

Os movimentos sociais despontam deste modo como possibilidade real de se criar soluções imediatas para a efetivação dos direitos sociais.

A evidente crise do sindicalismo impõe a necessidade de reinvenção do movimento sindical para acompanhar o ritmo de transformação do capitalismo (BOAVENTURA).

O operador do direito há de reconhecer nos movimentos sociais uma inspiração do próprio direito, como fruto da criação do homem e, portanto, uma atitude proveniente da vontade do sujeito social (GENRO).

**REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

ALEMÁN CANO, Jaime. Estructura del proceso laboral. Tirant lo Blanch: Valencia, 2008.

\_\_\_\_\_. A Crítica da Razão Indolente. São Paulo: Cortez, 2007.

\_\_\_\_\_. A Era dos Direitos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

\_\_\_\_\_. A Gramática do Tempo. São Paulo: Cortez, 2006.

BAYLOS, Antonio. y TERRADILLOS, J., Derecho Penal del Trabajo, Trotta, Madrid, 1997.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2004.

BOBBIO, Norberto. Teoria Geral da Política. Rio de Janeiro: Campos, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Livraria Almedina, 1988.

COMPARATO, Fábio Konder. A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_. Conhecimento Prudente para uma Vida Decente. São Paulo: Cortez, 2006.

\_\_\_\_\_. Democratizar a Democracia: os caminhos da democracia participativa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

\_\_\_\_\_. Introdução a uma ciência pós-moderna. Rio de Janeiro: Graal, 1989.

LEMOS, Bruno Espiñeira. Direitos Fundamentais. Brasília: Fortium, 2007.

MACHADO, Aluísio, CAVACO, Luiz Carlos do, NÓBREGA, Jorge. Eu Quero. Samba de Enredo do G.R.E.S. Império Serrano. Rio de Janeiro, 1986.

PEREZ Luño, Antonio E. Los Derechos Fundamentales. Madrid: Tecnos, 1995.

PIOVESAN, Flávia. Revista TST, Brasília, vol. 75, nº 1, jan/mar 2009.

PISARELLO, Geraldo. Los Derechos Sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción. Trotta, Madrid, 2007.

\_\_\_\_\_. Um discurso sobre as ciências. São Paulo: Cortez, 2006.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Renovar a Teoria Crítica e reinventar a emancipação social. São Paulo: Boitempo, 2007.

SEVERINO, Antônio Joaquim. Metodologia do Trabalho Científico. São Paulo: Cortez, 2002.

SOIBELMAN, Leib. Enciclopédia do advogado. Rio de Janeiro, 1983.

SOUSA JÚNIOR, José Geraldo (org.). Introdução Crítica ao Direito. Série O Direito Achado na Rua V. 1. Brasília: UNB, 1992.

SOUSA JÚNIOR, José Geraldo & AGUIAR, Roberto A. R. de (orgs.). Introdução Crítica ao Direito do Trabalho. Série O Direito Achado na Rua V. 2. Brasília: UNB, 1993.

## A QUANTIFICAÇÃO DOS DANOS MORAIS COMO EXEMPLO DA TENSÃO ENTRE DIREITO E JUSTIÇA: o processo judicial como narrativa e os limites da experiência

Paulo Henrique Blair de Oliveira<sup>1</sup>

### 1 - Introdução

O advento da Emenda Constitucional de número 45, ao afirmar a competência material da Justiça do Trabalho para o exame das ações em que é postulada a indenização por danos morais havidos no âmbito das relações de trabalho no inciso VI, de seu artigo 114 (BRASIL, 2007<sup>a</sup>), viabilizou todo um debate em torno da efetivação da proteção da personalidade no âmbito do trabalho, explorando possibilidades em torno desta garantia constitucional (artigo 5º, X, da Constituição Federal) e de sua vinculação com a valorização do trabalho humano como norma que também possui “status” constitucional (artigo 170, “caput”, da Constituição Federal).

O debate sobre esta efetividade (que, aliás, já havia sido iniciado no âmbito da Justiça do Trabalho mesmo antes da edição da referida emenda constitucional), porém, não pode se esquivar do que tem sido um ponto nodal comumente encontrado mesmo nas discussões já tradicionais sobre a compensação aos danos causados à personalidade: a quantificação de tais danos.<sup>2</sup> O discurso de vários dos tribunais trabalhistas quanto às dificuldades em torno desta quantificação faz uma verdadeira confissão de que o tema contém em si um paradoxo e um limite interpretativo: a compensação por um tipo de dano que é ligado à intimidade e à configuração de personalidade da vítima (e que, por definição, escapa a uma identidade absoluta para com a experiência pessoal de qualquer outro, inclusive a do julgador), a tentativa de estimar, em termos de compensação monetária, algo que não é compensável monetariamente.

O presente artigo parte da análise de algumas decisões judiciais que são exemplos mais claros destes limites e paradoxos<sup>3</sup> para tomá-los como exemplo da tensão localizada por Derrida (2007a, p. 46) entre Direito e Justiça e indagar, considerada a relação hermenêutica entre narração, memória e experiência, se a teoria de adjudicação de direitos de Dworkin encontra aqui um limite à apresentação do Direito como uma integridade principiológica que tanto exige como viabiliza a realização simultânea de justiça e de certeza normativa, ofertando uma única resposta correta a cada caso (DWORKIN, 1999, p. 305-306).

A trajetória para o exame desta questão neste artigo será feita em três partes: uma discussão em torno da relação hermenêutica entre narrativa, experiência e memória e o confronto desta relação com as ambições epistemológicas de um grau de certeza para o ato de julgar, as objeções levantadas por Derrida quanto à plena possibilidade de atingimento da justiça, e o tratamento desta possibilidade pelo uso que Dworkin faz da hermenêutica filosófica na sua teoria da adjudicação de direitos.

A relevância de tal confronto, vista sob a ótica de exemplos concretos de decisões em torno de uma garantia constitucional reside em perguntar se a busca pela efetividade da Constituição através do sistema judicial há de ser necessariamente sucumbir ante uma crítica

---

1 Juiz do Trabalho - Mestre e Doutorando em Constituição, Direito e Estado

2 Quanto ao debate que a fixação de danos morais nas ações civis em gerais ainda se mantinha ativo, cf. apenas de forma exemplificativa Benasse, 2003 e Aquino, 2006.

3 Brasil, 2007b; Brasil, 2007 c; Brasil, 2007d; Brasil, 2007e; Brasil, 2007f. A escolha por decisões emanadas de tribunais regionais do trabalho, e não do Tribunal Superior do Trabalho resulta da circunstância de que a quantificação de indenização por danos (sejam eles morais ou de outra natureza) requer, na maioria das vezes, o reexame de fatos e provas que o tribunal superior não fará (no caso do Tribunal Superior do Trabalho, cf. a súmula 126 daquela corte). E, na maioria das vezes, é nesta possibilidade/necessidade de atender a argumentação recursal em torno dos da melhor adequação dos fatos colhidos na instrução processual às pretensões indenizatórias que são postas a nu os paradoxos e contradições na argumentação utilizada para a fixação da compensação por danos morais.

desconstrutivista, tal como aquela apresentada por Derrida ou se tais críticas em verdade somam-se a uma perspectiva hermenêutica e assim aprofundam o debate em torno da adjudicação judicial de direitos fundamentais. Não se trata, portanto, de um debate da teoria pela teoria, nem a redução de uma proposta teórica a outra, mas de uma discussão do quanto podemos, à luz de ambas as perspectivas teóricas, manter um olhar crítico sob nossas práticas constitucionais sem o desperdício da experiência institucional (e portanto também histórica) acumulada em meio a elas.

## **2 - Narração e articulação entre memória e experiência: quais são as certezas que nossos atos de julgamento podem abrigar?**

O exame de algumas das decisões tomadas em dois tribunais regionais do trabalho sobre o tema a da quantificação de danos morais (os tribunais da 2ª e da 10ª regiões) permite extrair contradições presentes na adjudicação da proteção à personalidade sofre. Na decisão do recurso ordinário 4.587/2001, o Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região é colhida a afirmação de que:

A indenização por dano moral não tem a pretensão de recompor o prejuízo sofrido pela vítima, visto que a dor moral não pode ser reparada. Cumpre ao juiz, ao quantificar o valor da reparação do dano, levar em conta “as circunstâncias do caso, a gravidade do dano, a situação do lesante, a condição do lesado”, de modo a propiciar que a reparação cumpra além da função compensatória, as funções preventiva e sancionatória. (BRASIL, 2007b).

Se o dano não pode ser compensado em termos pecuniários, como cogitar de uma reparação pecuniária destinada à vítima? Como pensar em uma indenização do que não pode ser indenizado? E, mais ainda, como se tomar esta indenização impossível como o ponto de partida para a realização de outras funções que, alegadamente, a pressupõe (funções “preventiva” e “sancionatória”, seja qual for o entendimento que se possa dar a estes adjetivos)?

Mesmo quando se lança mão de uma noção comum (pouco teorizada aqui) do que seja “razoabilidade e proporcionalidade” como critérios de aplicação do direito estas contradições estão presentes. Veja-se da decisão tomada pelo Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região no julgamento do recurso ordinário 1.215/2006:

Entre o desprezível e o avultoso, entre a insignificância e o enriquecimento, o valor da reparação do dano moral deve ser determinado segundo critérios da proporcionalidade e da razoabilidade, tendo-se em conta, basicamente, a condição sócio-econômica das partes, a natureza da agressão e as demais circunstâncias que cercam os fatos. Há de ser valor que, de um lado, permita ao ofendido uma compensação como conforto pelo dano que não tem medida e, ao ofensor, um valor que lhe sirva de lição e exemplo, para conscientização geral da reprovação da conduta ofensiva. (BRASIL, 2007f).

Nem mesmo um uso vago e claramente não teórico das idéias de “proporcionalidade” e “razoabilidade” permite ocultar que, no fim, a fixação de indenização por danos morais pretende uma compensação por danos cujo grau de subjetividade os qualifica, de antemão, como danos incapazes de serem medidos. O verdadeiro paradoxo desta tentativa e a sua vinculação com a impossibilidade de uma “transcrição judicial plena” da subjetividade da vítima estão enunciados pelo mesmo Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região nos argumentos utilizados no julgamento do recurso ordinário 1.892/2004:

A indenização por maus-tratos sofridos encerra uma análise extremamente subjetiva da situação; a compreensão do sofrimento de alguém só pode ser dimensionada, ao menos em seu aspecto emocional, por quem já tenha passado pela mesma experiência. Portanto, o estabelecimento de valores indenizatórios pelo Juiz, via de regra, traz uma compreensão que em verdade é meramente fictícia. Os valores morais aviltados não pode ser retratados economicamente. O que se passa no âmago de cada indivíduo não pode ser detalhado de maneira uniforme; a particularização traduz uma concepção específica do que seja vida íntima, vida privada, honra e imagem pessoal. A indenização por danos morais não quantifica o sofrimento pessoal; possui apenas efeitos pedagógicos, visando a inibição da prática de atos ou fatos indesejáveis. (BRASIL, 2007e).

Esta clara percepção do grau de subjetividade envolvida na violação à personalidade pode, como ocorre nesta decisão judicial, levar até mesmo ao abandono de qualquer pretensão de que a indenização por danos morais sirva à compensação da vítima, enveredando-se no caminho improvável de que, como sanção pecuniária, estas indenizações sirvam em verdade para “a inibição da prática de atos ou fatos indesejáveis”. Ou, por vezes, uma solução “conciliatória” entre estas tarefas “de modo a satisfazer, a um só tempo, o interesse de compensação do lesado, de um lado, e a repressão à conduta do agressor, de outro”, como aquele mesmo tribunal afirmou no julgamento do recurso ordinário 443.228/2001 (BRASIL, 2007d). As perplexidades que são lidas nas entrelinhas destes argumentos judiciais, remetem-se, em última análise, à frustração de um critério “objetivo” para a fixação de tais indenizações, como admitiu o mesmo tribunal no julgamento do recurso ordinário 2.766/2002 (BRASIL, 2007c).

Novamente a indagação sobre as certezas na adjudicação do direito surge, quase que como uma névoa que obscurece o debate teórico em seu nível mais profundo. A armadilha gerada pela opacidade teórica pode ser medida na análise de Bárbara Smith, que a situa na consecução de um objetivo da epistemologia clássica (a produção de uma “verdade” que transcenda a história, as culturas e as circunstâncias humanas) e revela que a frustração neste objetivo pode levar aquele que julga tanto a justificar a sua recusa ao debate interpretativo, como também pode servir de amparo à redução da argumentação a um ato de decisão política, ambos sob o pressuposto que, de todo modo, não é possível amparar adequadamente qualquer juízo sobre a aplicação de normas (SMITH, 1998, p. 31-32 e p. 34). Mas, se para esta mesma autora, “... nenhum juízo é ou poderia ser objetivo no sentido clássico de ser justificável em bases totalmente transcendentais com relação ao contexto e independentes do sujeito” (SMITH, 1998, p. 39-40),

...a pressuposição alternativa, a simetria normativa e/ou epistêmica, não é a idéia de que todos os juízos e crenças, incluindo os nossos próprios, são “igualmente bons” ou “igualmente válidos”, mas a idéia de que todos os juízos e crenças, incluindo os nossos próprios, são produzidos e operam igualmente de modo contingente, ou seja, são formados em resposta a condições mais ou menos particulares e variáveis (experienciais, históricas, culturais, discursivas, circunstanciais e assim por diante) e operam com maior ou menor validade (em uma acepção de aplicabilidade, força e adequação) em relação a tais condições. (SMITH, 1998, p. 41).

Será que a argumentação acima é correta não apenas em seu diagnóstico, mas também na proposta que contém? Em outras palavras, o recurso à hermenêutica filosófica pode servir como aprofundamento do debate efetivo sobre o modo construção de juízos na questão atinente à fixação da indenização por danos morais?

Como visto das transcrições e das referências feitas anteriormente, os tribunais incumbidos de tais juízos confessadamente encontram os obstáculos na subjetividade que caracteriza a experiência das vítimas e a possibilidade de esta experiência ser narrada e compartilhada textualmente. Portanto, é útil aqui uma reflexão sobre o modo como, sob a perspectiva da hermenêutica filosófica, a narração pode (e em que limites ela o pode) articular a relação entre memória e experiência.

A reflexão lúcida de Ricoeur relembra a proximidade entre a narrativa história e a narrativa em que consiste o processo judicial, para notar que ambos são tributários de uma forma da ativação da memória – todavia, uma memória que nunca é transcendentalizada de modo kantiano, mas sempre mediatizada por experiências que articulam tempo histórico e espaço ocupado na narração. O que, em outras palavras, significa que a memória é parte do processo (tanto histórico, quando judicial), mas não os esgota (RICOEUR, 2004, p. 146-147). Se, na observação de Ricoeur, o testemunho “abre um processo epistemológico, a partir da memória, que passa pelo arquivo e por documentos, e se completa na prova documental”, estes testemunhos ao final apenas se integram a uma narrativa, uma representação do passado. Por este motivo, todo o testemunho – carreador

primário de uma memória presencial – assume, no ver de Ricoeur, uma posição dialógica curiosa: aquele que como testemunha invoca a memória de fatos em verdade já o faz na posição de seu narrador e, implicitamente, fundamenta a sua narrativa no pedido de ela seja aceita com verdadeira (RICOEUR, 2004, p. 161 e p.164). É possível assim concluir que a narrativa processual pretende não apenas uma descrição de fato, mas uma verdadeira atribuição de sentidos às experiências narradas. É uma narrativa que em si já incorpora um paradoxo: ela pretende ser o instrumento cognitivo e de persuasão do sentido que ela mesma constrói. Parte deste paradoxo é visto nas decisões judiciais que foram trazidas para a observação deste texto, na medida em que elas invocam como corretos os critérios de fixação de indenizações por danos morais exatamente ao argumento de que não é possível construir uma narrativa “acurada” da experiência sofrida pela vítima.

Trata-se, contudo, de um paradoxo rico de possibilidades, bastando notar que a chamada à memória do sofrimento (que não pode ser descrito de forma precisa, mas - e se e quando tanto - apenas interpretativamente narrado) permite o exercício de um papel restaurativo que requer necessariamente a ativação da memória. Ricoeur (2004, p. 412) pontua, com grande acerto, que esta ativação faz a diferença entre perdão e esquecimento, e apenas o primeiro é judicializável, já que o segundo nem mesmo pode ser expresso dialogicamente. De fato, em outro de seus textos Ricoeur resgata a relação narrativa/temporalidade/linguagem, dizendo ser esta última não o meio carregador das primeiras, mas antes o que atribui sentido às duas primeiras, através do sentido wittgensteiniano da expressão “jogos de linguagem” (RICOEUR, 1999, p. 180). Daí ser mais correto falar, hermeneuticamente, que a própria identidade do narrador não é reproduzida como um idem no texto (reprodução esta que seria invariável temporalmente), mas como um *ipsis*, isto é, com sentidos que estão temporalmente abertos e que podem viver a sua confirmação ou a sua revisão a depender de circunstâncias futuras absolutamente imprevisíveis de antemão (RICOEUR, 1999, p. 215-216). Neste ponto é que a incerteza confessada nas decisões judiciais analisadas neste artigo podem ser tomadas também como produtiva, por confessar tanto a possibilidade quanto a necessidade de que o sentido de direitos mantenha-se aberto à ressignificação.

Porém, mesmo considerados os cuidados que a hermenêutica de Ricoeur possui ao recordar a historicidade das certezas, é preciso perguntar se esta hermenêutica não tende a uma ontologia que, por via transversa, acabe incidindo em boa parte dos problemas iniciais que ela procurava evitar, particularmente a absolutização do ato de julgar como um ato que, se incorporar a reflexão sobre sua própria historicidade, será um ato de justiça. E a resposta a esta indagação é positiva, já que o próprio Ricoeur termina por confessar como por fim assume esta perspectiva sobre o ato de julgar:

Creio, então, que o acto de julgar tem como horizonte um equilíbrio frágil entre os dois componentes da partilha: o que divide a minha parte da vossa e o que, por outro lado, faz com que cada um de nós tome parte na sociedade.

É esta justa distância entre os parceiros afrontados, demasiado próximos no conflito e demasiado afastados um do outro na ignorância, no ódio ou no desprezo, que resume bastante bem, penso, os dois aspectos do acto de julgar: por um lado cortar, pôr fim à incerteza, separar as partes; por outro, fazer reconhecer cada um a parte que o outro ocupa na mesma sociedade, em virtude do que o ganhador e o perdedor do processo seriam reputados ter cada qual a justa parte no esquema de cooperação que é a sociedade. (RICOEUR, 1995, p. 168-169).

É precisamente contra a ontologização da justiça que Derrida fará seu alerta, cujos termos serão examinados no próximo tópico.

### **3 - Derrida: (im)possibilidade da justiça?**

Embora também incorpore boa parte dos argumentos de Wittgenstein acerca da

impossibilidade de que a linguagem seja tanto objetivada quanto plenamente subjetivada<sup>4</sup>, a crítica de Derrida vai bastante além das preocupações hermenêuticas sobre a contextualização dos sentidos nos diversos jogos de linguagem temporal e espacialmente. Derrida já se volta para os problemas presentes no paradoxo de um direito que se funda a si mesmo. Derrida nota que, precisamente por este paradoxo, é quando menos problemática a aplicação de uma teoria discursiva apoiada nas categorias de atos de fala ao direito, na medida em que, por exemplo, a Declaração de Independência que é considerado documento fundante dos Estados Unidos da América é assinada pelos que se afirmam representantes de um povo que somente é constituído como tal através daquela mesma declaração (DERRIDA, 2002, p. 49). Porém é da ocultação deste mesmo paradoxo, no próprio texto da Declaração de Independência percebe que ele (o paradoxo) é útil para que o direito possa tratar ele mesmo de uma contradição performativa: constituir a realidade que ele mesmo pretende regular doravante (DERRIDA, 2002, p. 51-52).

Este modo de se aproximar do direito, desde o início atento tanto à contradição de seus fundamentos, como simultaneamente lançando mão destas contradições na busca de um papel legítimo<sup>5</sup> para o direito permite, no dizer de Teubner (2006, p. 12-13), que Derrida suplante a paralisia que poderia resultar de uma postura desconstrutiva, para permitir que um certo grau de ontologização da justiça seja não apenas percebido como necessário, como também seja exercido reflexivamente, sob as exigências de uma alteridade constante.

A superação a que se refere Teubner é feita a partir da preocupação de Derrida de examinar como “... julgar o que permite julgar, aquilo que se autoriza o julgamento”, para, com apoio na distinção já feita por Montaigne entre o direito e a justiça, lembrar que “A autoridade das leis repousa apenas no crédito que lhes concedemos. Nelas acreditamos, eis seu único fundamento.” (DERRIDA, 2007, p. 5 e p. 21). Após esta distinção, e verificando a possibilidade de que o direito seja, por força disto mesmo, submetido a uma desconstrução, Derrida simultaneamente observa que a justiça, se existe para fora e para além do direito, não pode ser ela mesma desconstruída, o que traz a perspectiva de que a própria justiça seja vista como desconstrução (DERRIDA, 2007, p. 27).

Esta afirmação sem dúvida abre portas não apenas para críticas na adjudicação dos direitos fundamentais, mas especialmente para esta adjudicação: é possível tomar-se as decisões judiciais que foram trazidas como objeto de análise deste artigo como demonstrações de que o atingimento da justiça não se realiza jamais de forma plena por quaisquer critérios apriorísticos que se possam desenhar normativamente, mas simultaneamente a desconstrução destes critérios viabiliza um papel legítimo para o direito. Não que a justiça em si possa ser experimentada de modo pleno – como igualmente a subjetividade da vítima de violência contra a sua personalidade não o pode ser senão pela própria vítima – já que “A justiça é uma experiência do impossível. Uma vontade, um desejo, uma exigência de justiça cuja estatura, não fosse uma experiência de aporia, não teria nenhuma chance de ser o que ela é, a saber, apenas um apelo à justiça” (DERRIDA, 2007, p. 30). Esta é a demonstração de que o direito em si não assegura a justiça, no comentário correto de Vismann de que “Em contraste com o direito, desconstrução nunca afirma que pode assegurar esta direção rumo ao melhor. Desconstrução é, antes de tudo, uma promessa e não uma doutrina. Sua jus-radicalidade ou seu apelo por justiça não está apoiado em grandes giros dialéticos. E uma teoria da aproximação rumo àquilo que ela mesmo desconstrói” (VISMANN, 2005, p. 7, tradução livre)<sup>6</sup>.

Esta aproximação de Derrida rumo ao justo, mesmo já com a plena concepção de que

4 Para uma análise mais detalhada da proximidade entre Derrida e Wittgenstein no que toca à crítica a uma linguagem objetivada cf. Sonderegger, 1997, especialmente p. 186-190.

5 O debate em torno da possibilidade vista por Derrida de legitimidade no direito pela via de sua desconstrução envolve uma segunda vertente tão ou mais importante do que aquela examinada neste artigo, que é a distinção entre a violência fundante e a violência que apenas conserva o direito. Neste sentido, cf. Derrida, 2007, p. 61 e ss, no texto em que é feita análise da “Crítica da Violência” de Walter Benjamin.

6 Em igual sentido, cf. Dokic, 1998, p.452.

a justiça não pode ser atingida de forma absoluta, é possível na medida em que a dispensação de decisões justas é tomada aqui como esforço de conciliação entre as particularidades de uma situação concreta e a generalidade das normas, que não realizam por si a justiça precisamente por serem cegas a estas particularidades. A pergunta que Derrida (2007, p. 31) formula é: “Como conciliar o ato de justiça, que deve sempre concernir a uma singularidade, indivíduo, grupos, existências insubstituíveis, o outro ou eu como o outro, numa situação única, com a regra, a norma, o valor ou imperativo de justiça, que têm necessariamente uma forma geral, mesmo que essa generalidade prescreva uma aplicação que é, cada vez, singular?” Neste instante, ainda que tomando a justiça como um por-vir, Derrida se aproxima muito da forma como Dworkin se vale da hermenêutica na construção de uma teoria da adjudicação, já que para Derrida o indecível reclama uma solução ao direito que não negue a norma e que tampouco negue a busca pela justiça (DERRIDA, 2007, p. 53 e p. 46-47).

A justiça como vazio, permitida pela desconstrução do direito em Derrida, portanto, não é tanto um vazio “de que”, porém mais um vazio “para que”: um vazio para que o lugar da justiça não seja considerado como de antemão assegurado pela norma, nem por uma idéia de que a adjudicação de direitos possa apenas formalmente obtê-la. Um vazio para que circunstâncias específicas de cada caso sejam ignoradas, como se cada experiência humana, por ser singular e subjetiva, não devesse compor precisamente por isto o campo argumentativo que o aplicador do direito deverá necessariamente enfrentar.

A desconstrução aqui funciona semelhantemente ao modo como Derrida enfrentou a tarefa de argumentar como a epistemologia, reconectada a suas bases filosóficas críticas, permite enfrentar a prisão de um logos objetivado lançando mão das inúmeras possibilidades abertas por uma escrita não-fonética. Deste modo, a razão serve aqui para por limites à própria razão, assumindo que toda linguagem é constitutiva de uma realidade, e não apenas a sua representação e transcrição (DERRIDA, 2005a, p. 3 e p. 42). Se a linguagem não pode ser compreendida senão com estruturalmente indeterminada, também a ciência que por ela se expressa só pode ser marcada por uma narrativa que emerge em sua precariedade no preciso instante em que poderia ingenuamente pensar que ela obteve fundamentos sólidos nos quais se apóia (DERRIDA, 2005b, p. 12).

Portanto o modo de pensar o direito de Derrida enfrenta, de forma bastante direta, uma circunstância própria da modernidade, mas que apenas se torna visível nesta fase de modernidade tardia. Trata-se do problema de como a modernidade, ao liberar o ser humano de uma fundamentação a qual ele devesse necessariamente se remeter, através das noções de igualdade e liberdade (de resto, e não por acaso, também as mesmas noções que constituem o núcleo do constitucionalismo), inventou o indivíduo e o posicionou em um paradoxo:

A modernidade rompe com todas as formas de sociedade que a antecederam, ao deixar de enxergar na ordem social um destino predeterminado por uma força transcendental e exterior à vontade dos homens. No mundo moderno, o indivíduo e a sociedade são condenados a se autoproduzirem, a inventar o futuro. Aliás, só na modernidade o indivíduo e a sociedade se auto-representaram como entes autônomos de outras ordens da vida social (natureza, religião), (...) A autoreprodução do indivíduo deu lugar a uma série de direitos, de instituições e de ideologias, através dos quais os modernos se tornaram reprodutores de seu futuro (SORJ, 2004, p. 110-111).

De outra parte, a modernidade agora pode lançar mão da razão para estabelecer a crítica desta mesma razão e, mediante esta reflexividade, escapar do aparente esgotamento que lhe era imputado (ROUANET, 2005, p. 228). Se há uma lógica moderna nesta reflexividade, é uma lógica que suspeita de seus limites e requer uma possibilidade de dissenso permanentemente aberta, até para que se possa pensar a inclusão de novas identidades que vão se formando ao longo das relações sociais mais e mais complexas e também progressivamente imprevisíveis e improváveis

(GIANOTTI, 2006, p. 394).

As observações críticas de Derrida, como visto, não se negaram a um uso reflexivo da razão e à desconstrução lingüística das certezas epistemológicas que se apresenta como realmente ingênuas a este ponto. Porém, se sua crítica também ultrapassou, em vários momentos, um projeto de reconstrução da modernidade, o modo como Derrida supera o impasse da legitimidade no direito permite reaproximá-lo de um projeto tão inserido nos pressupostos da modernidade quanto a concepção dworkiniana de direito como integridade?

Neste artigo se propõe uma resposta afirmativa a esta indagação, na medida em que a concepção de Dworkin quanto ao que seja direito, e quanto à racionalidade adequada a sua adjudicação nesta modernidade reflexiva, também enfrenta a mesma distinção, tensão e complementaridade que Derrida observa entre direito e justiça. Este é o argumento que se pretende expor no próximo item.

#### **4 - O direito como integridade e pretensão de uma adjudicação correta**

Se é certo que a modernidade produz uma imensa ansiedade existencial, precisamente porque não é mais capaz de apontar para um centro ontológico que seja fixo (GIDDENS, 2002, p. 41-42), esta angústia é vista no desencaixe de uma razão absolutizada em sua abstração e generalidade (que é o modelo, por excelência, da razão legislativa kantiana) e a indeterminação que é posta pela modernidade como sua própria condição hermenêutica (BAUMAN, 1999, p. 65-66). Dworkin enfrentará esta tensão (entre o abstrato e o concreto, entre o legislar e o adjudicar o direito), tensão que é vista por Derrida como propiciadora de uma diferença que não representa a negação da razão, mas que são a própria afirmação do que ainda possa restar dela pela possibilidade do acolhimento do outro como (DERRIDA, 1988, p. 639-640). E Dworkin o fará mediante um recurso que não somente é apto a captar a imersão hermenêutica necessária à que esta tensão seja operada de modo produtivo, mas sem reduções mútuas: a invocação da experiência estética literária. O que é, em si mesmo, uma forma de que a razão se abra para argumentos que nada têm de neutros ou objetivos, mas que tampouco desperdiçam a trajetória da experiência (CHUEIRI, 2004, p. 187 e p. 189).

A analogia que Dworkin faz entre a experiência de produção e de interpretação literária e a experiência do direito articula tanto a dimensão temporal da experiência narrada processualmente como a dimensão principiológica dos juízos normativos cuja incidência é pretendida. Isto porque a narração (re)construtiva feita interpretação e aplicação do direito não apenas volta os olhos ao passado institucional de uma comunidade, como enfrenta os desafios da circunstância específica presente e ainda projeta para o futuro conseqüências plausíveis (ainda que não sejam absolutamente necessárias) da interpretação adotada agora. E, ao mesmo tempo, esta decisão não pode deixar de tomar como presentes tanto a necessidade de afirmar a certeza das normas jurídicas (em sua generalidade e abstração) como também as exigências de justiça que requer o cuidado com as especificidades do caso concreto (DWORKIN, p. 273-274 e p. 306-307).

Do cumprimento destas exigências surge uma das mais controvertidas afirmações de Dworkin (2002, p. 429-430), a noção de que mesmo os chamados casos controvertidos possuem uma só solução jurídica correta, porquanto esta solução terá características tão únicas quanto o caso apresentado – e, é claro, somente será adequada para aquele caso (DWORKIN, 2000, p. 179). Neste sentido, não é correta a compreensão de parte dos que se debruçam sobre o pensamento de Dworkin no sentido de que esta correção seria atingida apenas no nível procedimental, e não no nível substancial<sup>7</sup>.

---

7 É de Carlson (2007, p. 19) a afirmação da existência de uma só resposta correta é vinculada somente à correção do procedimento decisório adequado e não à interpretação que dele resultar. Porém, esta interpretação do pensamento de Dworkin termina por negar um aspecto fundamental do procedimentalismo que se acha em sua formulação, qual seja, a idéia de que o cuidado para com o procedimento não é um fim em si, mas se volta à produção não de qualquer conteúdo decisório, mas de decisões que

Cumpra indagar: as decisões judiciais trazidas para análise neste artigo, ao admitirem a impossibilidade da fixação de parâmetro prévios na estipulação da indenização por danos morais, não negam a proposta dworkiniana da existência de uma só resposta correta? Ou, para dizer com outras palavras, não seria correta a crítica de Rosenfeld (2006, p. 36 e p. 38-41) a esta proposta teórica, no sentido de que ela possui menos conteúdo substantivo do que necessário e de que, paradoxalmente, quando é posta em prática resulta em um “fechamento” interpretativo que nega o pluralismo necessário ao direito em uma sociedade hipercomplexa?

A resposta aqui é negativa. Em primeiro lugar porque o argumento de Rosenfeld quanto à pequena carta de substantividade da análise de Dworkin trata a teoria de adjudicação dworkiniana como se a observância do direito como integridade fosse o resultado de um equilíbrio (uma proporcionalidade, portanto) entre certeza do direito e justiça. Porém, a noção de direito como integridade é precisamente oposta à idéia de qualquer sacrifício mútuo, por menor que seja, entre estas exigências. Para Dworkin, não há entre elas qualquer medida de proporção ou de equilíbrio, mas uma tensão que as permite compreender como complementares e simultaneamente realizáveis.

Em segundo lugar porque a noção de uma só resposta correta, ao estar hermeneuticamente vinculada às especificidades daquele um só caso (o qual é tratado aqui como o conceito hermenêutico-filosófico de evento<sup>8</sup>). Deste modo, é a natureza contingente desta decisão que permitirá, para usar a expressão de Derrida, que o lugar da justiça permaneça vazio. Esta aparente insegurança jurídica, em verdade, é a forma de se lidar com o paradoxo fundante que a modernidade impôs sobre o direito. Por este motivo é que, mesmo consideradas as contradições e paradoxos existentes nos argumentos aplicados na fixação judicial das indenizações por danos morais, não há que se abrir mão das exigências do direito como integridade em prol de argumentos de eficiência judicial (DWORKIN, 1985, p. 186). Discrição judicial em Dworkin, portanto, é substituída pela necessidade de observância do direito como integridade, o que torna o pensamento dworkiniano uma teoria de adjudicação que não padece da infantilidade epistemológica de pretender que um método desonere o aplicador da tarefa de operar esta tensão entre direito e justiça (DWORKIN, 1963, p. 624). A existência dos casos difíceis colocados sob a decisão do alegórico “juiz Hércules” não remete a uma indecidibilidade que se confunda com o arbítrio judicial. Tais casos em verdade demonstram, como Dworkin (1975, p. 1.107-1.109) pontua, que o direito como integridade, ao não permitir sacrifícios mútuos entre liberdade e igualdade, entre certeza das normas jurídicas e justiça em cada caso concreto, a imprescindibilidade de que uma teoria da adjudicação afirme a existência de uma só resposta correta para cada caso, ainda que tal correção seja, é claro, restrita ao caso examinado.

## 5 - Conclusão

Os argumentos trazidos neste artigo demonstram que o recurso à hermenêutica filosófica empregada por Dworkin em sua teoria da adjudicação não acha propriamente um limite na desconstrução preconizada por Derrida. Ao contrário, tomado o processo judicial como uma reconstrução narrativa que vai articular sempre memória e experiência, a integridade principiológica exigida por Dworkin não anula a tensão que Derrida considera como constitutiva da experiência normativa humana na modernidade (a tensão direito/justiça). As dificuldades expressas nas decisões judiciais que se debruçam sobre a fixação de uma quantia para indenização de danos

---

reafirmem o direito como integridade, sem o que, segundo Dworkin, são negadas a liberdade e a igualdade que uma comunidade jurídica tenham erigido como fundamentais que são a razão tanto da supremacia da constituição quanto da possibilidade de um *judicial review* das normas que refogem ao parâmetro constitucional (DWORKIN, 1999, p. 443/444).

8 Por força da historicidade que a hermenêutica filosófica localiza em cada ato humano (tomado sempre com um ato de compreensão e de atribuição de sentidos), uma determinada experiência será por definição não repetível, já que aquele mesmo aqueles que se envolvem em sua realização ou com sua análise acumulam, nesta experiência, um novo cabedal de conceitos que servirá como ponto de partida diverso quando e se um fato semelhante tornar a ocorrer (GADAMER, 1999, p. 512-513).

morais não representam uma irracionalidade que deva ser legislativamente corrigida – até porque a modificação das normas não resolve os problemas presentes na adjudicação delas. Ao contrário, é nesta incerteza que se abrem a possibilidade para que o lugar da justiça não seja ocupado em definitivo, impedindo tanto a atenção às especificidades de cada caso, como também reduzindo a abertura futura que se exige dos sentidos das normas em uma sociedade moderna.

O esforço para que a tensão entre direito e justiça seja mantida e percebida em sua produtividade é, em outras palavras, o esforço para que a adjudicação de direitos fundamentais não se faça na lógica do sacrifício entre tais garantias constitucionais. Em tempos de sítio a várias das conquistas constitucionais – e, talvez, de sítio ao próprio constitucionalismo – é preciso uma cautela especial no debate sobre as teorias de adjudicação de direitos, para que, parafraseando Gadamer, a reificação do método interpretativo do direito não produza a desconstitucionalização sob o pretexto de produzir verdades.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AQUINO, R. D. C. Critério de fixação do valor da indenização nas ações onde se postula apenas dano moral – Brasil 1998-2006. Disponível em <http://www.fdc.br/Revista/..%5CArquivos%5CRevista%5C9/01.pdf>. Acesso em 27 jul. 2007

BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao) >. Acesso em: 20 jan. 2007a

BAUMAN, Z. Modernidade e ambivalência. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

BENASSE, P. R. A Personalidade, os danos morais e sua liquidação de forma múltipla. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CARLSON, D. G. Dworkin in the desert of the real. Disponível em [www.ssrn.com](http://www.ssrn.com)>. Acessado em 10 jan. 2007.

CHOUERI, V.K. de. Before the law: philosophy and literature (the experience of that which one cannot experience). Nova York, 2004, 262 f. Tese (Doutorado em Filosofia) - Faculty of Political and Social Science, New School University.

DERRIDA, J. De la gramatologia. Trad. O. Del Barco; C. Ceretti. Disponível em <http://personales.ciudad.com.ar/Derrida>>. Acessado em 14.12.2005a.

\_\_\_\_\_. Declaration of Independence. Trad. Elizabeth Rottemberg. In: ROTTEMBERG, E. (org). Negotiations: interventions and interviews, 1971-2001. Stanford: Stanford University Press, 2002.

DOKIC, V. Reading Derrida's "Force of Law: the mystical foundation of authority". *Facta Universitatis, Philosophy and Sociology series*, Belgrado, v. 1, n. 5, p. 449-454, 1998.

DWORKIN, Ronald. Judicial discretion. *The Journal of Philosophy*. Newark, v. 60, n. 21, p. 624-638, 1963.

\_\_\_\_\_. El círculo lingüístico de Ginebra. Trad. Carmen González Marín. Disponível em <<http://personales.ciudad.com.ar/Derrida/ginebra.htm>>. Acessado em 30.11.2005b.

\_\_\_\_\_. Força de lei: o fundamento místico da "autoridade", trad. Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

GADAMER, H.G. Verdade e Método. Trad. Flávio Paulo Meurer, rev. Ênio Paulo Giachini. Petrópolis: Ed. Vozes, 1999.

GIANOTTI, J. A. Lógica da emancipação. In: NOVAES, A. (org). A crise da razão. São Paulo: Cia das Letras, 2006.

GIDDENS, A. Modernidade e identidade. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002.

\_\_\_\_\_. Hard cases. *Harvard Law Review*. Cambridge, v. 88, n. 6, p. 1.057-1.109, 1975.

\_\_\_\_\_. Law's ambition for itself. *Virginia Law Review*, Charlottesville v. 71, n. 2, p. 172-187, 1985.

\_\_\_\_\_. Levando direitos a sério. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_. Memory, history, forgetting. Trad. Kathleen Blamey e David Pellauer. Chicago: Chicago University Press, 2004.

\_\_\_\_\_. O império do direito. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

\_\_\_\_\_. O justo ou a essência da justiça. Trad. Vasco Cassimiro. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

RICOEUR, P. Historia y narratividad. Trad. Gabriel Aranzueque Sahuquillo. Barcelona: Paidós, 1999.

ROSENFELD, M. Dworkin and the one law principle: a pluralist critique. Disponível em <www.ssrn.org>. Acessado em 20 dez. 2006.

ROUANET, S. As Razões do Iluminismo. São Paulo: Cia das Letras, 2ª ed. 2005.

SMITH, B. H. Crença e resistência: a dinâmica da controvérsia intelectual contemporânea, trad. Maria Elisa Marchini Sayeg. São Paulo: Editora UNESP, 1998.

SONDEREGGER, R. A critique of pure meaning: Wittgenstein and Derrida. European Journal of Philosophy. Oxford. v. 5, n. 2, p 183-209, 1997.

SORJ, B. A democracia inesperada: cidadania, direitos humanos e desigualdade social. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

TEUBNER, G. Dealing with paradoxes of law: Derrida, Luhmann, Wiethölter. Trad. Iain L. Fraser. Separata de: PEREZ, O.; TEUBNER, G. Paradoxes and inconsistencies in the law. Portland: Hart Publishing, 2006.

\_\_\_\_\_. The politics of friendship. Trad. Gabriel Motzkin. The Journal of Philosophy. Newark, v. 85, n. 11, p. 643-644, 1988.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região. Indenização. Quantificação. Recurso Ordinário 4.587/2001. Evelyn Carvalho de Freitas Pimenta e Paulo Octávio Investimentos Imobiliários Ltda. Relator: Juiz Marcos Roberto Pereira. 12 jul. 2002. Disponível em <www.tst.gov.br>. Acesso em 4 jun. 2007b.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Dano moral. Indenização. Quantificação. Recurso ordinário 2.766/2002. José Aparecido Nardy e Transprev M. Processamento e Serviços Ltda. Relatora: Juíza Maria Inês Ré Soriano. 18 mai. 2004. Disponível em <www.tst.gov.br>. Acesso em 4 jun. 2007c.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Dano moral. Quantificação. Recurso ordinário 443.228. Carlos Vasquez Martinez e Neusa Maria de Oliveira. Relator: Juiz Rafael Pugliese Ribeiro. 11 jun. 2002. Disponível em <www.tst.gov.br>. Acesso em 4 jun. 2007d.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Indenização por maus-tratos sofridos. Remessa de ofício 1.982/2004. Fundação Estadual do Bem Estar do Menor e César Augusto Horta. Relator: Juiz Rovirso Aparecido Boldo. 15 ago. 2006. Disponível em <www.tst.gov.br>. Acesso em 4 jun. 2007e.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Reparação. Quantificação. Recurso ordinário 1.215/2006. Sebastião Rosa da Costa e Gelre Trabalho Temporário S.A.. Relator: Juiz Eduardo de Azevedo Silva. 6 de fev. 2007. Disponível em <[www.tst.gov.br](http://www.tst.gov.br)>. Acesso em 4 jun. 2007f.

\_\_\_\_\_. Uma questão de princípio. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

VISMANN, C. Derrida, philosopher of the law. German Law Journal. v. 6, n. 1. Disponível em <<http://www.germanlawjournal.com>>. Acessado em 15 abr. 2005.

## **ENTRE A INDISPONIBILIDADE E A NEGOCIAÇÃO: as normas coletivas como fontes do direito do trabalho.**

**Cristiano Paixão<sup>1</sup>**

**Ricardo Lourenço Filho<sup>2</sup>**

### **1 - Introdução**

O presente artigo propõe uma reflexão acerca da autonomia da vontade coletiva no direito do trabalho contemporâneo. A primeira parte do texto procura situar os acordos e convenções coletivas de trabalho no panorama das fontes do direito do trabalho no Brasil. Na parte conclusiva dessa seção, apresenta-se um caso exemplar, característico do Distrito Federal, que envolve uma forma atípica de rescisão de contrato de trabalho. Como esse caso envolve categorias ligadas ao campo da terceirização, o artigo trata, em sua segunda parte, das características e transformações desta prática laboral que vem acompanhada, nos tempos atuais, de uma diminuição da proteção social e de uma visível precarização da relação de trabalho. Nas conclusões, o texto procura correlacionar os aspectos precedentes e lançar indagações acerca dos limites da autonomia da vontade coletiva e de seu tratamento pelo Poder Judiciário.

### **2 - A negociação coletiva no contexto das fontes do direito do trabalho**

Um dos grandes debates no mundo do trabalho na atualidade diz respeito aos limites da negociação coletiva. Essa discussão é muitas vezes apresentada como um conflito entre “negociado” e “legislado”. Não é por acaso. A legislação trabalhista, em particular a CLT, traz um elenco mínimo de direitos e deveres de empregados e empregadores, proibindo-lhes, em princípio, ajustar aquém (mas não além) da previsão legal. A Constituição de 1988, além de estabelecer algumas garantias fundamentais dos trabalhadores, prevê o direito ao “reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho” (artigo 7º, XXVI). O texto constitucional estipula também os princípios básicos que norteiam a atuação sindical: liberdade e autonomia das entidades, defesa dos direitos e interesses individuais e coletivos dos trabalhadores e participação na negociação coletiva (art. 8º, caput, I, III e VI).

Mas essa perspectiva do confronto entre “negociado” e “legislado” não parece ser suficiente para abarcar a complexidade da questão. Para compreender adequadamente o problema da liberdade das entidades na celebração de acordos e convenções coletivas, é necessário situar o próprio papel da negociação coletiva, não apenas como fonte do direito do trabalho, mas como fonte de direitos humanos e trabalhistas.

Não se trata apenas de uma questão terminológica. Indagar sobre o que os atores sociais criam, de fato, quando celebram acordos e convenções coletivas de trabalho significa, antes de tudo, traçar uma linha distintiva acerca dos limites dessa capacidade de pactuação.

Isso se reflete diretamente na prática judicial. Ao se deparar com as normas coletivas, muitas vezes em conflito com certas regras da legislação, o julgador tem a tarefa

---

1 Professor da Faculdade de Direito da UnB. Integrante dos grupos de pesquisa “Sociedade, Tempo e Direito” e “O Direito Achado na Rua” (Plataforma Lattes – CNPq). Membro da Coordenação do Observatório da Constituição e da Democracia (FD-UnB). Procurador do Trabalho

2 Mestre em Direito, Estado e Constituição pela UnB. Professor universitário. Integrante do grupo de pesquisa “Sociedade, Tempo e Direito” (Plataforma Lattes – CNPq). Membro da Comissão Executiva do Observatório da Constituição e da Democracia (FD-UnB)

(da qual não pode se abster) de examinar aquilo que foi pactuado, deliberando acerca de sua validade. A negociação coletiva ocorre em um contexto muito peculiar, que não pode ser reproduzido quando a discussão sobre determinado direito é apresentada em juízo. As entidades coletivas que representam empregados e empregadores ajustam as condições de trabalho, mediante concessões mútuas, visando à obtenção de interesses econômicos que não podem ser facilmente traduzidos em termos jurídicos. O instituto do contrato, presente aqui na forma de acordo e convenção coletiva, corresponde ao ponto de contato entre o direito e a economia, que possuem lógicas diferentes e inconfundíveis e que não são intercambiáveis.<sup>3</sup>

Não obstante, é inegável que os interesses econômicos em jogo na negociação coletiva se traduzem, sobretudo no caso dos sindicatos profissionais, em direitos. Acordos e convenções coletivas são celebrados também com a preocupação de assegurar determinados direitos aos trabalhadores.

No campo das relações de trabalho, vigora o princípio da indisponibilidade dos direitos. Parte-se do pressuposto de que os direitos de natureza trabalhista representam uma aquisição evolutiva da sociedade moderna. Essa mesma sociedade fez tornar visível, num determinado momento de sua trajetória histórica, a assimetria que imperava nas relações existentes entre capital e trabalho e as conseqüências nefastas que essa desigualdade poderia gerar – e que de fato gerou.

Porém, no direito do trabalho está incluído, ao mesmo tempo, o componente da negociação. Como se trata de relações que suplantam, em muitas circunstâncias e oportunidades, a esfera individual, são necessários entes representativos, que possam deliberar e atuar na defesa da categoria formada pelos trabalhadores.<sup>4</sup> Historicamente, esse papel incumbe aos sindicatos, que, no Brasil, detêm, do ponto de vista da organização dos trabalhadores, o monopólio da negociação coletiva.

A Constituição da República de 1988, surgida num contexto de redemocratização do Estado e da sociedade, revela uma nítida preocupação com a afirmação dos direitos individuais e sociais. Assim, num primeiro momento, ela recupera a história constitucional brasileira, revigorando as disposições contidas nas Cartas de 1934 e 1946 acerca dos direitos fundamentais, das liberdades públicas e dos direitos ligados à coletividade e ao trabalho.

Mas, numa segunda etapa, a Constituição vigente procura ampliar – de forma significativa – o leque da autonomia da vontade coletiva, reconhecendo, no campo das relações de trabalho, o valor das convenções e acordos coletivos de trabalho (art. 7º, inciso XXVI) e permitindo, excepcionalmente, a redução de jornada de trabalho ou mesmo de salário quando celebrada norma coletiva (art. 7º, incisos VI e XIII).

Assim, as convenções coletivas figuram como elementos centrais na dinâmica das fontes do trabalho na contemporaneidade. E, no contexto pós-Constituição de 1988, essas fontes encontram-se em processo de transformação.

Um dos principais desdobramentos do direito do trabalho no estágio posterior à promulgação da Carta Política vigente consiste na multiplicidade e fragmentação de suas fontes, matérias, sujeitos e processos. Com isso quer-se dizer que o direito do trabalho

---

3 Cf. LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Trad. de Javier Torres Nafarrate. México: Herder e Universidad Iberoamericana, 2006 (em particular, o cap. 10).

4 A formação do próprio direito do trabalho é marcada pelo reconhecimento do trabalhador como sujeito de direitos e dos sindicatos como agentes de negociação coletiva. De acordo com Bernardo Sorj, “o reconhecimento de categorias coletivas transformou o trabalhador em uma categoria jurídica, o que permitiu, primeiro, a legalização dos sindicatos, vistos anteriormente como um monopólio que impedia a livre negociação individual, e finalmente a integração das diferenças organizações coletivas dos trabalhadores nas negociações de salários e condições de trabalho.” (SORJ, Bernardo. *A democracia inesperada: cidadania, direitos humanos e desigualdade social*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2004, p. 36/37).

tornou-se ao mesmo tempo mais complexo, menos harmônico, mais diversificado, menos previsível.

No que se refere às fontes do direito do trabalho, o panorama é de diversidade. A lei passa a conviver, com uma supremacia bastante relativizada, com normas coletivas, regulamentos empresariais e com o crescimento do papel da jurisprudência. O declínio da lei como fonte principal do direito do trabalho pode ser abordado sob duas perspectivas, ambas qualitativas: a perda da centralidade e o reconhecimento da relevância da atividade judicial no mundo das relações de trabalho.

Em primeiro lugar, o que se pode denominar de perda da centralidade da lei. Algumas das mais profundas transformações ocorridas no mundo do trabalho no Brasil não exigiram alterações legislativas de grande monta. E, o que é interessante: parece ter se construído uma consciência de que a lei, em determinadas situações, pode representar uma excessiva limitação à atividade da negociação coletiva. Daí a tentativa estabelecida em 2001 de modificar o status das fontes do direito do trabalho, por meio do Projeto de Lei nº 134/2001: ao invés de propor a substituição do material normativo por novos textos legais – ou, ao menos, atualizar as normas jurídicas existentes –, o Governo da época identificou a lei como um obstáculo e simplesmente propôs uma modificação na situação das fontes: o “negociado” prevaleceria sobre o “legislado”.

O projeto, aprovado na Câmara dos Deputados, teve seu andamento paralisado assim que chegou ao Senado Federal, diante do início das atividades do Fórum Nacional do Trabalho, o que foi uma decisão inegavelmente correta, na medida em que o projeto, que pretendia modificar inteiramente o direito do trabalho no Brasil, não passou por nenhum tipo de discussão pública e/ou participação dos eventuais envolvidos; cuidava-se de um projeto saído das prateleiras da burocracia estatal. Reitere-se, portanto: a aprovação do projeto não seria benéfica para o mundo do trabalho. Contudo, o que se revela interessante para os fins da presente manifestação é o processo em si, ou seja, o “alvo” da proposição: a lei formalmente considerada, e não seu conteúdo. Vê-se, assim, com tal reação, como a norma positiva passa a ser percebida como instrumento de restrição do espaço de participação e deliberação dos atores sociais pertencentes ao mundo do trabalho.

E o mesmo fenômeno pode ser descrito a partir do surgimento da própria Constituição da República, que estabeleceu, como mencionado anteriormente, a possibilidade de redução do salário do trabalhador, desde que presente a negociação coletiva. Trata-se, aqui, de uma “flexibilização” atípica, pois inserida numa Constituição democraticamente construída, por intermédio de um processo de mobilização social e abertura política. A Constituição não pode, portanto, ser considerada uma norma resultante de interesses privados ou setoriais. Sua elaboração decorreu de um processo complexo, que comportou um expressivo grau de argumentação e participação da sociedade. E o texto do art. 7º, inciso VI, da Constituição não apresenta qualquer dúvida, ao mencionar a irredutibilidade salarial como um direito dos trabalhadores urbanos e rurais, “salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo”.

Além da perda da centralidade da lei, um segundo fator pode ser apontado como relevante para a modificação ora descrita: o significativo crescimento da atividade judicial como fator indispensável para a compreensão das transformações do direito do trabalho. Se, no período anterior à redemocratização do país, as cortes trabalhistas já desempenhavam um papel relevante na atualização e redefinição do ordenamento jurídico, com a promulgação da Carta de 1988 – e seu amplo rol de direitos individuais, sociais, coletivos e formas inovadoras de tutela perante o Judiciário – a Justiça do Trabalho teve substancialmente ampliadas suas responsabilidades e encargos decisórios. A juridificação e constitucionalização de benefícios voltados ao exercício do trabalho fizeram com que fosse

aberto um imenso campo de (re)criação contínua do ordenamento. E os tribunais, desde o alvorecer da Modernidade, possuem a função precípua de manter a comunicação jurídica ativada, ou seja, de propiciar respostas às crescentes demandas por decisão advindas dos diferentes setores da sociedade organizada.<sup>5</sup>

Um terceiro elemento – que está associado os dois fatores já citados – merece ser destacado: o papel desempenhado pela autonomia da vontade coletiva. A legislação não pode ser apresentada sistematicamente como limite puro e simples à negociação coletiva, sobretudo quando o resultado dessa última é a garantia de direitos essenciais à proteção ao trabalho – como a estabilidade no emprego. Acordos e convenções coletivas não são meras fontes do direito, mas, sim, de direitos humanos trabalhistas.

Na vida concreta, o principal problema que decorre da valorização dos acordos e convenções coletivas de trabalho é o da definição dos limites da autonomia da vontade coletiva. Quais são os limites que se impõem às negociações coletivas? Em processos judiciais, que parâmetro deve ser eleito para a definição desses limites?

Para aprofundar essas discussões, optamos pelo exame de uma situação concreta, recorrente no Distrito Federal: a previsão em norma coletiva de que a rescisão contratual ocorre por culpa recíproca quando há sucessão entre empresas prestadoras de serviços terceirizáveis, assegurando-se aos trabalhadores estabilidade no emprego por seis meses. Em contrapartida, a cláusula traz a estipulação de que, nesses casos, em que há a continuidade da relação de trabalho (a par da alteração da empresa prestadora), não é devido o aviso prévio. Além disso, a multa do FGTS, em regra correspondente a 40% dos depósitos efetuados ao longo do contrato, é reduzida para 20%.<sup>6</sup>

A norma coletiva, portanto, procura tratar de modo inovador as consequências da terceirização. Convém, então, abordar esse fenômeno e suas repercussões no mundo do trabalho.

### 3 - Terceirização: trabalho como mercadoria

O mundo do trabalho vive um momento de crescente complexidade, fragmentação e redefinição. Institutos jurídicos e organizacionais que constituíram a mentalidade de gerações de trabalhadores – planos de cargos e salários, vinculação do trabalhador a uma estrutura formal de hierarquia e funções, inserção na vida da empresa por meio de atividades que extrapolam a jornada de trabalho, entre vários outros – cedem lugar à sensação de instabilidade na prestação e remuneração do trabalho humano. Novos termos

5 Cf., sobre o papel dos tribunais, LUHMANN, Niklas. “A posição dos tribunais no sistema jurídico”. Trad. de Peter Naumann. In: Revista da Ajuris. N. 49. Porto Alegre: Ajuris, julho de 1990.

6 Veja-se o teor da norma celebrada entre o Sindicato dos Empregados em Empresas de Asseio, Conservação, Trabalho Temporário, Prestação de Serviços e Serviços Terceirizáveis no Distrito Federal – SINDISERVIÇOS e o Sindicato das Empresas de Asseio, Conservação, Trabalho Temporário e Serviços Terceirizáveis do Distrito Federal - SEAC/DF: “Cláusula 30ª - Incentivo à continuidade do contrato de trabalho. Considerando a tipicidade da atividade de terceirização de serviços e a necessidade de prever para os trabalhadores maior segurança no emprego, e para isso incentivar as empresas para efetivamente participarem desse intento, fica pactuado que as empresas que sucederam as outras na prestação do mesmo serviço, em razão de nova licitação pública ou novo contrato, contratarão todos os empregados da empresa anterior sem descontinuidade quanto ao pagamento dos salários e a prestação dos serviços. Nesse caso a rescisão do contrato obrigará ao pagamento do percentual de 20% (vinte por cento) sobre os depósitos do FGTS a título de multa e as empresas ficarão desobrigadas de pagar o aviso prévio, porque não caracteriza hipótese de despedida e muito menos arbitrária ou sem justa causa. A rescisão do contrato de trabalho será por acordo, por ter ocorrido culpa recíproca das partes, em relação ao rompimento do contrato de trabalho; conforme previsto no Decreto nº 99.684/90, art. 9º, § 2º. O Termo de Rescisão Contratual, no campo referente a forma de rescisão, constará -CL 28ª - CCT- ou na sua impossibilidade, deverá constar no ato da homologação, a expressa referência à presente cláusula. Parágrafo Primeiro - Havendo real impossibilidade da continuação do trabalhador nos serviços, devidamente justificada perante os dois sindicatos convenientes, este trabalhador terá direito à indenização normal no percentual de 40% (quarenta por cento) sobre os depósitos do FGTS e demais verbas rescisórias. Parágrafo Segundo - Os empregados que se enquadrem na hipótese prevista no caput desta cláusula terão direito a estabilidade de 6 (seis), meses na nova empresa”.

ingressam no léxico sindical e empresarial, como “flexibilização”, “precarização” e “volatilidade”, indicando uma reconstrução do próprio sistema de proteção e tratamento do trabalho na contemporaneidade.

O fenômeno da terceirização é um aspecto dessa reconstrução.

Sua principal característica é a desvinculação entre as figuras do trabalhador e do empregador. O direito do trabalho clássico nasceu com uma clara natureza bipolar: num dos lados da relação, está o trabalhador, aquele que empresta suas próprias habilidades (por meio da força física ou de alguma atividade intelectual) em troca de uma contraprestação pecuniária, normalmente chamada de salário. No outro lado, está o empregador, aquela pessoa (física ou jurídica) a quem o trabalhador se subordina e que é responsável pelo pagamento decorrente da concessão da força de trabalho. Essa bipartição esteve associada ao direito do trabalho desde o seu surgimento, quer pela origem contratual das primeiras relações de trabalho, quer pela rigidez da divisão entre papéis que se verificou na organização da sociedade industrial a partir do século XIX.

Na verdade, uma expressiva parcela dessa estrutura de pensamento – que situa o trabalhador como pólo oposto ao empregador – continua presente nos tempos atuais. A hierarquização das relações de trabalho, o poder diretivo do empregador, as reivindicações trazidas pelos sindicatos e o aspecto contratual persistem como princípios informadores do direito do trabalho. No caso brasileiro, isso se manifesta com maior visibilidade na organização sindical vigente. Os sindicatos são divididos por categoria, tanto de trabalhadores como de empregadores (é vedada a sindicalização de trabalhadores por empresa) e são considerados como pertencentes a polos opostos, tanto que a legislação contém vários dispositivos que estimulam a negociação coletiva, mantendo, contudo, salvaguardas para o caso de impasse (como o poder normativo da Justiça do Trabalho). Numa negociação de natureza coletiva, sindicatos representativos de trabalhadores e empregadores sentam-se à mesa, debatem propostas, apresentam contrapropostas, defendem suas respectivas posições e, caso não tenham sucesso na obtenção de uma norma coletiva (acordo ou convenção coletiva de trabalho), são compelidos a permitir a chegada de um terceiro apto a decidir o conflito – ele pode ser um árbitro ou um órgão judiciário.

Esse modelo de organização sindical pressupõe a existência de sindicatos dotados de poder de barganha, especialmente de trabalhadores, uma rigidez na vigência da norma coletiva e, principalmente, um mundo do trabalho que opere segundo essas características binárias, ou seja, que reconheça como protagonistas da relação de trabalho vários indivíduos que sejam ligados, diretamente, a empresas que se beneficiem da sua força de trabalho.

E aqui se iniciam os problemas – e a precária situação dos “terceirizados”.

Quem são esses trabalhadores? Para quem eles emprestam sua força de trabalho?

Para que essas perguntas possam ser respondidas, é fundamental descrever a mudança no próprio conceito de terceirização. Originalmente, “terceirização” era considerada uma prática que não envolvia o desprendimento do trabalhador da relação com o tomador de serviços: terceirização era simplesmente a contratação, por uma empresa, de uma outra pessoa jurídica para a consecução de um fim determinado. Por exemplo: uma montadora de automóveis poderia – como ocorre até hoje – contratar uma empresa do ramo de autopeças para o fornecimento de uma certa mercadoria a ser utilizada na fabricação de um carro. Esse tipo de contratação não abala o modelo binário descrito acima: ambas as empresas citadas em nosso exemplo pertencem ao ramo da indústria metalúrgica; assim, os trabalhadores das duas empresas seriam regidos pela mesma norma coletiva, porque pertencentes à mesma categoria, estariam abrangidos pelo mesmo sindicato (já que vigora,

no Brasil, a unicidade sindical) e poderiam reportar-se, em suas demandas, diretamente àquela empresa tomadora de seus serviços.

O mesmo raciocínio vale para empresas pertencentes a ramos de atividades diferentes: se, voltando ao nosso exemplo, a montadora de automóveis contratasse uma empresa especializada em computação gráfica, e os trabalhadores da empresa contratada fossem filiados a sindicato distinto (como o de trabalhadores em empresas de processamento de dados), não haveria quebra na estrutura que remete o trabalhador ao tomador dos seus serviços. A CLT estabelece um sistema de correspondência entre categoria profissional e categoria econômica – ou seja, a uma categoria econômica equivale uma respectiva categoria profissional. A legislação consolidada parte do pressuposto de que o trabalho em uma mesma atividade econômica conduz à “similitude de condições de vida” que, por sua vez, leva à formação da categoria (art. 511, § 2º). E, no caso da terceirização, essa similitude é produzida entre os trabalhadores da empresa contratada e os da tomadora de serviços.

O que há em comum nos dois exemplos é um fato: a contratação, nesses casos de terceirização “clássica” (ou “externa”), tem por objeto um determinado serviço – que normalmente assume a forma de um produto –, mas nunca o trabalhador. A força de trabalho não entra na equação.

A situação é totalmente diferente nos casos de terceirização “atípica” (ou “interna”) – que vêm se multiplicando ultimamente.

Nessa nova modalidade de terceirização, mantém-se a idéia de contratação entre duas empresas. O que muda é o objeto da contratação: o que é negociado, agora, é a força de trabalho de alguns indivíduos, ou seja: a mão-de-obra.

Várias empresas surgiram, especialmente a partir da década de 1980, com especialização em locação de mão-de-obra, o que significa dizer: são empresas que comercializam a força de trabalho das pessoas.

O aumento na prática da terceirização “atípica” pode ser notado por meio da modificação na jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho acerca da locação de mão-de-obra. Até 1993, vigorou o entendimento contido no Enunciado no 256, que dizia claramente: “é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador de serviços”. As únicas exceções contempladas no Enunciado no 256 eram: trabalho temporário (regido por uma lei própria) e serviço de vigilância (por envolver porte de armas, trata-se de atividade regulada por legislação específica). Em todos os outros casos, valia a regra geral: o trabalhador vincula-se àquele que toma, diretamente, os seus serviços.

Contudo, o entendimento do Enunciado no 256 foi superado em 1993, com a edição do Enunciado (hoje súmula) no 331. A súmula – que é válida até os dias de hoje – estabeleceu uma orientação diferente. Foi permitida a contratação de serviços por intermédio de empresa interposta nos seguintes setores: conservação, limpeza e “serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador”. Voltando ao exemplo da montadora de automóveis: a empresa está hoje autorizada a contratar uma outra empresa que fornecerá mão-de-obra para executar todos os serviços de limpeza e conservação em suas dependências, além de outros serviços que não sejam ligados à atividade-fim da montadora. O resultado é que vários trabalhadores passarão a freqüentar as instalações da montadora, conviverão com os trabalhadores dela, terão de se reportar a supervisores e/ou gerentes da empresa contratante, mas não serão trabalhadores da montadora, pois seu registro (carteira de trabalho) será assinado pela empresa “prestadora de serviços”.

O que se percebe, então, é a inclusão do trabalhador como mercadoria na cadeia produtiva da sociedade do trabalho. O lucro da empresa “prestadora de serviços” não estará na fabricação de um bem, no fornecimento de um serviço especializado ou na

elaboração de trabalho intelectual qualificado. A empresa lucrará com a força de trabalho “alugada” a um tomador, o que implica concluir: o homem perde a perspectiva da centralidade do trabalho. Ao invés de figurar como protagonista da relação de trabalho, ocupando um dos seus polos, o homem passa a ser objeto de uma negociação de natureza comercial.

E quais são as consequências disso para o trabalhador?

As empresas prestadoras de serviços lucram, como vimos, sobre a força de trabalho humana. Assim, para persistir em atividade e gerar dividendos, essas empresas precisam oferecer a seu contratante o menor preço. Num mercado de trabalho altamente competitivo, as empresas disputam a atenção de clientes (empresas “tomadoras” de serviço) e acenam, na maior parte dos casos, com o preço “mais competitivo”, que usualmente é o menor. Com isso, agrava-se a precarização do trabalhador terceirizado: além de pertencer aos quadros de uma empresa que toma sua força de trabalho como objeto de negociação, esse trabalhador ainda verá seu empregador barganhando o valor do seu salário, com a finalidade de obter um contrato de prestação de serviços.<sup>7</sup>

No Distrito Federal esse problema é ainda maior, na medida em que um dos maiores clientes dos serviços terceirizados tem sido a Administração Pública, que funciona, como se sabe, pela lógica do menor preço, por intermédio das formas legais de contratação de serviços de terceiros (usualmente licitação ou pregão). Isso gera uma competitividade entre as empresas para que se descubra, no resultado da licitação, aquela que pode oferecer o “melhor preço”, ou seja, aquela que paga menos a seus trabalhadores.

Com isso, vem à tona uma das maiores desvantagens da situação de trabalhador terceirizado. Não há investimento em formação, qualificação e aperfeiçoamento profissional. Como a prestadora de serviços tem como única fonte de lucro a força de trabalho humano (ou seja: o salário do trabalhador), qualquer tipo de treinamento importará em custo para a empresa (que não dispõe de nenhuma outra fonte de recursos). O resultado será um trabalhador desqualificado, sem formação, sem perspectiva, sem futuro.

Além disso, um dos desdobramentos mais perversos da expansão da terceirização está na seguinte conclusão: o trabalhador terceirizado é um indivíduo sem referência de tempo e espaço – que são as dimensões constitutivas da experiência humana no mundo exterior.

O deslocamento em relação ao tempo se dá pelo seguinte contexto. As empresas prestadoras de serviço sobrevivem a partir de contratos celebrados com terceiros. No âmbito da Administração Pública e da iniciativa privada, a forma de vinculação é a mesma: são contratos de prestação de serviço que têm duração determinada, em sua grande maioria por um ano. Nada garante a renovação desse contrato: no ano seguinte ao da contratação de uma prestadora de serviços, uma outra empresa pode oferecer um “pacote” mais favorável (em regra, salários mais baixos para os terceirizados). Essa é uma situação muito comum no Distrito Federal. Ela chega a ser rotineira.

O trabalhador terceirizado vê o futuro como algo aterrorizante. É quase certa a perda do emprego com o final do contrato. Afinal de contas, sua permanência na “prestadora” está condicionada à existência de uma “tomadora”. A “tomadora” tem liberdade

---

7 Márcio Túlio Viana, deparando-se com a figura do intermediário que se apresenta entre o trabalhador e a empresa que aproveita a força de trabalho, observa o seguinte: “o que esse intermediário quer não é a mesma coisa que o empresário quer. Ele não utiliza a força-trabalho para produzir bens ou serviços. Não se serve dela como valor de uso, mas como valor de troca. Não a consome: subloca-a. O que ele consome, de certo modo, é o próprio trabalhador, na medida em que o utiliza como veículo para ganhar na troca. Em outras palavras, o mercador de homens os utiliza tal como o fabricante usa os seus produtos e como todos nós usamos o dinheiro. Por isso, do seu ponto de vista, o que importa é antes a quantidade do que a qualidade.” (VIANA, Márcio Túlio. “Terceirização e sindicato: um enfoque para além do jurídico”. In: Revista LTr. Vol. 67, nº 7, julho-2003, p. 775.

para contratar a empresa que oferecer o melhor “pacote”. O futuro equivale, para o trabalhador terceirizado, ao vazio, à ausência, ao incerto. Alguns poderiam dizer que essa angústia pertence a todos os trabalhadores no mundo atual. Isso é verdadeiro, mas apenas em parte. Para o trabalhador terceirizado, a insegurança e o temor são maiores. Ele não tem perspectiva de ascensão funcional, pois as empresas prestadoras são especializadas no fornecimento de determinados serviços que não compõem a atividade-fim do tomador. Como já vimos, não há intenção de qualificar ninguém. A crescente competitividade tem como conseqüência a busca, pelas empresas, de um trabalhador “barato”, sem experiência, sem treinamento, sem expectativas. A condição para permanecer no mercado não é a da qualidade do serviço.

Numa empresa estruturada com quadro de pessoal organizado em funções e plano de carreira, há, ainda que de modo incerto e flutuante, a possibilidade de ascensão profissional. Trabalhadores interessados em determinadas atividades podem buscar a formação adequada, podem gradativamente aprender um novo ofício, enfim: podem planejar o seu futuro. Essa perspectiva é inteiramente subtraída do terceirizado.

O trabalho em atividades terceirizáveis é também carente de referências no espaço.

O mercado das empresas prestadoras de serviço é altamente volátil. O trabalhador não fica vinculado apenas a um “tomador”, o que chega a ser cruel: além de não pertencer aos quadros da empresa que utiliza a sua força de trabalho, o terceirizado sequer tem alguma garantia de que permanecerá – pelo reduzido período de duração do contrato – trabalhando para o mesmo “tomador”. Lembremos que a contratação de mão-de-obra não envolve um indivíduo determinado: o que é negociado é a força de trabalho. Para a tomadora, na maior parte dos casos, pouco importa se o trabalhador “A” ou o trabalhador “B” será responsável pelo serviço. O que interessa é o fornecimento do trabalho. É usual, na práxis das relações de trabalho no Distrito Federal, que um mesmo trabalhador, no período do contrato de prestação de serviços, trabalhe em duas ou mais “tomadoras”. Numa semana, ele poderá executar serviço de limpeza e conservação num condomínio residencial. Na semana seguinte, ele poderá estar nas dependências de um ministério. Na semana posterior, ele poderá ser deslocado para um shopping center, e assim sucessivamente.

Comprimido entre a ausência de futuro (uma espécie de não-tempo) e a incerteza sobre a localidade (uma espécie de não-espaço), o trabalhador terceirizado vai se transformando nessa mercadoria dispensável, precária e sem referências.

E a terceirização – seja a “clássica”, seja a “atípica” – tem profundas conseqüências sobre a atuação dos sindicatos. A falta de referências no espaço e no tempo reflete no papel das entidades. É mais difícil a formação de uma identidade entre trabalhadores sujeitos a mudanças constantes de “tomadoras”. São necessários mais esforços para reuni-los. Escapam-lhes as condições fundamentais para o agir coletivo, como a igualdade de lutas, reivindicações, perspectivas, interesses.<sup>8</sup>

O balanço da terceirização, na forma em que vem sendo praticada, é o pior possível. Num contexto de desemprego estrutural e dificuldades na criação de novos postos de trabalho, a locação de mão-de-obra aparece como uma das modalidades mais agudas de

---

8 Como afirma Márcio Túlio Viana, em relação às dificuldades enfrentadas pelos sindicatos: “antes, os trabalhadores passavam toda uma vida na mesma categoria profissional, na mesma empresa ou pelo menos na mesma cidade e na mesma situação formal de empregados. Eram tão estáveis quanto os produtos, a empresa e até os valores da sociedade em que viviam. Por isso, era fácil encontrá-los e agregá-los. Hoje, os trabalhadores – especialmente os terceirizados – vagam no espaço e no tempo. Vão e voltam, passando do emprego ao desemprego, ao subemprego e a um novo emprego, numa relação de permanente curto-circuito. É difícil identificá-los e reuni-los, pois o sindicato não tem a mesma plasticidade.” (VIANA, Márcio Túlio. “Terceirização e sindicato: um enfoque para além do jurídico”, p. 784).

precarização do trabalho.

Mesmo assim, algumas alternativas podem ser encontradas na experiência do mundo do trabalho. É o caso da convenção coletiva de trabalho celebrada, no Distrito Federal, entre o sindicato que representa os trabalhadores em serviços terceirizáveis e as empresas prestadoras de serviço. Como já vimos, trata-se de uma cláusula criativa, inovadora e relevante. Ficou estabelecido que a empresa prestadora, ao assumir um novo contrato, está obrigada a aproveitar os trabalhadores que estavam na empresa anterior (que não conseguiu renovar o contrato de prestação de serviços), concedendo-lhes, ainda, estabilidade no emprego por seis meses. Em contrapartida, a empresa “perdedora” pode demitir seus trabalhadores pela modalidade da culpa recíproca, que envolve encargos sociais menores do que os incidentes na demissão sem justa causa.

Além disso, na Resolução nº 7 do Conselho Nacional de Justiça, que veda o nepotismo nos tribunais, há um artigo impedindo que parentes de juízes possam ser empregados de empresas que celebrem contratos de prestação de serviços com órgãos do Poder Judiciário. Esse preceito tem o valor de um diagnóstico: o de que a terceirização é uma forma de burlar o acesso dos indivíduos aos cargos públicos, ocupados por meio de concurso público.

São reações, paliativos, movimentações de atores sociais que se deparam com o fenômeno da terceirização. Isso demonstra a capacidade que o direito tem de interferir na dinâmica das relações sociais, com resultados ambíguos: ao mesmo tempo em que permite a precarização das relações de trabalho com a ampliação das possibilidades de terceirização, o direito vigente impõe limites à locação de mão-de-obra e estabelece modalidades de proteção para o trabalhador terceirizado.

#### 4 - Conclusão

O processo de acumulação capitalista, acompanhado pela concentração da mão-de-obra nas fábricas e indústrias, acabou conduzindo a uma contradição fundamental: a reunião dos operários, necessária à produção, trazia o germe para a resistência coletiva à exploração da força de trabalho.<sup>9</sup> E os sindicatos se mostraram instrumentos importantes exatamente na construção de uma identidade entre os trabalhadores que pudesse canalizar essa resistência, traduzindo-a em reivindicações, lutas, direitos.<sup>10</sup>

Entretanto, ao terceirizar, a empresa foge àquela contradição, pois deixa de ser necessário reunir para produzir. Isso também ocorre a partir de medidas que favorecem a rescisão imotivada dos contratos e a rotatividade de mão-de-obra, sem dúvida contrárias à construção de uma identidade entre os trabalhadores.<sup>11</sup> Aumentam, então, as dificuldades das entidades sindicais. De alguma forma, elas se enfraquecem.

Ao mesmo tempo, porém, a atuação dos sindicatos, por meio das negociações coletivas, torna-se mais acentuada. Há um incremento no campo de livre exercício da

9 Segundo Márcio Túlio Viana, “a própria fábrica ensinou aos homens como resistir a ela, ainda que dentro dela, e sem acabar com ela. Nasceram as greves, as sabotagens, as boicotagens, o ludismo. O sistema [capitalista] gerava assim a sua primeira (e talvez maior) contradição: a de ter de reunir para produzir, e ao mesmo tempo ter de conviver com os efeitos daquela união”. Cf. VIANA, Márcio Túlio. “Terceirização e sindicato: um enfoque para além do jurídico”, p. 778.

10 Para Claus Offe e Helmut Wieselth, “os sindicatos estão confrontados com a tarefa de organizar todo o espectro de necessidades do trabalhador assalariado. Este aglomerado de necessidades do trabalho “vivo” não só é comparativamente mais difícil de ser organizado, por motivos quantitativos, mas também por não haver um denominador comum ao qual todas essas necessidades heterogêneas e muitas vezes conflitantes possam ser reduzidas, de modo a “otimizar” reivindicações e táticas.” (OFFE, Claus e WIESENTHAL, Helmut. “Duas lógicas da ação coletiva: notas teóricas sobre a classe social e a forma de organização”. In: OFFE, Claus. Problemas Estruturais do Estado Capitalista. Trad. de Bárbara Freitag. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro: 1984, p. 66).

11 Entre essas medidas, podemos mencionar a criação do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), nos idos da década de 1960, e a extinção (completa) da estabilidade decenal, com a promulgação da Constituição de 1988.

autonomia das vontades coletivas, como fica claro em diversos dispositivos da Constituição de 1988. É uma situação paradoxal, desafiadora.

Na verdade, é justamente no âmbito da negociação coletiva que os sindicatos podem se fortalecer e se consolidar como instrumentos de garantias de direitos trabalhistas. A afirmação e o desempenho desse papel depende da capacidade das entidades de, por meio de acordos e convenções, assegurar interesses efetivos da categoria, e não apenas chancelar e legitimar estratégias empresariais. Além disso, é indispensável o desenvolvimento do potencial de agregação dos sindicatos, que, muitas vezes, têm de estender sua atuação para fora da fábrica.<sup>12</sup>

E o aparato normativo vigente, sobretudo a Constituição, conduz exatamente a essa valorização do sindicato e da autonomia das vontades coletivas. É certo que as cartas constitucionais anteriores, como as de 1946 e 1967/69, traziam a previsão do reconhecimento das convenções coletivas como direito dos trabalhadores. Não obstante, como já indicado, o texto constitucional vigente potencializou de modo significativo essa garantia, tanto ao estipular uma estruturação democrática das entidades sindicais quanto ao dispor sobre seu papel de defesa dos interesses da categoria e sua participação obrigatória na negociação coletiva. A Constituição de 1988 fornece, portanto, meios importantes para que os sindicatos enfrentem o atual cenário de complexidade e de desafios.

E como o Judiciário vem reagindo a essas modificações?

A resposta é igualmente complexa.

Fixando uma orientação relevante sobre a autonomia coletiva das vontades, o Tribunal Superior do Trabalho entendeu que os direitos que correspondem a medida de higiene, saúde e segurança do trabalho, assegurados por normas de ordem pública (art. 7º, XXII, da Constituição), não podem ser reduzidos pela via da negociação coletiva.<sup>13</sup> Isso porque estaríamos aqui no campo dos “direitos indisponíveis”. Teriam essa natureza, por exemplo, o intervalo para repouso e alimentação e a forma de remuneração das horas extras.<sup>14</sup>

O entendimento do TST fornece um parâmetro relevante para a discussão a respeito dos limites da negociação coletiva, mas é necessário aprofundar algumas conseqüências. Se, por um lado, acordos e convenções não podem reduzir direitos pertinentes a higiene, saúde e segurança do trabalho, por outro, tais instrumentos normativos devem ser plenamente reconhecidos e considerados válidos quando buscam assegurar tais direitos. Mais do que isso: quando a norma coletiva estipula garantias efetivas que dizem respeito a aspectos diretamente ligados à proteção ao trabalho e ao próprio trabalhador, esta norma deve ser amplamente reconhecida como válida, ainda que contrária à letra da lei.

12 Como afirma, novamente, Márcio Túlio Viana, voltando-se para o futuro dos sindicatos, “o novo sindicato terá de abrir as suas portas não apenas para o empregado, mas para o trabalhador – seja (ou esteja) operário, desempregado, artesão, cooperado, camelô, estagiário ou sem-terra. Suas lutas terão de se estender para além da fábrica, envolvendo o meio ambiente, os direitos das minorias, o trabalho escravo, a exclusão social. Sua arma serão não tanto a greve como o boicote; sua arena serão não tanto o lugar da produção, mas o do consumo. Em outras palavras, o sindicato terá de antecipar o próprio sonho de um novo Direito: um Direito também multiforme, abrangente e – no bom sentido – flexível, capaz de perseguir a empresa em sua rota de fuga e proteger o trabalhador em todos os seus recortes de vida” (VIANA, Márcio Túlio. “Poder diretivo e sindicato: entre a opressão e a resistência”. In: PAIXÃO, Cristiano. RODRIGUES, Douglas Alencar e CALDAS, Roberto de Figueiredo (Orgs.). Os novos horizontes do direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2005, p. 410/411 (ver também p. 406).

13 A Orientação Jurisprudencial nº 342 da SBDI-1 do TST estabelece que “é inválida cláusula de acordo ou convenção coletiva de trabalho contemplando a supressão ou redução do intervalo intrajornada porque este constitui medida de higiene, saúde e segurança do trabalho, garantido por norma de ordem pública (art. 71 da CLT e art. 7º, XXII, da CF/1988), infenso à negociação coletiva”.

14 Sobre a remuneração da sobrejornada, ver TST-ERR-41.672/2002-902-02-00, acórdão da SBDI-1, relatora a Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, publicado no DJ de 31.8.2007.

Essa é uma conclusão que decorre do fato, já assinalado, de que acordos e convenções, como resultantes do exercício da liberdade e da autonomia coletivas dos agentes do mundo do trabalho, constituem fonte de direitos humanos e trabalhistas.

Como, então, vem reagindo o Tribunal Superior do Trabalho na interpretação da legalidade da cláusula aqui analisada, que estabelece uma modalidade original para a rescisão do contrato de trabalho, diante das peculiaridades do trabalho prestado por meio da locação de mão-de-obra?

O TST possui alguns precedentes afirmando a invalidade da referida cláusula normativa. Os argumentos são diversificados. É possível identificar uma nítida restrição às possibilidades de exercício da autonomia coletiva das vontades. Em uma das decisões, lemos o seguinte: “na medida em que se privilegia a negociação coletiva, a flexibilização das normas encontra limites no sistema jurídico, garantindo-se direitos e benefícios básicos ao trabalhador. Dentre eles, limita-se a atuação dos sindicatos no tocante a cláusulas abusivas e que dispõem a respeito de renúncia de direitos”. Em seguida, é fixado o limite da negociação coletiva: “a elasticidade da norma é autorizada, desde que não tenha como consequência a desregulamentação ou negativa do direito instituído por norma legal”.<sup>15</sup>

Em outro precedente, vemos o argumento de que a norma coletiva não produz efeitos em relação a terceiros e, portanto, não vincularia a Caixa Econômica Federal, que estaria dispensada de autorizar o saque do FGTS, por força, inclusive, do princípio da legalidade: “ainda que tenha sido acertado em instrumento normativo a rescisão contratual, por culpa recíproca, com a redução inclusive da multa para 20%, os efeitos desse ajuste se restringem às categorias econômica e profissional, não alcançando o Órgão Gestor do Fundo de Garantia, não só porque a transação não atinge direitos de terceiro, mas sobretudo porque, indiferente à licitude ou não da cláusula coletiva, sobressai altaneiro o princípio da legalidade administrativa do artigo 37 da Constituição”.<sup>16</sup>

Finalmente, em algumas decisões, a proteção ao trabalho – estabilidade de seis meses – conferida pela via da negociação coletiva é deixada de lado, acentuando-se apenas o caráter indisponível da multa de 40%, prevista em lei, e o aspecto técnico da caracterização da culpa recíproca. É o que fica explícito no seguinte trecho: “além de ser irrenunciável o direito a cujo respeito se controverte, a sistemática legal vigente (art. 18, § 2º, da Lei nº 8.036/90) atribui à Justiça do Trabalho a tarefa de aferir a ocorrência da culpa recíproca na extinção do contrato de trabalho. Isso porque a caracterização do instituto é ato intelectual eminentemente técnico, no qual se insere a verificação da prática efetiva simultânea, por empregado e empregador, das infrações capituladas nos arts. 482 e 483 da CLT, a partir da valoração da prova produzida”.<sup>17</sup>

As decisões mencionadas do TST sinalizam que a negociação coletiva encontraria limites insuperáveis no “legislado”. Entretanto, esse entendimento parece restringir em demasia a autonomia das vontades coletivas. Em outras palavras: se o campo de atuação da negociação coletiva é balizado pela legislação, então essa atuação torna-se bastante limitada, sobrando pouco espaço para o exercício da autonomia constitucionalmente assegurada.

Para uma adequada análise desse problema, dois elementos devem ser considerados: o papel de acordos e convenções coletivas como fontes do direito do trabalho

---

15 TST-RR-419/2007-016-10-00, acórdão da 2ª Turma, relator o Min. José Simpliciano Fernandes, publicado no DEJT de 21.11.2008 (grifo nosso).

16 TST-RR-232/2007-003-10-00, acórdão da 4ª Turma, relator o Min. Antônio José de Barros Levenhagen, publicado no DEJT de 7.11.2008.

17 TST-RR- 63/2007-003-10-00, acórdão da 1ª Turma, relator o Min. Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, publicado no DEJT de 29.8.2008 (grifo nosso).

e as peculiaridades do serviço terceirizável.

No que se refere ao primeiro ponto, torna-se evidente a finalidade da cláusula: privilegiar a preservação dos postos de trabalho, o que justifica a redução no percentual da multa pela despedida imotivada e acaba por tornar indevido o aviso prévio, considerando-se que o trabalhador continua engajado num posto de trabalho. É uma previsão que atende às peculiaridades do setor de prestação de serviços e que se insere na esfera de atuação dos entes sindicais, legitimados para tanto pela Constituição da República.

Como observado acima, a norma coletiva, como fonte do direito, compreende duas acepções do direito do trabalho: a indisponibilidade e a negociação. A cláusula convencional ora examinada – referente aos trabalhos terceirizáveis – contém esses dois elementos, na medida em que mantém a proteção contra a despedida imotivada (inclusive ampliando-a, com a estabilidade de seis meses) e negocia tão-somente a forma de implementação das verbas indenizatórias.

E o segundo aspecto está demonstrado pelo caráter alimentar dos salários. Em situações como a vivenciada pelos trabalhadores do setor de serviços terceirizáveis, a primeira urgência a ser encaminhada é a necessidade de pagamento dos salários retidos. Cuida-se da verba essencial à própria subsistência do trabalhador, indispensável para a manutenção de sua dignidade e de sua condição de sujeito de direitos. O mesmo raciocínio se aplica, logo a seguir, para as verbas rescisórias, que têm o condão de oferecer algum tipo de compensação (no caso brasileiro, limitada e insuficiente) para o encerramento do contrato de trabalho.

Não há razão, portanto, para deixar de se reconhecer a validade da norma coletiva que prevê a rescisão contratual por culpa recíproca quando há sucessão entre empresas prestadoras de serviços terceirizáveis, assegurando-se aos trabalhadores garantia no emprego por seis meses. A cláusula normativa revela-se inteiramente consentânea com a dinâmica atual das fontes do direito do trabalho e concretiza a autonomia dos sujeitos coletivos de direito, o que está de acordo com o sistema de regras e princípios construído pela Constituição.

Se a sociedade brasileira pretende, de fato, constituir-se como uma coletividade de indivíduos que exerçam sua cidadania e dignidade por meio do trabalho, seus atores políticos precisarão enfrentar a perversa realidade da terceirização, que vem produzindo, cada vez mais, trabalhadores sem identidade, sem perspectiva, sem futuro, sem localização. A cláusula convencional que inova nessa matéria é uma tentativa – tênue, localizada e limitada – de estabelecer limites a uma determinada forma de precarização. E essa circunstância não poderia ser excluída da apreciação dos tribunais.

O mundo do trabalho é hoje particularmente dinâmico, múltiplo, marcado por diversidades e riscos. Perante o direito, apresenta-se como uma força irresistível. Não é facilmente regulável. Escapa às barreiras da lei. Daí a relevância dos atores coletivos, que detêm a prerrogativa constitucional de estabelecer normas que afirmam, muitas vezes de modo criativo, novos e velhos direitos. Trata-se, em verdade, de uma garantia de abertura. E abertura para um futuro incerto, imprevisível.

**REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

LUHMANN, Niklas. “*A posição dos tribunais no sistema jurídico*”. Trad. de Peter Naumann. In: Revista da Ajuris. N. 49. Porto Alegre: Ajuris, julho de 1990;

LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Trad. de Javier Torres Nafarrate. México: Herder e Universidad Iberoamericana, 2006;

OFFE, Claus e WIESENTHAL, Helmut. “*Duas lógicas da ação coletiva: notas teóricas sobre a classe social e a forma de organização*”. In: OFFE, Claus. Problemas Estruturais do Estado Capitalista. Trad. de Bárbara Freitag. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro: 1984;

SORJ, Bernardo. *A democracia inesperada: cidadania, direitos humanos e desigualdade social*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2004;

VIANA, Márcio Túlio. “*Terceirização e sindicato: um enfoque para além do jurídico*”. In: Revista LTr. Vol. 67, nº 7, julho-2003;

VIANA, Márcio Túlio. “*Poder diretivo e sindicato: entre a opressão e a resistência*”. In: PAIXÃO, Cristiano. RODRIGUES, Douglas Alencar e CALDAS, Roberto de Figueiredo (Orgs.). Os novos horizontes do direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2005.



## **ENTRE O GLOBAL E O LOCAL: o princípio fundamental da igualdade no trabalho na perspectiva de gênero<sup>1</sup>**

**Noemia Porto<sup>2</sup>**

### **1 – Identificação temática**

A Organização Internacional do Trabalho (OIT)<sup>3</sup>, sem prejuízo aos diversos tratados, convenções e recomendações já existentes, desde 18 de junho de 1998, quando da Conferência Internacional ocorrida em Genebra (86ª Reunião), tem sua atuação articulada em torno, primordialmente, de quatro princípios fundamentais, sendo eles a) a liberdade sindical e o efetivo reconhecimento do direito à negociação coletiva, b) a erradicação do trabalho forçado e c) do trabalho infantil e d) a igualdade no trabalho (ILO, 1998, p. 7).

A unidade em torno de princípios com pretensão de universalidade e intangibilidade fica evidente ao se estabelecer a obrigação de todos os países-membros da OIT, independentemente de terem ou não ratificado as respectivas convenções, respeitarem, promoverem e concretizarem os direitos fundamentais em questão (ILO, 1998, p. 7).

Em relação à igualdade no trabalho, o Brasil é signatário tanto da Convenção nº 100 (sobre igualdade de remuneração de homens e mulheres trabalhadores por trabalho de igual valor) quanto da Convenção nº 111 (sobre discriminação em matéria de emprego e ocupação).

A igualdade no trabalho constitui importante dimensão da igualdade de gênero. Por isso mesmo, a questão atinente ao direito das mulheres à inserção, em igualdade de condições - que sejam dignas e decentes - no mercado de trabalho desafia pensar numa perspectiva de direitos humanos. Conforme Ana Aguado (2005, p. 2), os direitos das mulheres precisam ser observados e considerados como direitos individuais, direitos humanos e, em definitivo, como direitos cidadãos .

O direito ao trabalho digno é um direito humano fundamental, então, é dessa natureza a violação representada pelo acesso bloqueado ou desigual vivenciado pelas mulheres no mercado de trabalho.

De acordo com o Texto de 1988, constitui objetivo fundamental da República Federativa do Brasil “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (art. 3º, IV) . No mesmo sentido, figura como primeiro inciso do rol que explicita os direitos e deveres individuais e coletivos o que prevê que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição” (art. 5º). No que concerne aos direitos sociais, e mais especificamente aos direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, estatuiu-se a “proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei” (art. 7º, XX), bem como a “proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil” (art. 7º, XXX).

O princípio da igualdade salarial por trabalho de igual valor também se traduz em importante preceito de norma trabalhista infraconstitucional (art. 461 da CLT).

---

1 Artigo apresentado junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB, na Disciplina Tópicos Especiais em Direito, ministrada pelo Prof. Dr. Menelick de Carvalho Netto, em 23 de janeiro de 2009.

2 Juíza do Trabalho, Titular da 2ª Vara de Araguaína-TO, Especialista em Direito Constitucional pela UnB, mestranda pela mesma universidade e Diretora da Escola da Magistratura do Trabalho da 10ª Região (Biênio 2007/2009).

3 A Organização Internacional do Trabalho, criada pelo Tratado de Versalles de 1919, é agência especializada das Nações Unidas desde 1946 e acomoda diálogo tripartite, à vista da participação de representantes dos governos, trabalhadores e empregadores.

A universalização jurídica da igualdade, o trato internacional aos direitos humanos e a presença identitária dos direitos fundamentais na Constituição, e que vinculam a normatividade inferior, todavia, não trazem como consequência lógica o respeito ao princípio sob enfoque e, ao contrário, a despeito de consideráveis avanços, a discriminação por razão de sexo continua impregnando as estruturas e os comportamentos sociais compartilhados por todos nós.

A realidade constrangedora é que homens e mulheres ocuparam, e ainda ocupam, “lugares” assimétricos dentro do conjunto social nas mais diversas sociedades e momentos históricos (AGUADO, 2005, p. 3).

O declarado fundamental princípio da igualdade no trabalho ainda não adquiriu significado, que não meramente formal, para todas as mulheres. A assimetria revelada especificamente pela dinâmica do mercado de trabalho desafia refletir sobre a performance de tal princípio, sem deixar de reconhecer-lhe desde logo força normativa e vinculante.

Os princípios - inclusive os fundamentais internacionais ambientados em organismo do qual o Brasil participa - operam como padrões obrigatórios para as autoridades de uma comunidade, padrões que regulam suas decisões a propósito de direitos e obrigações jurídicas (DWOKIN, 2002, p. 61).

Na realidade, a discriminação de gênero exige flexionar liberdade e igualdade, cuja tensão constitucional permanece central desde os primórdios do constitucionalismo.

É que a liberdade para contratar e estabelecer as condições que vigoram para o pacto de trabalho estabelecido só é efetivamente constitucional se abrigar a exigência, também constitucional, do respeito à igualdade.

A partir da Segunda Guerra Mundial os direitos humanos deixaram de ser exclusiva atribuição dos Estados Nacionais, e a Carta das Nações Unidas de 1945 e a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 são símbolo disso. Ocorre a transnacionalização desses direitos ou, como prefere Giacomo Marramo, sua “desterritorialização”<sup>4</sup>. Todavia, a demanda pela concretude dos direitos humanos revela a permanência do importante papel dos Estados locais, ou a “(re)territorialização” referida por *Marramo*. Para ele,

...o Direito que é desterritorializado nos enunciados da Declaração Universal só pode se (re)territorializar, exatamente para poder conferir uma qualificação autenticamente democrática aos ordenamentos democráticos nacionais” (2007a, p. 5).

Por isso, ao invés da fórmula dicotômica excludente Estado Nacional X Sistema Mundializado, os direitos humanos reclamam o diálogo entre a produção internacional e as articulações jurídicas locais. Nesse sentido, as garantias constitucionais brasileiras acerca da igualdade devem ser tratadas como densificação interna de tais direitos humanos.

A persistente desigualdade de gênero no âmbito do mercado de trabalho é uma questão cujos lados constitucional/internacional são complementares.

O presente estudo versa sobre a compreensão possibilitada pela ordem

4 Quanto a esse aspecto, Giacomo Marramo menciona o Artigo VI da Declaração Universal dos Direitos Humanos (“toda pessoa tem o direito de ser, em todos os lugares, reconhecida como pessoa perante a lei”) para destacar que se trata de direito que independente do contexto do Estado territorial. *In: Passado e futuro dos direitos humanos: da “ordem pós-hobbesiana” ao cosmopolitismo da diferença*, t. de Lorena Vasconcelos Porto e revisão técnica de Flaviane de Magalhães Barros e Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira. Texto enviado por ocasião do XVI Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (Conpedi), com o tema “Pensar globalmente, agir localmente”, em 15 de novembro de 2007(a), no Programa de Pós-graduação em Direito da PUC de Minas, Belo Horizonte-MG, p. 02.

internacional, e especificamente pela Organização Internacional do Trabalho, para a questão de gênero no Brasil, relacionada ao mercado de trabalho da mulher.

A questão que se apresenta é: quais mudanças/desafios se revelam hoje adequados para a reversão do quadro de desigual acesso das mulheres ao mercado de trabalho? Não há dúvida de que o tema é multi factual, mas mesmo diante da dificuldade que essa característica representa, é possível confrontar e refletir criticamente sobre quais compromissos precisam ser reforçados, ou permanecem em aberto, em relação aos protagonistas do mundo do trabalho, dentre eles empregadores, trabalhadores, sindicatos e governos.

Ana Aguado e Giácomo Marramao, a primeira com claro enfoque na questão de gênero, e o segundo na diversidade cultural, abordam a igualdade sob a luz da diferença, e Ronald Dworkin traduz a igualdade justamente como o direito à diferença, à diversidade, ao igual respeito e consideração. Os dois primeiros expressam propostas arqueológicas, e portanto contextualizadas, na abordagem sobre os direitos humanos, embora a primeira o faça pensando no espaço público negado às mulheres desde a consolidação inicial dos ideais iluministas. Entre Dworkin e Marramao há, ainda, uma comunicação importante sobre a questão dos direitos fundamentais. É que a exigência do primeiro de integridade do direito, como consequência de um constitucionalismo que especifica e (re)constrói a todo tempo o sentido histórico que atribuímos à igualdade, é, nada menos, que a densificação, em termos internos (locais), das exigências que Marramao aponta como papel dos direitos humanos na ordem internacional.

O legado teórico crítico dos três autores é relevante para a investigação que se propõe, aliado ao conteúdo expresso na bibliografia complementar explicitada ao final, porque mantém o denominador comum de pensar o direito como direito da sociedade e os direitos humanos como primados concretos que exigem significados e ressignificações constantes, longe dos esquemas conceituais abstratos e assépticos das doutrinas positivistas.

Essa postura é a que parece mais adequada para o propósito de refletir a problemática de gênero no âmbito dos dados colhidos na dinâmica do mercado de trabalho, sem se olvidar das implicações recíprocas entre direitos humanos, constitucionalismo e democracia.

## 2 – Mulheres e a igualdade desigual

A discussão sobre o mercado de trabalho da mulher não prescinde de uma análise teórica contextual da questão de gênero em conexão com a própria problemática das Constituições e dos direitos humanos.

Aliás, também na questão de gênero, o atual estágio do constitucionalismo depende que não se esqueça o passado, para que seja possível redimi-lo e construir um outro futuro (OST, 2005; DE GIORGI, 2006).

Para isso é preciso por em evidência os mecanismos de exclusão e as linhas de discriminação que constituem as próprias noções “universais” de direito e política, como a discriminação sexual entre homens e mulheres (MARRAMAIO, 2007a, p. 8)<sup>5</sup>.

A atual dimensão política-constitucional do Estado Democrático de Direito assume, em definitivo, como problema, e também como condição de realização, a tensão permanente entre liberdade e igualdade. Mas nem sempre foi assim.

Na realidade, as relações de gênero estiveram na base das contradições sociais

5 Giácomo Marramao refere que a discriminação sexual entre mulheres e homens corresponde à divisão entre *oikos* e *agorà* e prossegue mencionando outras constitutivas do direito e da política como aquelas entre “gregos” e “bárbaros” e dentre os próprios gregos entre “autóctones” e “estrangeiros”.

e ideológicas que caracterizaram o processo revolucionário burguês e o posterior desenvolvimento histórico dos liberalismos, tanto na perspectiva ideológico-cultural como na político-jurídica (AGUADO, 2005, p. 2).

De fato, o arvorecer do constitucionalismo remonta às revoluções burguesas, estruturadas de acordo com os pilares do iluminismo como o estado de natureza, a idéia de contrato, a crença nas leis racionais e abstratas e no direito natural, pelo qual todo homem nasce livre, igual e proprietário (CARVALHO NETTO, 2001, p. 15-16).

Cuidou-se, no entanto, de uma era constitucional que explicitamente excluía, do seu raio de incidência - quanto ao discurso de igualdade e liberdade - as mulheres. O direito de igualdade, abstrato e natural, de 1789 não era universalizante (AGUADO, 2005, p. 5).

É simbólica neste sentido a rejeição da Declaração de Direitos da Mulher e da Cidadã, proposta por Olympe de Gouges em 1791, decorrente da sua intervenção na Assembléia Nacional Francesa (AGUADO, 2005; BARROS, 2005)<sup>6</sup>.

O artigo que não se fez constar, porque expressamente rejeitado, da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão justamente dizia que a mulher nasce livre e permanece igual ao homem em direitos (AGUADO, 2005, p. 9).

É importante observar que no início da era liberal houve a articulação da esfera pública e seu “necessário” correlato, a esfera privada, como duas realidades dicotômicas e diferentes. O “público” - a política, a cidadania, o poder, as formas mais “prestigiadas” de sociabilidade e de cultura - se vinculava “naturalmente” - é dizer, por “natureza” - à identidade social masculina; ao passo que o “privado” - entendido como “doméstico” e não “civilizado” - correspondia à identidade social feminina (AGUADO, 2005, p. 3).

A primeira declaração de direitos humanos era e permaneceu por muito tempo qualquer coisa, menos verdadeiramente universal. Desde logo, então, havia pessoas mais iguais que outras e mais livres do que outras (CARVALHO Netto, 2001, p. 15-17). É verdade também que outras exclusões se fizeram presentes durante pelo menos o primeiro século do constitucionalismo, como as decorrentes da raça, da renda e da propriedade (AGUADO, 2005).

Como destaca Ana Aguado (2005, p. 5), a diferença entre a discriminação de gênero e o resto das exclusões na nova sociedade burguesa é que essas últimas poderiam ser eliminadas, “redimidas”, em razão de “méritos” individuais, o que era compatível com o ideário liberal de um modelo de sociedade meritocrática. A exclusão de todas as mulheres da esfera pública e da cidadania em função do seu gênero era compreendida, no entanto, como perpétua, não modificável e não contraditória, por derivar da natureza e das diferenças “essenciais” e “naturais” entre mulheres e homens. “Por natureza”, as mulheres não eram seres independentes, autônomos, e, sim, quase não “racionalistas”. Trata-se das conhecidas dicotomias entre razão e sentimento, cultura e natureza, civilização ou pré-civilização (primitivismo), associadas respectivamente à masculinidade e à feminilidade como categorias imanentes e a-históricas. Afinal de contas, não havia como se redimir de ser mulher (AGUADO, 2005, p. 8).

O espaço político-público no arvorecer do constitucionalismo liberal era ocupado exclusivamente pelos homens, brancos e proprietários e se converteu em a-histórica, “natural”, e portanto não suscetível a mudança, a diferença de gênero (AGUADO, 2005, p. 8).

---

6 Também foram importantes em termos de luta por direitos as intervenções de Etta Palm perante a Assembléia Nacional Francesa.

Por isso, de Rousseau a Schopenhauer, os pensadores racionalistas em geral excluíam a inserção política das mulheres. Entre o público e o privado, mais que uma separação, havia uma retroalimentação: a esfera pública masculina só poderia funcionar na medida em que apoiada e retroalimentada sobre uma esfera privada feminina (AGUADO, 2005, p. 12).

A Constituição Francesa de 1791 serviu de pedra de toque para se observar as limitações das transformações, auto-proclamadas revolucionárias, que estavam sendo produzidas, justamente porque distinguiu cidadãos ativos e passivos e situava as mulheres no segundo bloco (AGUADO, 2005, p. 10).

Já a Constituição Francesa de 1793 estabeleceu o denominado “sufrágio universal” como masculino, exclusivamente, e em outubro desse mesmo ano se ordenou a dissolução dos clubes políticos femininos – entre eles, o Clube das Amigas da Liberdade de Etta Palm e o Clube das Republicanas Revolucionárias de Claire Lacombe. Além da dissolução, restou proibido que mais de cinco mulheres se reunissem na via pública, por se considerar o comportamento subversivo e contra a ordem. Estabelecia-se, assim, de forma explícita, a exclusão das mulheres do âmbito da cidadania. Olympe de Gouges foi guilhotinada pelos jacobinos em novembro de 1793, acusada de “contrarrevolucionária”. Em nota da época (do *Monituer Universal*) foi destacada sua postura subversiva ao defender direitos incompatíveis com sua condição sexual (AGUADO, 2005, p. 10).

Trilhando o mesmo caminho das primeiras constituições liberais, sobreveio a aprovação, em 1804, do Código Civil napoleônico, que foi copiado e serviu de modelo para inconstáveis códigos civis posteriores. Ainda conforme Ana Aguado (2005, p. 11), o código civil sancionava juridicamente, por um lado, a subordinação legal feminina dentro da família a partir da explícita consideração do matrimônio como um contrato desigual, reconhecendo a seguinte fórmula tradicional: a mulher deve obedecer ao marido e o marido proteger a esposa. Por outro lado, institucionalizou-se a função do marido como mediador e representante da mulher no público, com a significativa denominação de “cabeça de família”.

Não se via nenhuma contradição com o ideal igualitário as exclusões de gênero porque o pressuposto utilizado como ponto de partida era o de que o contrato social roussoniano somente se poderia realizar entre os que eram iguais, de tal maneira que os não iguais não estavam autorizados a nele entrar (AGUADO, 2005, p. 15). Há aqui evidente ausência de reflexão sobre a igualdade como direito à diferença. A diferença, ao contrário, era excludente da igualdade.

O discurso da inferioridade frente à universalidade ética, política e epistemológica não foi somente uma contradição do iluminismo, senão que um dos elementos constitutivos dos Estados liberais, baseados na exclusão das mulheres da lógica democrática e da meritocracia, aplicando-se, pelo contrário, a lógica estamental: igualdade para os homens e “status” adscritivo para as mulheres (AGUADO, 2005, p. 13).

O que se nota, quanto às mulheres, é a manutenção, ao menos em parte, de um comportamento paradigmático típico da Idade Média, na medida em que uma estrutura de dominação/servidão é definida e justificada pelo critério de nascimento, agora traduzida no discurso da diferença, a excluir a igualdade “universal”, porque suportada em “fatos da natureza”. São características pré-modernas em sociedades modernas.

Todavia, a Caixa de Pandora do liberalismo (AGUADO, 2005, p. 5) esteve representada pela irreversibilidade de se declarar, desde logo, que todos eram iguais, mesmo que não o fossem verdadeiramente. A declaração propiciou a luta, que se travou nos dois séculos subseqüentes, e que permanece em andamento até os dias de hoje, para tornar este princípio radicalmente uma realidade.

Apenas com a inclusão das mulheres se pode falar em igualdade realmente universal. A igualdade e a liberdade pertencem à humanidade em seu conjunto e não apenas aos homens (AGUADO, 2005, p. 14).

A igualdade formal, como visto, se revelou como insuficiente para a consecução da igualdade real em todos os âmbitos entre uma metade da população e a outra (AGUADO, 2005, p. 18).

O princípio da igualdade, aliás, pode ser entendido como “motor das diversas transformações dos conteúdos dos direitos: a igualdade que se encarna em contextos histórico-culturais efetivos” (MARRAMAO, 2007a, p. 6). Todavia, exatamente em virtude dessa encarnação, se tornará depois consciente uma outra polaridade, que, ao contrário do que o senso comum sugere, não contrasta com a igualdade, que é justamente o princípio da diferença (MARRAMAO, 2007a, p. 6).

A despeito de às mulheres, na época ilustrada, não se reconhecer o direito ativo à participação na esfera pública, paradoxalmente compuseram com números expressivos a massa de trabalhadores empregada durante a Primeira Revolução Industrial. Talvez justamente em razão do não reconhecimento do direito à reivindicação e à resistência, puderam ser consideradas e tratadas, ao lado dos menores, como “meias-forças-dóceis”. Alice Monteiro de Barros sintetiza que “o emprego generalizado de mulheres e menores suplantou o trabalho dos homens, pois a máquina reduziu o esforço físico e tornou possível a utilização das 'meias-forças dóceis', não preparadas para reivindicar. Suportavam salários ínfimos, jornadas desumanas e condições de higiene degradantes, com graves riscos de acidente” (2005, p. 59).

Paradoxalmente, se por um lado só há mais valia declarando-se, como ponto de partida, todos livres, iguais e proprietários, deste contexto explicitamente não faziam parte as mulheres, que todavia, suportaram, assim como os homens, a forma de exploração possibilitada pelo sistema de produção capitalista, para o qual o trabalho era uma mercadoria, cujo preço se fixava em razão do custo da produção (BARROS, 2005, p. 59).

Após a Primeira Guerra Mundial, época que simboliza a insuficiência do modelo liberal para fazer frente à realidade, e sobremodo, à emergência de uma outra classe social, a classe operária, são estabelecidos os contornos do chamado constitucionalismo social, que redefine os direitos fundamentais da liberdade e da igualdade, “materializando-os” (CARVALHO Netto, 2001, p. 16). Então, quando na suposta segunda geração “surtem” os direitos sociais, na verdade tudo muda, inclusive a liberdade e a igualdade são “sociais”.

Não apenas isso acontece, como também há outra percepção do papel dos direitos fundamentais e dos mecanismos que devem atuar em sua defesa.

Segundo a descrição de Giacomo Marramao:

A partir do século XX, os direitos entendidos como limites ao próprio legislador: tornam-se, em outras palavras, princípios constitucionais superiores, garantidos frente ao poder legislativo (e não apenas frente a um poder autoritário) por meio de órgãos apropriados para o controle de legitimidade das leis. Além disso, a partir da segunda metade do século XX, considera-se que o conteúdo dos direitos deva ser subtraído da competência dos Estados soberanos por meio do seu reconhecimento no plano internacional. Por essa via é introduzido o conceito de tutela internacional dos direitos individuais (...), além daquela dos direitos das minorias e dos povos (2007a, p. 4).

É certo, porém, que “a *materialização* do direito, por sua vez, também ocasionou as conseqüências secundárias e indesejadas de um *paternalismo socioestatal*” (HABERMAS, 2002, p. 302), cuja atuação desequilibrada resultará num Estado engrandecido e numa cidadania apequenada, porque formada de pessoas consideradas necessitadas e desqualificadas justamente pela referida carência material.

“A tônica do Estado Social é a idéia de compensação devida a uma grande camada de indivíduos diante da concentração de riqueza e poder em alguns setores da sociedade. E pertencerá ao Estado a tarefa de prover essas compensações”(ARAÚJO PINTO, 2003, , p. 23). A rede de proteção típica dessa nova dimensão do direito e da política será atributo do Estado e, tal como num movimento circular, as inclusões propiciadas gerarão novas demandas por compensação e assim sucessivamente (ARAÚJO PINTO, 2003, , p. 23).

Nunca é demais ressaltar que a demanda por democracia, no sentido de processo que possibilita a participação efetiva, estará no epicentro do Estado Democrático de Direito e no déficit deixado pelo anterior Estado do Bem-Estar Social. Também por essa razão, pode-se dizer que a relevância internacional dos direitos humanos, que se tornou bastante visível após a Segunda Guerra Mundial, suportou-se na “relação estreita que vem a ser instituída entre direitos humanos e democracia” (MARRAMAIO, 2007a, p. 4).

A crise de cidadania decorre da carência, gradativamente percebida, de participação efetiva do público nos processos de deliberação da sociedade política. A identificação do público com o estatal acabou por limitar a participação política ao voto (ARAÚJO PINTO, 2003, p. 25).

Confrontando versão liberal e social, “as duas partes só discordam quanto a se poder garantir a autonomia privada diretamente mediante direitos de liberdade, ou a se dever assegurar o surgimento da autonomia privada mediante outorga de reivindicações de benefícios sociais. Em ambos os casos, perde-se de vista a coesão interna entre autonomia privada e pública” (HABERMAS, 2002, p. 303).

Relativamente às mulheres, no novo cenário, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, no artigo II, diferentemente daquela de 1789, proclama que “toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição”.

Porém, a discussão que sobrevive ao tempo e se renova como pertinente confronta o pressuposto tradicional de “universalidade” aplicado à idéia de cidadania. A proposta séria de enfrentamento do assunto propõe uma aproximação mais histórica e pluralista baseada no reconhecimento da diversidade e da diferença (AGUADO, 2005, p. 17).

Na mesma esteira de Ana Aguado, Giacomo Marramo refere que “o apelo ao universalismo dos direitos humanos arrisca, de fato, a se transformar em uma retórica vazia se não se conjuga com o *pathos* analítico, que visa a determinar conceitualmente e a localizar operativamente as raízes efetivas da violência, do poder e da violação da dignidade da pessoa”(2007a, p. 7).

Por isso mesmo, o princípio da igualdade no trabalho, que possa fazer sentido para as mulheres, demanda refletir sobre os comportamentos e eventos concretos bloqueadores de sua realização, e sobretudo acerca do direito à participação no debate público sobre as inclusões/compensações e discriminações de que são destinatárias.

A proposta de ver o direito ao trabalho digno, para todos e todas, como direito humano fundamental, reclama o enfrentamento dos contextos global e local presentes que lhe conferem ou lhe retiram significado.

O destaque à perspectiva arqueológica, de resgatar os significados nos contextos em que construídos sobre o papel e o direito das mulheres, pretende se contrapor a visões jusnaturalistas e universalistas vazias, porque abstratas, sobre os direitos humanos.

A própria Declaração Universal foi tratada por alguns juristas como uma

reminiscência jusnaturalista, como se fosse um direito superlegal em relação ao qual o direito positivo poderia representar uma “injustiça local”. Giácomo Marramo a esse respeito menciona Gustav Radbruch, para quem, como não dispomos de um critério para distinguir um ordenamento positivo de outro (um nacional-socialista de um liberal-democrata, por exemplo), então, o ideal é que se recorra aos direitos universais enquanto parâmetro superlegal (2007a, p. 6-7).

Tal postura homogeneizadora, que desconhece o contexto das diferenças e não considera a leitura dos fatos, das narrativas, das versões sobre os direitos não consegue fazer frente a pretensões abusivas sobre eles. Afinal, o que é democracia, liberdade, igualdade e dignidade?

Sobre a tensão entre liberdade e igualdade que também a discriminação de gênero carrega, é possível dizer que:

...a liberdade e a igualdade não podem entrar em conflito como duas virtudes políticas fundamentais, pois a igualdade só pode ser definida quando se presume a liberdade em vigor, e não pode ser aprimorada, nem no mundo real, por políticas que comprometam o valor da liberdade (DWORKIN, 2005, p. 249).

No campo do trabalho, afirmar uma liberdade contratual, que inclui liberdade de dispensa do empregado, sem compromisso com as cláusulas de não-discriminação, é desconhecer as implicações recíprocas entre liberdade e igualdade.

Note-se que no Brasil ainda prevalece a possibilidade de denúncia vazia dos contratos de trabalho, já que, exceção feita às práticas contratuais ilícitas (ou justas causas, equivalentes ao art. 482 da CLT), não há necessidade de motivação consistente na dispensa do empregado, desde que se lhe assegure a reparação econômica prevista em lei. A prevalência dessa visão privatística sobre o contrato possibilita que o empregador/contratante possa, nas escolhas que faz para a decisão de despedir, atuar com padrões preconceituosos, cuja desobrigação de transparência impede controle judicial eficiente<sup>7</sup>.

O trato insuficiente das esferas pública e privada tanto no âmbito liberal como no chamado Bem-Estar Social precisa ser considerado também no que diz respeito às mulheres. É necessária a construção de uma via alternativa e diferenciada para as demandas do presente, diversa, respectivamente, da exclusão naturalizada, pura e simplesmente, e do trato paternalista da inclusão intervencionista, e pouco emancipadora.

A revolução feminista, que se tornou expressiva sobretudo nos anos 70, contribuiu de forma importante para a percepção de que o público não equivale e não se confunde com o estatal, senão que representa a dimensão política que deve estar liberada do Estado. Graças às contribuições do feminismo e do pensamento da diferença, a consciência crítica ocidental iniciou “desconstruir pela raiz a lógica subjacente às demarcações simbólicas e topológicas do 'político'. Um caso emblemático é representado pela fronteira entre as duas esferas do 'público' e do 'privado', fronteira que fundamenta as nomenclaturas da ordem hoje questionada”, inclusive quanto à temática da diferença dos sexos (MARRAMAO, 2007a, p. 8).

Acerca da público e do privado na dimensão do Estado Democrático de Direito, Menelick de Carvalho Netto revela que se trata de questão central,

...até porque esses direitos, denominados de última geração, são direitos que vão apontar exatamente para essa problemática: o público não mais pode ser visto como estatal ou exclusivamente como estatal e o privado não mais pode ser visto como egoísmo. A complexidade social chegou a um ponto tal que vai ser preciso que organizações da sociedade civil defendam interesses públicos contra o Estado

7 O Brasil ainda não incorporou ao ordenamento jurídico interno a Convenção nº 158 da OIT a qual, justamente no contexto do devido processo legal em âmbito contratual, vincula a validade da despedida do trabalhador à existência de motivo técnico, econômico, financeiro, estrutural, ou outro similar.

privatizado, o Estado tornado empresário, o Estado inadimplente e omissivo (2001, p. 18).

A filosofia feminista da diferença equivale à crítica à idéia metafísica de poder substancial e à identidade substancial. O indivíduo é constituído relacionalmente. A diferença é importante porque a diferença é igualdade.

A necessidade que se apresenta é de rearticular as esferas pública e privada, assumindo a cidadania como processo, como participação efetiva, longe da idéia de maioria homogeneizada, retomando “aquela noção de povo que não pode ser visto como consciência coletiva ou algo desse tipo, mas, a rigor, requer ser focado como fluxos comunicativos, como possibilidade de participação” (CARVALHO Netto, 2001, p. 18).

Prosseguindo com Habermas, e pensando nas mulheres:

Em lugar da controvérsia sobre ser melhor assegurar a autonomia das pessoas do direito por meio de liberdades subjetivas para haver concorrência entre indivíduos em particular, ou então mediante reivindicações de benefícios outorgadas a clientes da burocracia de um Estado de bem-estar social, surge agora uma *concepção jurídica procedimentalista*, segundo a qual o processo democrático precisa assegurar ao mesmo tempo a autonomia privada e a pública: os direitos subjetivos, cuja tarefa é garantir às mulheres um delineamento autônomo e privado para suas próprias vidas, não podem ser formulados de modo adequado sem que os próprios envolvidos articulem e fundamentem os aspectos considerados relevantes para o tratamento igual ou desigual em casos típicos (2002, p. 305).

A reflexão que permanece em andamento é quanto às demandas específicas das mulheres, tendo a igualdade como ponto de chegada, e não como algo que se pressupõe “realmente” existente. Elas mesmas, aliás, precisam estar e se considerar aptas a discutir na esfera pública tais demandas. O direito, afinal, tem relação com o cotidiano, com a prática das pessoas, e expressa a dinâmica social.

Evidentemente que não se despreza a densificação formal-jurídica da liberdade e da igualdade, mas se questiona a excessiva crença no potencial da norma abstrata como protagonista única da cena do direito. Ao invés disso, “os processos judiciais nos quais se discutiu a igual proteção mostram a importância de que se reveste a igualdade formal quando se compreende que ela exige integridade, bem como uma coerência lógica elementar, quando requer fidelidade não apenas às regras, mas às teorias de equidade e justiça que essas regras pressupõem como forma de justificativa” (DWORKIN, 1999, p. 225 – sem grifos no original). O respeito ao procedimento e o oferecimento da melhor resposta para o evento concreto (singular) são elementos constitutivos da função que o direito desempenha. O problema da integridade, afinal, está na questão da aplicação, que precisa ser vivencial. Justamente por isso, a aplicação das regras legais reclama considerar o princípio da igualdade no trabalho que para as mulheres represente o respeito à diferença, a igualdade de oportunidades, a igualdade remuneratória, tudo no contexto do que se pode considerar, inclusive a partir da construção internacional, como trabalho decente.

Os compromissos dialogados internacionalmente são apenas isso se não adquirirem a capacidade de se conectar com os compromissos assumidos internamente, densificados localmente, com o propósito não em si, mas de construir, de forma permanente, o significado dos direitos fundamentais, que justamente possibilitam ver o direito como integridade.

Uma comunidade política pode ser mais fortemente formada e mantida, menos pelo convencionalismo de suas regras, e mais pelo compartilhamento de princípios comuns, os quais, só podem sê-los, num sistema em que todos os membros são igualmente dignos<sup>8</sup>.

<sup>8</sup> As referências a um sistema de castas para o qual alguns membros são intrinsecamente menos dignos que outros e ao Rev. TRT 10º Região, Brasília, v. 15/18, p.243-264, 2006/2009

Para Menelick de Carvalho Netto e Paulo Henrique Blair de Oliveira:

As reivindicações nas ruas por liberdade e por igualdade levantam publicamente a pretensão constitucional de que as diferenças específicas do grupo que as conduz sejam reconhecidas, daquele momento em diante, como igualdade, e exigem o respeito público à sua liberdade de serem diferentes. Os debates sobre diferenças de gênero, de cor, de orientação sexual, de arcabouços culturais, de práticas religiosas ou mesmo anti-religiosas revelam a todos a inconstitucionalidade concreta de toda forma de discriminação. De outra parte, para a efetiva igualdade no respeito às diferenças, é necessário assegurar-se a esfera de liberdade para o exercício dessas diferenças. Tal esfera não requer (nem pode exigir) que tenhamos simpatia ou afeto por valores diversos dos nossos. Mas, a Constituição impõe, sim, o respeito à liberdade, o respeito às diferenças reconhecidas como igualdade (2008, p. 7).

### 3 – Trabalho decente, mulheres e mercado de trabalho

Sob o influxo dessas considerações críticas, é possível voltar o olhar sobre a dignidade da pessoa trabalhadora, no contexto do trabalho decente, como proposta que articula, de forma fundamental, o princípio da igualdade.

De fato, a igualdade de gênero ocupa papel relevante no Programa de Trabalho Decente da OIT.

A essa altura é importante considerar que o princípio, internacional e constitucional, da igualdade na perspectiva de gênero apenas adquire sentido na exata medida da sua capacidade de se conectar com a realidade concreta enfrentada pelas mulheres no mercado de trabalho. Análises “a priori” ou abstratas pouco contribuem para a elucidação desse princípio. Por isso, o mapeamento fornecido pela OIT pode ser um interessante ponto de partida para a investigação que se pretende.

Estudos e relatórios da OIT, concentrados em diagnosticar, nas diversas partes do mundo, a intensidade e a extensão da persistência da desigualdade no trabalho, representam um olhar externo que pode contribuir para a reflexão brasileira acerca dos avanços, ainda não satisfatoriamente realizados, na questão de gênero<sup>9</sup>.

Elementos interessantes, inclusive sobre a América Latina e o Brasil, podem ser extraídos do texto “Igualdade no trabalho: enfrentar os desafios”, produzido pelo diretor-geral - resultado do Relatório Global de Acompanhamento da Declaração da OIT relativa aos Direitos e Princípios Fundamentais no Trabalho. A apresentação dos estudos ocorreu na 96ª Sessão da Conferência Internacional do Trabalho, ocorrida em 2007, em Genebra na Suíça<sup>10</sup>.

Assumida a interlocução necessária entre princípio normativo e demandas concretas, tal como a OIT, considera-se como pré-requisito fundamental para tratar eficazmente a discriminação no emprego e na profissão, com base no sexo, a compreensão do seu significado e da sua evolução ao longo do tempo (2007, p. 18). Nessa linha, o referido relatório aborda a desigualdade entre homens e mulheres em face de um conjunto de variáveis do mercado de trabalho.

Como primeira constatação, suportada em dados colhidos entre 1995 e 2004,

---

modelo do princípio para a comunidade política encontram-se em Dworkin (*Império do direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 243 e 254).

9 Consta na Convenção de Genebra de 1998 o seguinte, acerca do Relatório Global: “ objetivo deste relatório é fornecer uma imagem global e dinâmica de cada uma das categorias de princípios e direitos fundamentais observada no período quadrienal anterior, servir de base para a avaliação da eficácia da assistência prestada pela Organização e estabelecer as prioridades para o período seguinte na forma de programas de ação para cooperação técnica destinados a mobilizar os recursos internos e externos necessários a respeito”. Além disso, “o relatório tratará, a cada ano, uma das quatro categorias de princípios e direitos fundamentais”.

10 Disponível em [http://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/pdf/igualdade\\_07.pdf](http://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/pdf/igualdade_07.pdf), acesso em 12.01.2009.

Rev. TRT 10ª Região, Brasília, v. 15/18, p.243-264, 2006/2009

surge a confirmação de que continua a aumentar a participação das mulheres no mercado de trabalho. A tendência ascendente aparece em quase todas as regiões do mundo, com aumento mais forte na América Latina e Caribe. “A percentagem de mulheres aumentou, quer no trabalho remunerado não agrícola, quer no trabalho remunerado total, em todas as regiões, em cerca de 2 pontos percentuais” (OIT, 2007, p. 20).

A despeito desse dado positivo, ainda persiste considerável o número de mulheres que trabalham sem remuneração.

No trabalho informal os estudos revelam que, embora genericamente as proporções de homens e mulheres “autoempregados” sejam iguais, as mulheres estão concentradas nos trabalhos de qualidade inferior (OIT, 2007, p. 20-21).

Outra “face” da informalidade no caso das mulheres é o trabalho doméstico. Mesmo com a ausência de dados globais mais precisos, os elementos coletados mostram que esta forma de emprego absorve muitas mulheres, em número crescente, como resultado, em parte, do crescimento da migração delas em busca de emprego (OIT, 2007, p. 21).

Ainda sobre o trabalho doméstico, atribuído culturalmente às mulheres, é fator que contribui para o fenômeno da feminização da pobreza, que tem crescido na América Latina e no Caribe. “De acordo com as pesquisas, muitas meninas têm que assumir as tarefas domésticas desde cedo e abandonar a escola para procurar trabalho ou cuidar dos irmãos menores” (CARVALHO, 2005, p. 3).

Então, a taxa crescente de ativação das mulheres no mundo do trabalho não significa necessariamente o acesso a ocupações decentes, em razão dos índices de trabalho sem remuneração, da informalidade em atividades com qualidade inferior à dos homens e à ocupação com o trabalho doméstico, tradicionalmente considerado como feminino.

Já a essa altura é possível questionar que tipo de narrativa pode ser coerente, ou qual a “retórica com provas” é capaz de sustentar que, por essa razão de nascimento, pessoas, no caso as mulheres, ganhem menos e possam menos do que os homens no mundo do trabalho?<sup>11</sup>

Outra constatação importante é a de que há atualmente mais mulheres em trabalhos de elevado nível.

A proporção elevada de mulheres empregadas em funções legislativas, de direção ou de administração (“LSOM – legislative, senior official or managerial”) é indicador importante de que estão disponíveis ocupações de boa qualidade. Todavia, as mulheres continuam a representar, no mundo inteiro, uma minoria clara nessas posições (28%).

É certo, porém, que houve progressos consideráveis nos anos mais recentes, uma vez que a percentagem de mulheres nas posições de nível elevado aumentou em todas as regiões. De acordo com a OIT, “embora este indicador tenha conhecido o maior crescimento no sul Asiático (onde quase duplicou em nove anos), esta região continua a ser aquela em que menos mulheres ocupam funções legislativas, de direção ou de gestão” (2007, p. 21).

Ainda segundo as constatações da OIT, o estado de desenvolvimento econômico de um país não atua como fator determinante na definição da percentagem de mulheres com funções consideradas de nível elevado. Outros fatores se evidenciam mais

---

11 *Giácomo Marramao* menciona nesse ponto *Carlo Ginzburg* quando propõe que abandonemos os dois extremos, isto é, tanto o universalismo etnocêntrico como o relativismo que torna a incomensurabilidade de uma cultura sinônimo de incomparabilidade. A passagem possui a seguinte redação: “inevitável mistura de razões e experiências, argumentação e narração, que marca as relações entre os diversos grupos humanos no mundo 'globalizado', uma esfera pública democrática pode de fato admitir a retórica. Mas, como oportunamente sublinhou Carlo Ginzburg, à condição de que se trate de **retórica com provas**, não de retórica sem provas” (MARRAMAIO, 2007b, p. 16).

decisivos como a legislação e as políticas anti-discriminação, os sistemas de classificação e codificação de profissões e a quota de mulheres no trabalho remunerado não agrícola (2007, p. 22).

Nesse ponto, merecem reflexão crítica as defesas promovidas pelos adeptos de uma visão liberal ou neoliberal de que o livre mercado deva se desenvolver desembaraçado de normas de proteção social. O resultado do desenvolvimento econômico não é necessariamente o de desenvolvimento para todos. Como visto, no aspecto que interessa a este estudo, não há relação direta entre desempenho econômico e superação da desigualdade de gênero. Aliás, tais discursos destoam da equprimordialidade entre livre iniciativa e valorização social do trabalho presente na fórmula constitucional adotada pelo Brasil (arts. 1º, IV, e 170).

De outro norte, mesmo o processo irretratável, visível e justo de melhor instrução das mulheres não tem sido suficiente para superar a desigualdade salarial, cuja prática contraria o princípio da igualdade no trabalho.

Segundo a OIT:

O estudo *Time for equality at work* que desigualdades significativas entre homens e mulheres em matéria de pagamentos estavam os aspectos mais salientes dos mercados de trabalho em todo o mundo. Ainda que a taxa de remuneração em função do sexo se tenha esbatido em alguns locais e estagnado noutros, as mulheres continuam a trabalhar, em média, com rendimentos inferiores aos obtidos pelos homens. Esta tendência continua, apesar dos assinaláveis avanços das mulheres em matéria de escolaridade relativamente aos homens (...). Em 2003, com as notáveis exceções do Sul da Ásia e da África subsaariana, as taxas brutas de inscrição das mulheres no ensino superior foram consideravelmente mais elevadas do que as dos homens, enfraquecendo assim a relevância das diferenças de “produtividade” entre homens e mulheres enquanto causa explicativa importante da permanência da desigualdade de gênero” (2007, p. 22).

Mesmo na União Européia continua elevada (15%) a taxa de diferença dos salários médios brutos por hora, entre homens e mulheres, em todos os estabelecimentos, e, segundo a Comissão Européia, a diferença dos níveis salariais entre homens e mulheres resulta do “desrespeito pela legislação sobre igualdade salarial e de um conjunto de desigualdades estruturais como a segregação do mercado de trabalho, diferenças de critérios laborais, acesso ao ensino e à formação, avaliação diferenciada e sistemas e estereótipos salariais”, além da ausência, em alguns países, de medidas de conciliação entre trabalho/família favoráveis à igualdade de gênero (OIT, 2007, p. 25).

Diversos fatores objetivos podem concorrer para o desnível salarial, como a educação (formação profissional), os anos de experiência e as horas despendidas em trabalho remunerado, porém, estudos realizados em economias industrializadas nos anos mais recentes confirmam que a discriminação é fator importante a ser considerado como impeditivo da igualdade. Há variação conforme o país e a metodologia utilizada, mas a discriminação aparece, em qualquer circunstância, como responsável por uma parte importante da diferença salarial (OIT, 2007, p. 25).

Interessante que, ainda nos termos dos estudos realizados pela OIT, mesmo quando as mulheres com responsabilidades familiares conseguem progredir no mercado de trabalho e passam a ocupar cargos importantes, as suas remunerações permanecem inferiores às dos seus homólogos do sexo masculino (OIT, 2007, p. 80), pelo que é persistente a discriminação em termos remuneratórios, ainda que eliminados impedimentos objetivos.

Cotejando a primeira constatação, de maior participação das mulheres no mercado de trabalho, com a segunda, relativa à presença das mulheres em ocupações de elevado nível, esta última, desde 1995, revelou progresso mais lento do que a primeira. Por isso, de acordo com a OIT, “esta situação sugere a necessidade de desenvolver esforços

contínuos para promover a igualdade de oportunidades para as mulheres no emprego, combater a discriminação quanto à remuneração directa e indirecta entre os sexos, quanto à respectiva remuneração, e permitindo-lhes conjugar o trabalho remunerado e as responsabilidades familiares” (2007, p. 26).

Então, há, na maior parte das regiões do mundo, aumento nas oportunidades de trabalho remunerado oferecidas às mulheres; da mesma forma, mais mulheres exercem, a cada dia, profissões tradicionalmente reservadas aos homens; outrossim, foram constatados avanços consideráveis no nível de formação académica das mulheres. Paradoxalmente, porém, as mulheres continuam a ganhar, em média, menos que os homens, isso em todos os países.

Como a desigualdade salarial entre homens e mulheres tem, entre suas várias causas, como importante fator o da discriminação em função do sexo, nota-se a necessidade de reafirmar e assegurar a igualdade de remuneração por trabalho de igual valor, que traduz o princípio fundamental consagrado na Convenção nº 100 da OIT (Convenção sobre Igualdade de Remuneração de 1951, ratificada pelo Brasil em 1957).

Não há um acordo semântico prévio sobre o significado da expressão “igual valor”. Mas sua articulação precisa levar em consideração o princípio, e sua força vinculante, da igualdade no trabalho, pensando justamente na proposta dworkiana de integridade do direito.

A igualdade, aliás, não pode ser apenas da remuneração base ou normal mas também considerar componentes variáveis. Este é o texto do art. 1º, letra **a**, da Convenção nº 100 da OIT: “o termo 'remuneração' inclui vencimento ou salário, normal, básico ou mínimo, e quaisquer emolumentos pagos direta ou indiretamente, seja em dinheiro ou em espécie, pelo empregador ao trabalhador, em decorrência do emprego do trabalhador”.

O art. 461 da CLT, cuja redação foi conferida pela Lei nº 1723/52, é importante instrumento a serviço do princípio da igualdade de remuneração por trabalho de igual valor, e deve receber renovadas significações em razão da dimensão constitucional democrática de direito que vem sendo construída desde 1988.

O art. 1º, letra **b**, da Convenção nº 100 da OIT estabelece que “o termo 'igual remuneração de homens e mulheres trabalhadores por trabalho de igual valor' refere-se a taxas de remuneração estabelecidas sem discriminação baseada no sexo”.

A Convenção nº 100 é um dos instrumentos mais ratificados da OIT, o que contrasta com o comportamento discriminatório, mais ou menos intenso, presente nos diversos países do mundo.

Retorna à cena a desenvoltura do pensamento de Marramao, no sentido de que o global está vinculado ao local; a relação é inter-facial.

O universalismo da igualdade atua menos como uma promessa naturalizada, que justamente por isso poderia nada realizar, e mais como instrumento para combater, de forma presente, os esquemas de dominação e violência que tornam distante a idéia de dignidade humana. É preciso “...entender a dimensão do universalismo jurídico não como um modelo estático e pré-constituído, mas como um fazer-se histórico dinâmico” (MARRAMAIO, 2007a, p. 7). Trata-se de dizer “nunca mais” à estrutura social constituída com base na valorização apenas do masculino e com resistência à participação igual das mulheres na esfera pública e no mundo do trabalho. Marramao instiga a “...colher na Declaração Universal de 1948 uma aquisição evolutiva a ser ancorada não tanto no plano meta-histórico do Direito natural, mas, ao contrário, na cláusula histórica do 'nunca mais'”. (MARRAMAIO, 2007a, p. 7)<sup>12</sup>.

<sup>12</sup> Quando *Giácomo Marramao* usa a expressão “nunca mais” a explica como referência óbvia “...a Auschwitz, ao horror de Rev. TRT 10º Região, Brasília, v. 15/18, p.243-264, 2006/2009

O retrocesso é uma tendência, por isso a luta pelos direitos é permanente. Os discursos apaziguadores, que mal disfarçam o incômodo em debater as exclusões que praticamos, no sentido de que conquistas já foram realizadas pelas mulheres e que tudo virá aos poucos, revelam a crença, que deve ser duramente problematizada, num progresso linear e ascendente da humanidade. Conforme Marramao,

A trágica experiência do século XX nos ensinou duramente que o tempo da história não é, na verdade, nem linear, nem cíclico: o tempo histórico é um tempo feito de estratos, um tempo arqueológico, no qual não podemos nunca dizer “nunca” - e no qual o “nunca mais” não pode nunca ser dito uma vez por todas, mas é repetido, de quando em quando, com renovada vigilância em relação aos sintomas do horror (2007a, p. 8).

Nesse sentido, o Estado Nacional atua como **médium** entre o global e o local, justamente porque é demasiado pequeno para os grandes desafios globais e demasiado grande para as microfísicas locais.

Realmente, embora a ação do Estado e das organizações de trabalhadores e de empregadores seja fundamental para a criação de locais de trabalho mais inclusivos, as instâncias internacionais desempenham um papel igualmente importante. Não obstante a discriminação ser muito anterior à globalização, esta transformou o seu âmbito e as suas características. Por este motivo, as correctivas não se podem limitar a ções nacionais, devendo igualmente visar internacionais e globais de uma forma que garanta o reforço mútuo (OIT, 2007, p. 89).

Prosseguindo no tema da desigualdade salarial, quanto ao que reconhece a Comissão Europeia, desponta como um dos elementos saltares a ausência de políticas que viabilizem a conciliação entre responsabilidades familiares e trabalho remunerado. De fato, tanto para as mulheres como para alguns homens, especialmente no caso de profissões pouco qualificadas, a conciliação entre a maternidade (ou paternidade) e trabalho remunerado continua a ser um desafio diário. Importante notar que o conflito entre as exigências profissionais e as responsabilidades familiares podem constituir desvantagem no mercado de trabalho especialmente no caso das mulheres, justamente em razão da forma como a sociedade se encontra organizada e da distribuição das tarefas familiares, em geral predominantemente entregues às mulheres (OIT, 2007, p. 80).

O conflito entre a família e o trabalho condiciona as opções das mulheres em relação à sua decisão de ingressar no mercado de trabalho, e mesmo quanto ao tipo de emprego e carga horária exigida. Tal situação, por sua vez, afeta não só a antiguidade e a experiência profissional das mulheres, como também as suas perspectivas de formação e de carreira, o que contribui para a manutenção de baixos níveis de remuneração (OIT, 2007, p. 80). De forma mais explícita, segundo a OIT, “os horários de trabalho longos afectam sobretudo as mulheres, dado que ainda são elas que assumem normalmente a prestação de cuidados à família, reduzindo, assim, as suas opções quanto à decisão de ingressar no mercado de trabalho, e quanto aos tipos de emprego a que se podem candidatar” (2007, p. 84). A divisão sexual de tarefas familiares é, portanto, fator importante a ser considerado no contexto da desigualdade de gênero, e que revela necessário que as mulheres possam sentir e exercer a liberdade também no plano doméstico.

Por um lado é importante enfrentar e discutir os diversos fatores que contribuem para a realidade presente do “não-ainda” da igualdade no trabalho no aspecto de gênero, mas por outro é essencial também refletir sobre os espaços de atuação que precisam

---

Shoah: divisor de águas do século trágico que está às nossas costas” (Ob. cit., p. 7). A expressão, porém, pode ser utilizada para designar o importante papel da universalidade dos direitos humanos, não como proclamações abstratas e naturalizadas, mas antes enquanto compromisso concreto e dinâmico com o presente, que por sua vez não deixa de direcionar um olhar para o passado.

ser cobertos em direção à promoção efetiva do trabalho decente.

Algumas medidas, destinadas a apoiar os trabalhadores e as trabalhadoras com responsabilidades familiares foram identificadas no Relatório Global da OIT, como **a)** reconhecer o papel dos homens na prestação de cuidados familiares, prevendo licença por paternidade e atribuindo uma licença parental não transferível a homens e mulheres após a licença por maternidade; **b)** tornar o trabalho “normal” mais compatível com a vida familiar com regimes flexíveis em matéria de horário de trabalho, períodos de descanso e férias e previsão de uma licença anual e licenças de curta duração para situações de emergência; **c)** boas condições de trabalho a tempo parcial, horários flexíveis, bancos de tempo, teletrabalho, redução das horas de trabalho diário e das horas extraordinárias; **d)** tornar as responsabilidades familiares mais compatíveis com a vida profissional, disponibilizando serviços de apoio à infância acessíveis e de boa qualidade para crianças pequenas e em idade pré-escolar; **e)** promover uma distribuição mais equitativa das responsabilidades familiares entre homens e mulheres (OIT, 2007, p. 85).

Acerca da desigual distribuição sexual das tarefas familiares, não é excessivo destacar que a questão de gênero evoca menos uma perspectiva de minoria – porque as mulheres não são minoria, mas senão que metade da população – mas uma razão de sexo, a fim de superar a configuração dicotômica do público-masculino visível e do privado-feminino invisível.

A própria OIT reconhece que a igualdade de remuneração não significa que os homens e as mulheres devam ganhar o mesmo, nem implica alterar o trabalho que as mulheres fazem; a igualdade de remuneração visa a corrigir o fenômeno da subvalorização das profissões tipicamente exercidas por mulheres e remunerá-las de acordo com o seu valor. A subvalorização, aliás, não é necessariamente um reflexo de fatores de mercado ou de requisitos profissionais, mas, sim, pode traduzir o desempenho não satisfatório de negociações coletivas no trato de demandas específicas das mulheres, além de idéias preconcebidas sobre a inferioridade da competência feminina e o tradicional desprezo pelas profissões ditas “femininas” (OIT, 2007, p. 80).

A questão que se apresenta não é simplesmente de deslocar as mulheres para funções antes tipicamente ocupadas pelos homens para que possam receber remunerações mais elevadas, mas de combater estereótipos de gênero no mundo do trabalho, inclusive quanto à valorização que as ocupações em geral recebem. Aquelas antes tipicamente femininas, e cujos serviços eram prestados gratuitamente, tendem a permanecer subvalorizadas. Por isso mesmo é pertinente e oportuna a referência de Ronald Dworkin à igualdade como direito a ser tratado com igual respeito e consideração (2005, p. 249-251). O universalismo da diferença ou o direito à diferença não contrasta com a igualdade, senão que a enriquece e complica (MARRAMAIO, 2007a, p. 6).

Conforme vem tentando demonstrar, desde 2001, a *Public Services International* (PSI – Federação Mundial dos Sindicatos do Setor Público), a igualdade remuneratória não apenas é um direito das mulheres como também sua realização contribui para a prossecução de diversos outros objetivos, como a redução da pobreza, a inclusão social e a melhoria da qualidade dos serviços públicos (OIT, 2007, p. 83).

A igualdade não é aspecto importante apenas para aqueles que podem se beneficiar da sua efetiva consideração, mas senão que é a marca legítima da atuação política. Há inegável relação entre direitos humanos e democracia. Na expressão lapidar de Ronald Dworkin, “nenhum governo é legítimo a menos que demonstre igual consideração pelo destino de todos os cidadãos sobre os quais afirme seu domínio e aos quais reivindique fidelidade. A consideração igualitária é a virtude soberana da comunidade política ...” (2005, introdução, p. IX).

Voltando ao texto da Constituição do Brasil, o art. 11 prevê que “nas empresas de mais de duzentos empregados, é assegurada a eleição de um representante destes com a finalidade exclusiva de promover-lhes o entendimento direto com os empregadores”. Essa forma de representação interna, que bem poderia ser ampliada para uma comissão que funcionasse nas empresas, tem potencial para servir de instrumento aos estudos concretos sobre avaliação dos postos de trabalho sem enviesamento de gênero. O local de trabalho é um ambiente estratégico para combater a discriminação no emprego e criar uma força de trabalho mais diversificada e equitativa.

A ferramenta dos métodos de avaliação dos postos de trabalho é assim exemplificada no Relatório Global da OIT:

No Quebec, Canadá, por exemplo, todas as empresas com 100 ou mais trabalhadores são obrigadas a criar uma comissão para a igualdade de remuneração, sendo que dois terços dos seus membros devem ser representantes dos trabalhadores, que poderão ser ou não membros de sindicatos, e 50 por cento destes devem ser mulheres. A transparência sobre os salários ou as componentes variáveis da remuneração é igualmente importante para que os trabalhadores considerem os resultados justos e conformes à lei (2007, p. 82).

Não há no Brasil dispositivo legal que obrigue à instituição de comissão para a igualdade de remuneração, mas a representação dos trabalhadores no âmbito das empresas com mais de duzentos empregados, poderia, de forma autônoma, adquirir feição mais relevante ao assumir o trato com os princípios fundamentais.

Aliás, no que se refere à representação dos trabalhadores realizada pelos sindicatos, as informações disponíveis são indicativas da tendência contínua de aumento na sindicalização das mulheres em alguns países e setores específicos, portanto, há aumento da representação de grupo tradicionalmente sub-representado entre os membros e os dirigentes dos sindicatos. Essa constatação é importante quanto ao aspecto compromissário dos sindicatos, que devem necessariamente passar a “...abordar as questões que afectam especificamente as mulheres trabalhadoras, tais como os estereótipos de gênero nas estruturas salariais e nos sistemas de fixação de salários ou a desigualdade no tratamento dos trabalhadores ocasionais e a tempo parcial, constituídos na sua maioria por mulheres” (OIT, 2007, p. 95-96).

Também nesse aspecto é pertinente fazer uso do conceito de Dworkin, mas desta vez sobre a reciprocidade, presente no caso das obrigações associativas, e que deve ser abstrata, no sentido de “aceitar um tipo de responsabilidade que, para ser explicada, precisa das idéias do outro sobre integridade e interpretação” (1999, p. 241). Seguindo com Dworkin, é preciso que as práticas coletivas ou do grupo revelem *igual* interesse pelas demandas de todos os membros (DWORKIN, 1999, p. 243). Evidentemente que aqui o raciocínio abre um espaço imenso para discutir a articulação necessária entre dois princípios internacionais fundamentais: a igualdade no trabalho e a liberdade sindical. Trata-se da reflexão sobre o modelo do sindicalismo brasileiro, centrado na unidade em torno da base territorial (art. 8º, II), e da sua adequação ou não ao princípio democrático, de crucial importância para a construção de um caminho de representatividade que possa estar distante do modelo corporativo que domina o cenário constitucional brasileiro desde a década de 30. Mas esse não é o objeto de investigação desse trabalho, embora seja salutar o destaque ao não isolamento dos princípios; há necessária interdependência entre eles.

A despeito da discussão que permanece em aberto sobre a representatividade dos sindicatos no Brasil, a sindicalização das mulheres e sua maior ativação no mercado de trabalho, instigam a que elas passem a ser co-autoras das normas autônomas que abarquem as demandas específicas de gênero, incluindo a questão da discriminação salarial e a subvalorização de certos postos de trabalho.

As liberdades de ação individuais do sujeito privado e a autonomia pública do cidadão ligado ao Estado possibilitam-se reciprocamente. É a serviço dessa convicção que se põe a idéia de que as pessoas do direito só podem ser autônomas à medida que lhes seja permitido, no exercício de seus direitos civis, compreender-se como autores dos direitos aos quais devem prestar obediência, justamente deles (HABERMAS, 2002, p. 298).

De outra parte, embora seja possível e importante incorporar as questões relativas à igualdade de remuneração em convenções coletivas de trabalho, ainda não se dispensa, só por isso, a intervenção heterônoma estatal. É que sendo versada exclusivamente em âmbito coletivo, é possível e previsível que o tema se veja subordinado estereótipos de gênero. A atuação sincrônica entre autonomia e heteronomia, como traço característico do Direito do Trabalho, também aqui pode fazer diferença no tratamento endereçado ao princípio fundamental da igualdade no trabalho.

Os atores que participam do mundo do trabalho (trabalhadores, empregadores e governos, simbolizados na estrutura tripartite da OIT) devem se posicionar como co-responsáveis pela realização eficiente dos princípios fundamentais, o que inclui, portanto, as próprias mulheres. É imprescindível, para a realização dos princípios fundamentais internacionais da órbita do trabalho, o comprometimento, nas respectivas esferas de competência, dos procedimentos constituídos no âmbito dos países membros. A incoerência na articulação dos diversos atores do cenário trabalhista em torno do princípio da igualdade agride a idéia de integridade no Direito.

A postura pró-ativa, no caso dos governos, remete ao importante papel que pode ser desenvolvido pelo Poder Judiciário, ao que a OIT denomina em seu relatório de “reforço das competências de juízes e dos juristas para tratar de casos de discriminação” (2007, p. 111). “Embora os tribunais estejam obrigados a aplicar as leis e regulamentos nacionais, podem atender aos princípios, conceitos e definições dos instrumentos da OIT aplicáveis para orientar a sua interpretação e aplicação da legislação nacional” (OIT, 2007, p. 111).

Destacando Dworkin, “...o raciocínio judicial exerce uma influência sobre outras formas de discurso legal que não é totalmente recíproca” (1999, p. 19), o que deve reforçar a responsabilidade com o conteúdo concreto e diferenciado do universal quando se trata de direitos humanos.

O Direito é fruto de uma prática interpretativa e, em relação aos juízes, o direito como integridade pede-lhes que continuem interpretando o mesmo material que eles mesmos afirmam já terem interpretado com sucesso (DWORKIN, 1999, p. 273). Afinal, eis a vocação que precisa ser reafirmada pelos tribunais: a capacidade de ver as inconstitucionalidades onde elas realmente ocorrem, ou seja, na dinâmica imprevisível da vida traduzida nos casos concretos. Trata-se de importante possibilidade aberta para a busca de densificação local de propostas globais quanto aos direitos humanos.

O olhar permanente sobre a condição e o posicionamento das mulheres no mercado de trabalho, de forma concreta e real, é condição para a aplicação adequada do instrumental disponível à atuação vinculante do princípio da igualdade.

O direito a igual respeito e consideração reflete-se no direito da mulher ao emprego em igualdade de condições, à ascensão profissional e à maternidade assistida.

#### **4 – Algumas reflexões conclusivas e a referência a um caso judicial**

As atribuições culturais fixas sobre o papel e o lugar que podem ser ocupados pelas mulheres contrariam o “pda inalienável e inapropriável diferença singular de qualquer um ou qualquer uma” (MARRAMAQ, 2007b, p. 13).

O olhar sobre o passado, refletindo sobre o presente do não-ainda da

emancipação feminina plena, inclusive no plano social, desafia a construir o projeto de outro futuro: o futuro de homens e mulheres livres, emancipados, respeitados e protegidos da violência.

Pensando sobre a forma como o constitucionalismo densifica os direitos humanos, o conceito de integridade de Dworkin e a sua tese da "única resposta correta" permitem concluir que o sentido da igualdade de gênero não se estabelece de forma abstrata, mas sim em cada caso concreto e específico. É justamente nos diversos reclames, e principalmente nas causas trazidas ao Judiciário e/ou articuladas no campo dos debates na sociedade sobre os efeitos concretos da implementação de políticas públicas, que se torna visível cada exclusão que ainda persiste. E, é claro, que a cada exclusão abordada e sanada, outra a seguir se torna então perceptível. Justamente nestes eventos é que o que é abstrato se torna concreto; o que é geral transforma-se em específico. O trato com as demandas reais do mundo da vida, porém, reivindica que não se perca de vista a exigência de manter-se, simultaneamente, os vínculos com a generalidade e a abstração das leis (requisito republicano de igualdade).

Tanto em Dworkin (especialmente nas concepções sobre integridade) quanto em Marramo (com o seu "glocal") estão presentes as preocupações com a versão coerente apresentada sobre os fatos e com a análise crítica sobre as narrativas produzidas pelo direito.

Pensando nessa proposta de produção de um constitucionalismo adequado à demanda por direitos humanos, neste trabalho, ao invés, como normalmente ocorre na conclusão, do retorno, agora mais condensado, às idéias que o permearam o tempo inteiro, opta-se por arriscar articulá-las em torno de um aspecto concreto da legislação trabalhista brasileira.

No Capítulo III da CLT, que versa sobre a Proteção do Trabalho da Mulher, encontra-se o art. 384, que prevê, em caso de prorrogação do horário normal, a obrigatoriedade na concessão de descanso de 15 (quinze) minutos no mínimo, antes do início do período extraordinário do trabalho.

O plenário do Tribunal Superior do Trabalho, julgando incidente de inconstitucionalidade, em 17 de novembro de 2008, em votação apertada (14 votos a 12), entendeu "que a concessão de condições especiais à mulher não fere o princípio da igualdade entre homens e mulheres contido no artigo 5º da Constituição Federal". Os Ministros Aloysio Corrêa da Veiga e Caputo Bastos, que se posicionaram ao lado da corrente que compreendia o benefício como discriminatório, além de prejudicial à inserção da mulher no mercado de trabalho, registraram que apresentarão suas razões em votos que constarão no processo.

O voto prevalecente e os votos vencidos ainda não se encontram na íntegra disponíveis, mas os argumentos centrais foram divulgados pelo Tribunal através da mídia eletrônica e possibilitam desde já reflexões, mesmo que iniciais, sobre os padrões jurídicos presentes nos argumentos utilizados.

Tornou-se público o seguinte:

O relator do incidente, ministro Ives Gandra Martins Filho, destacou que "a igualdade jurídica entre homens e mulheres não afasta a natural diferenciação fisiológica e psicológica dos sexos", e que "não escapa ao senso comum a patente diferença de compleição física de homens e mulheres". O artigo 384 da CLT se insere no capítulo que trata da proteção do trabalho da mulher e, ressalta o relator, "possui natureza de norma afeta à medicina e segurança do trabalho, infensa à negociação coletiva, dada a sua indisponibilidade".

Em sua linha de argumentação, o ministro Ives Gandra Filho observou que o maior desgaste natural da mulher trabalhadora, em comparação com o homem, em função das diferenças de compleição física, não foi desconsiderado na Constituição Federal, que

garantiu diferentes limites de idade para a aposentadoria – 65 anos para o homem e 60 anos para a mulher. “A diferenciação é tão patente que, em matéria de concursos para policial militar, a admissão da mulher é feita em percentual mais reduzido (20% das vagas) e com exigências menores nos testes físicos”, afirmou. “Se não houvesse essa diferenciação natural, seria inconstitucional a redução dos requisitos e das vagas”, ponderou. “Não é demais lembrar que as mulheres que trabalham fora estão sujeitas à dupla jornada de trabalho. Por mais que se dividam as tarefas domésticas entre o casal na atualidade, o peso maior da administração da casa e da educação dos filhos acaba recaindo sobre a mulher.” (IIN-RR-1540/2005-046-12-00.5).

O conteúdo supradestacado torna oportuno voltar a Habermas, que destaca as consequências ambivalentes dos programas socioestatais destinados às mulheres, exemplificando com o maior risco de desemprego, ocasionado pelas compensações legais, a presença excessiva de mulheres nas faixas salariais mais baixas e a crescente feminização da pobreza. A propósito, desenvolve o raciocínio que evidencia o equilíbrio difícil, mas que deve ser perseguido, entre autonomia privada e pública:

Sob uma visão jurídica, há uma razão para essa discriminação criada reflexivamente nas classificações amplamente generalizadoras aplicadas a situações desfavorecedoras e grupos de pessoas desfavorecidas. Pois essas classificações “errôneas” levam a intervenções “normalizadoras” na maneira de conduzir a vida, as quais permitem que a almejada compensação de danos acabe se convertendo em nova discriminação, ou seja, garantia de liberdade converte-se em privação de liberdade. Nos campos jurídicos concernentes ao feminismo, o paternalismo socioestatal assume um sentido literal: o legislativo e a jurisdição orientam-se segundo modelos de interpretação tradicionais e contribuem com o fortalecimento dos estereótipos de identidade de gênero já vigentes (2002, p. 304).

Ora, as mulheres não precisam de privilégios na sua atuação no mercado de trabalho, os quais, aliás, são fatores que contribuem para o insistente quadro de tratamento desigual.

O raciocínio jurídico importante contido na vertente que prevaleceu no julgamento do incidente de inconstitucionalidade diz respeito ao reconhecimento de que a norma trabalhista em evidência ambienta proteção relacionada à medicina e segurança do trabalho. A questão, então, é a de preservar a integridade do trabalhador, exposto à jornada excedente, proporcionando-lhe descanso de 15 minutos, no mínimo, entre o término do horário convencional e o início do expediente extra. No que nisso diferem homens e mulheres?

A invocação, como argumento jurídico, de padrões de comportamento presentes nas mais variadas searas, do direito previdenciário ao concurso público para policial militar, a fim de confirmar e reforçar a inferioridade da compleição física das mulheres, não auxilia na compreensão da igualdade e tampouco confere força irradiante a esse princípio.

A inconstitucionalidade na aplicação da norma não reside exatamente na previsão para as mulheres do intervalo de 15 minutos, mas na exclusão dos homens.

A idéia de uma igualdade que exclui, reforçando estereótipos de gênero, que vão desde as diferenças fisiológicas, até as psicológicas, passando pelas tarefas domésticas afetas às mulheres, instiga a refletir se homens e mulheres trabalhadores foram tratados com igual respeito e consideração no que tange à preservação de sua integridade (física, psicológica, social, afetiva), que fica exposta no caso das sobrejornadas. Aliás, o que seriam “diferenças psicológicas” das mulheres? Talvez a parte menos racional referida por Ana Aguado quando revolve o contexto das considerações liberais?

Benesses socioestatais a pretexto de gênero precisam ser pensadas e repensadas a todo o momento, no contexto concreto da dimensão constitucional brasileira,

para que não se perpetuem como liberdade que se converte em não liberdade. Para isso não se pode perder de vista que homens e mulheres tem direito a igual respeito e consideração e quando um enfoque jurídico específico, como no caso da preservação da integridade que se vincula a políticas de medida e segurança do trabalho, representa demanda de ambos os sexos, o recurso a estereótipos de gênero apenas favorece a desqualificação das mulheres.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUADO, Ana. Ciudadanía, mujeres y democracia. In: **Revista Electrónica de Historia Constitucional**, número 6, septiembre 2005, Universidad de Valencia, Espanha.

ARAUJO PINTO, Cristiano Paixão. Arqueologia de uma distinção – o público e o privado na experiência histórica do direito. In: Oliveira Pereira, C. F. (org.). **O novo direito administrativo brasileiro** : o Estado, as agências e o terceiro setor. Belo Horizonte: Forum, 2003.

\_\_\_\_\_. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. Tradução Jussara Simões; revisão técnica e da tradução Cícero Araújo, Luiz Moreira. São Paulo : Martins Fontes, 2005.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo : Ltr, 2005.

BRASIL, <http://www.oitbrasil.org.br/info/downloadfile.php?fileId=309>, acesso em 19.01.2009.

CARVALHO, Tereza Monnica Xavier Bacelar de. Feminização da Pobreza. In: **Rev. Humanidades**, Fortaleza, v. 20, n. 2, p. 166-170, jul./dez. 2005 (disponível em <http://www.unifor.br/notitia/file/1588.pdf>, acesso em 18 de setembro de 2008).

CARVALHO NETTO, Menelick de. A contribuição do Direito Administrativo enfocado da ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do Controle de Constitucionalidade das Leis no Brasil: um pequeno exercício de Teoria da Constituição. In: **Fórum administrativo**. Ano I, nº 1. Belo Horizonte : Forum, março de 2001.

CARVALHO NETTO, Menelick de ; OLIVEIRA, Paulo Henrique Blair. Igualdade como diferença, liberdade como respeito. de Direito da UnB e SINDJUS/DF. In: **Constituição & Democracia**, nº 26, outubro de 2008.

DE GIORGI, Raffaele. **Direito, tempo e memória**. Trad. de Guilherme Leite Gonçalves, São Paulo : Quartier Latin, 2006.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

HABERMAS, Jürgen. Sobre a coesão interna entre Estado de direito e democracia. In: **A inclusão do outro** : estudos de teoria política. São Paulo: Loyola, 2002.

\_\_\_\_\_. [http://ext02.tst.jus.br/pls/no01/no\\_noticias.Exibe\\_Noticia\\_cod\\_noticia=8788&p\\_cod\\_area\\_noticia=ASCS](http://ext02.tst.jus.br/pls/no01/no_noticias.Exibe_Noticia_cod_noticia=8788&p_cod_area_noticia=ASCS), acesso em 19.01.2009.

\_\_\_\_\_. [http://www.mj.gov.br/sedh/ct/legis\\_intern/ddh\\_bib\\_inter\\_universal.htm](http://www.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm), acesso em 19.01.2009.

INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION (ILO). **Declaration on fundamental principles and rights at work and its follow-up**. Geneva: International Labor Organization, 1998.

\_\_\_\_\_. **Igualdade no trabalho: enfrentar os desafios**. Genebra: Organização Internacional do Trabalho, 2007, disponível em [http://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/pdf/igualdade\\_07.pdf](http://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/pdf/igualdade_07.pdf), acesso em 12.01.2009.

\_\_\_\_\_. **Levando os direitos a sério**. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

MARRAMAIO, Giacomio. **Passado e futuro dos direitos humanos: da “ordem pós-hobbesiana” ao cosmopolitismo da diferença**. Trad. de Lorena Vasconcelos Porto e revisão técnica de Flaviane de Magalhães Barros e Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira. Texto enviado por ocasião do XVI Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (Conpedi), com o tema “Pensar globalmente, agir localmente”, em 15 de novembro de 2007(a), no Programa de Pós-graduação em Direito da PUC de Minas, Belo Horizonte-MG.

\_\_\_\_\_. **O mundo e o ocidente hoje: o problema de uma esfera pública global**. Trad. de Flaviane de Magalhães Barros e revisão técnica de Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira e Menelick de Carvalho Netto. Texto apresentado no Seminário “Direito, política e tempo na era global”, promovido pelo Programa de Pós-graduação em Direito da PUC Minas, nos dias 06 e 07 de junho de 2007 (b).

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). **Manual de capacitação e informação sobre gênero, raça, pobreza e emprego: guia para o leitor**. Brasília: Organização Internacional do Trabalho, 2005.

OST, François. **O tempo do direito**. Tradução Élcio Fernandes; revisão técnica Carlos Aurélio Mota de Souza. Bauru-SP : Edusc, 2005.