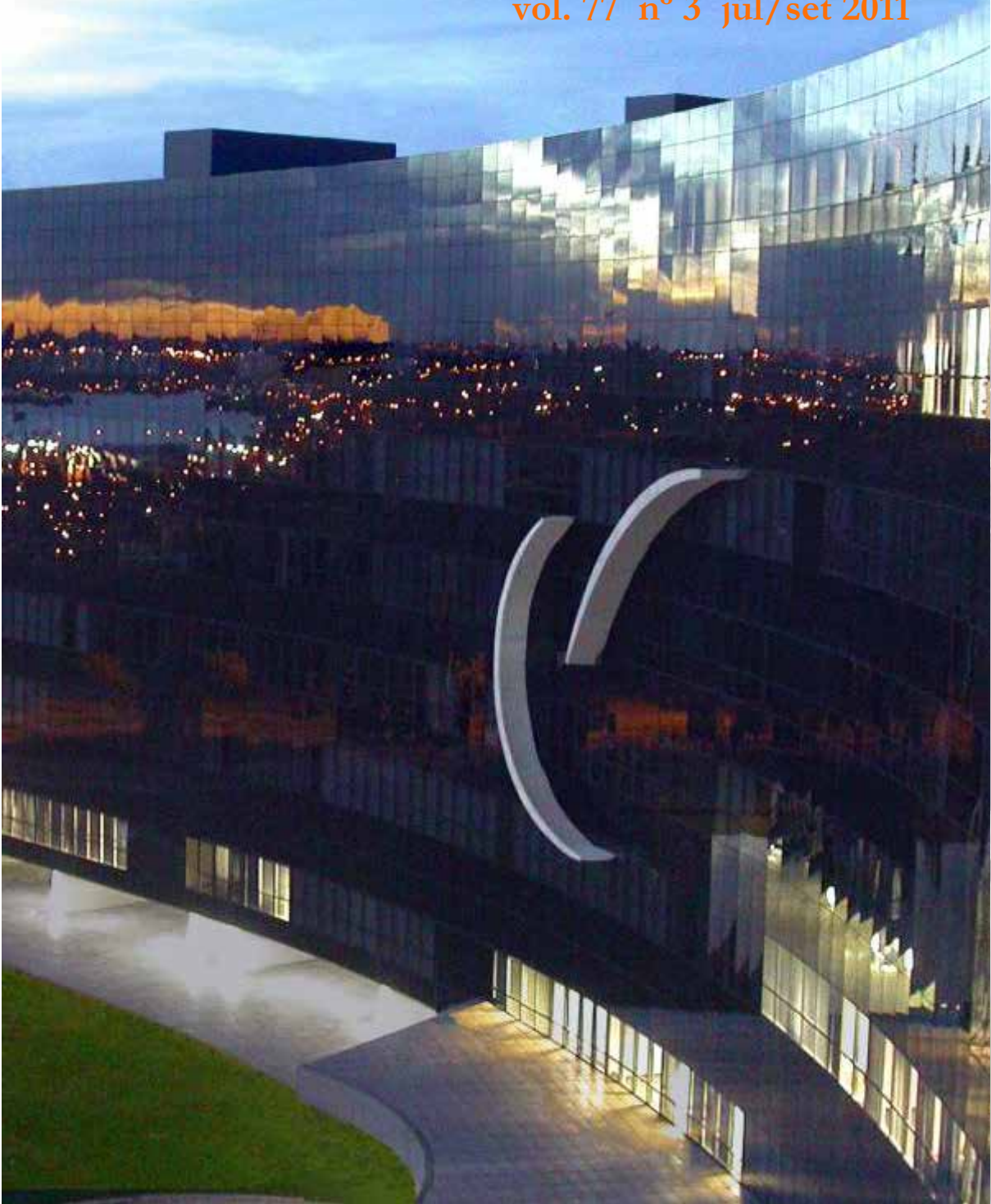


# Revista do Tribunal Superior do Trabalho

vol. 77 n° 3 jul/set 2011



---

**Revista do Tribunal Superior do Trabalho**

---





PODER JUDICIÁRIO  
JUSTIÇA DO TRABALHO  
TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

---

## Revista do Tribunal Superior do Trabalho

---

Ministro João Oreste Dalazen  
*Presidente*

Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi  
*Vice-Presidente*

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

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

Ministra Rosa Maria Weber Candiota da Rosa

Ministro Walmir Oliveira da Costa

Ministro Augusto César Leite de Carvalho *(suplente)*

**Ano 77 – nº 3 – jul. a set. – 2011**

**LEX MAGISTER**  
PRODUTOS JURÍDICOS

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

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

v.

Trimestral.

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

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

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

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

ISSN 0103-7978

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

CDU 347.998.72(81)(05)

**Coordenação:** Comissão de Documentação

**Organização e Supervisão:** Ana Celi Maia de Miranda

**Revisão:** José Geraldo Pereira Baião

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

**Editoração Eletrônica:** Editora Magister

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

**Tribunal Superior do Trabalho**

**Setor de Administração Federal Sul**

Quadra 8, lote 1, bloco “B”, mezanino

70070-600 – Brasília – DF

Fone: (61) 3043-3056

E-mail: [revista@tst.jus.br](mailto:revista@tst.jus.br)

Internet: [www.tst.jus.br](http://www.tst.jus.br)

**Lex Editora S.A.**

Rua da Consolação, 77 – 9º andar

01301-000 – São Paulo-SP

Fone: (11) 2126-6000

**Assinaturas:**

[comercial@lex.com.br](mailto:comercial@lex.com.br)

[www.lex.com.br](http://www.lex.com.br)

---

**Composição do  
Tribunal Superior do Trabalho**

---



## **Tribunal Pleno**

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

## **Órgão Especial**

Ministro João Oreste Dalazen, Presidente do Tribunal  
Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Vice-Presidente do Tribunal  
Ministro Antônio José de Barros Levenhagen, Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho  
Ministro Milton de Moura França  
Ministro Carlos Alberto Reis de Paula (Licenciado – Membro do CNJ)



Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho  
Ministro João Batista Brito Pereira  
Ministro Horácio Raymundo de Senna Pires  
Ministra Rosa Maria Weber Candiota da Rosa  
Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho  
Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira  
Ministra Dora Maria da Costa  
Ministro Fernando Eizo Ono  
Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro

## **Seção Especializada em Dissídios Coletivos**

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

## **Subseção I da Seção Especializada em Dissídios Individuais**

Ministro João Oreste Dalazen, Presidente do Tribunal  
Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Vice-Presidente do Tribunal  
Ministro Antônio José de Barros Levenhagen, Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho  
Ministro Milton de Moura França  
Ministro Carlos Alberto Reis de Paula (Licenciado – Membro do CNJ)  
Ministro João Batista Brito Pereira  
Ministro Renato de Lacerda Paiva  
Ministro Lelio Bentes Corrêa  
Ministro Aloysio Silva Corrêa da Veiga

Ministro Horácio Raymundo de Senna Pires  
Ministra Rosa Maria Weber Candiota da Rosa  
Ministro Augusto César Leite de Carvalho  
Ministro José Roberto Freire Pimenta  
Ministra Delaíde Alves Miranda Arantes  
Desembargador Sebastião Geraldo de Oliveira (Convocado)

## **Subseção II da Seção Especializada em Dissídios Individuais**

Ministro João Oreste Dalazen, Presidente do Tribunal  
Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Vice-Presidente do Tribunal  
Ministro Antônio José de Barros Levenhagen, Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho  
Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho  
Ministro Emmanoel Pereira  
Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho  
Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira  
Ministra Maria de Assis Calsing  
Ministro Pedro Paulo Teixeira Manus  
Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos

### **Primeira Turma**

Ministro Lelio Bentes Corrêa, Presidente  
Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho  
Ministro Walmir Oliveira da Costa

### **Segunda Turma**

Ministro Renato de Lacerda Paiva, Presidente  
Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos  
Ministro José Roberto Freire Pimenta

## **Terceira Turma**

Ministro Horácio Raymundo de Senna Pires, Presidente

Ministra Rosa Maria Weber Candiota da Rosa

Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira

## **Quarta Turma**

Ministro Milton de Moura França, Presidente

Ministra Maria de Assis Calsing

Ministro Fernando Eizo Ono

## **Quinta Turma**

Ministro João Batista Brito Pereira, Presidente

Ministro Emmanoel Pereira

Ministra Kátia Magalhães Arruda

## **Sexta Turma**

Ministro Aloysio Silva Corrêa da Veiga, Presidente

Ministro Mauricio Godinho Delgado

Ministro Augusto César Leite de Carvalho

## **Sétima Turma**

Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho, Presidente

Ministro Pedro Paulo Teixeira Manus

Ministra Delaíde Alves Miranda Arantes

## **Oitava Turma**

Ministro Carlos Alberto Reis de Paula, Presidente (Licenciado – Membro do CNJ)

Ministra Dora Maria da Costa

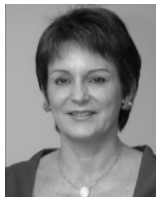
Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro

Desembargador Sebastião Geraldo de Oliveira (Convocado)

# Ministros do Tribunal Superior do Trabalho



JOÃO ORESTE DALAZEN  
Presidente



CRISTINA PEDUZZI  
Vice-Presidente



BARROS LEVENHAGEN  
Corregedor-Geral



MILTON DE MOURA FRANÇA



CARLOS ALBERTO



IVES GANDRA FILHO



BRITO PEREIRA



RENATO PAIVA



EMMANOEL PEREIRA



LELIO BENTES



ALOYSIO VEIGA



HORÁCIO SENNA  
PIRES



ROSA MARIA WEBER



VIEIRA DE MELLO  
FILHO



ALBERTO BRESCIANI



MARIA DE ASSIS  
CALSING



DORA COSTA



PEDRO PAULO MANUS



FERNANDO EIZO ONO



GUILHERME  
CAPUTO BASTOS



MARCIO EURICO  
VITRAL AMARO



WALMIR OLIVEIRA  
DA COSTA



MAURÍCIO GÓDINHO  
DELGADO



KÁTIA MAGALHÃES  
ARRUDA



AUGUSTO CÉSAR  
LEITE DE CARVALHO



JOSÉ ROBERTO  
FREIRE PIMENTA



DELAÍDE ALVES  
MIRANDA ARANTES



# Sumário

## EDIÇÃO COMEMORATIVA DOS 70 ANOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO

1. Setenta anos depois, uma nova Justiça do Trabalho  
*Estêvão Mallet* ..... 17
2. Quem é o homem-trabalhador, esse sujeito detentor de direitos sociais de que fala a Constituição, e o que significa dizer que ele tem dignidade?  
*Fábio Túlio Correia Ribeiro* ..... 33
3. Direitos humanos dos trabalhadores: perspectiva da análise a partir dos princípios internacionais do Direito do Trabalho e do Direito Previdenciário  
*Gabriela Neves Delgado*..... 59
4. Fundamentação constitucional do Direito Material Coletivo e do Direito Processual Coletivo: reflexões a partir da nova *summa divisio* adotada na Constituição Federal de 1988 (Título II, Capítulo I)  
*Gregório Assagra de Almeida e Luiz Philippe Vieira de Mello Neto* ..... 77
5. Normas constitucionais e relações privadas na experiência das cortes superiores brasileiras  
*Gustavo Tepedino*..... 98
6. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas: o caso da relação de emprego  
*Ipojucan Demétrius Vecchi* ..... 111
7. *Dumping* social ou delinquência patronal na relação de emprego?  
*José Augusto Rodrigues Pinto* ..... 136
8. A Constituição de 1988 e seu sistema especial de direitos fundamentais do trabalho  
*José Felipe Ledur* ..... 154
9. Embargos declaratórios: visão geral e prequestionamento no âmbito do Processo do Trabalho  
*Júlio Bernardo do Carmo* ..... 182

10. Eficácia temporal da revogação da jurisprudência consolidada dos tribunais superiores <i>Luiz Guilherme Marinoni</i> .....	223
11. Reflexões filosóficas sobre a neutralidade e imparcialidade no ato de julgar <i>Rodolfo Pamplona Filho e Charles Barbosa</i> .....	249
12. Direitos fundamentais, garantismo e Direito do Trabalho <i>Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da Silva</i> .....	274

#### NOTAS E COMENTÁRIOS

TST entrega Ordem do Mérito Judiciário do Trabalho.....	295
Ministro Carlos Alberto toma posse no CNJ .....	296
TST promove IV Encontro sobre Legislação Esportivo-Trabalhista....	297

---

**Edição comemorativa dos 70 anos  
da Justiça do Trabalho**

---





# SETENTA ANOS DEPOIS, UMA NOVA JUSTIÇA DO TRABALHO

Estêvão Mallet\*

## 1 – INTRODUÇÃO

**P**assados setenta anos desde sua instalação, ocorrida em 1º de maio de 1941, a Justiça do Trabalho hoje existente guarda muito pouca ou quase nenhuma semelhança com aquela estabelecida originalmente. Se todo o Poder Judiciário sofreu, no período, alterações, com extinção de alguns tribunais e criação de outros, além de mudanças nas regras sobre competência, em nenhum de seus segmentos terão sido elas tão amplas, importantes e significativas como as verificadas na Justiça do Trabalho. Foram a tal ponto abrangentes que não se afigura exagerado falar em algo completamente diferente, quer dizer, uma nova Justiça do Trabalho ou uma outra Justiça do Trabalho. Em poucas palavras, mudou a dimensão, mudou a estrutura, mudou a composição, mudou a competência, mudou a matéria tratada, mudaram os direitos discutidos e mudou o processo trabalhista, a justificar que se invoque Camões para lembrar: “Mudam-se os tempos, mudam-se as vontades, Muda-se o ser, muda-se a confiança; Todo o Mundo é composto de mudança, Tomando sempre novas qualidades”.

## 2 – NOVA DIMENSÃO

Surgiu a Justiça do Trabalho de modo bastante acanhado, com poucas unidades judiciárias, escassos recursos e limitados meios. Restringia-se a alguns juízos de primeiro grau, geralmente nas capitais dos Estados, distribuídos em oito Regiões, mal abrangendo pequena parte do território brasileiro, um Conselho Nacional do Trabalho, em 1946 com onze integrantes<sup>1</sup>, e Conselhos Regionais, cada um com apenas cinco membros<sup>2</sup>. Boa parte da jurisdição trabalhista

---

\* *Professor de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; conselheiro seccional da Ordem dos Advogados do Brasil, Secção de São Paulo; presidente do Conselho Curador da Escola Superior da Advocacia (ESA), da Ordem dos Advogados do Brasil, Secção de São Paulo; advogado.*

1 Cf. art. 693 da CLT, com a redação dada pelo Decreto-Lei nº 9.797, de 1946.

2 Cf. art. 13 do Decreto-Lei nº 1.237, de 1939.

em primeiro grau ficava a cargo, de início, da Justiça Comum Estadual. Ainda em Regiões antigas e movimentadas, como a Segunda, na década de oitenta encontravam-se municípios, inclusive próximos de grandes centros urbanos, com jurisdição trabalhista exercida por juízes de direito.

Hoje o quadro é outro. São mais de mil e trezentas Varas do Trabalho em funcionamento no país, organizadas em vinte e quatro Regiões, com o Tribunal Superior do Trabalho como órgão de superposição, integrado por 27 ministros. Há Tribunais Regionais com quase 100 membros, como o da Segunda Região<sup>3</sup>. Não existe mais no país localidade não compreendida na jurisdição da própria Justiça do Trabalho, sendo letra morta a regra do art. 668 da CLT.

Os quadros da Justiça do Trabalho acompanharam a ampliação verificada, ainda que estejam aquém das necessidades reais dos dias presentes. Em 1941 eram 33 os juízes do trabalho em todo o país, entre titulares e substitutos em primeiro grau, com mais de metade deles – 17 ao todo – concentrados apenas na Primeira Região<sup>4</sup>. Em 2009 o número havia crescido quase cem vezes, para chegar a aproximadamente 2.900. Uma única Região, que nem mesmo existia quando criada a Justiça do Trabalho, a Décima Quinta, tinha só ela, no mesmo ano de 2009, 371 magistrados<sup>5</sup>.

Também o número de processos examinados pela Justiça do Trabalho mudou significativamente. Cresceu de maneira exponencial e sem paralelo. Em 1941 haviam sido recebidos, ao todo, menos de 20.000 processos<sup>6</sup>. Vinte anos depois, em 1961, eram 176.000 os processos, quase dez vezes mais. No ano da promulgação da vigente Constituição, em 1988, chegou-se a um milhão de processos<sup>7</sup>, ou seja, cinquenta vezes mais. Em 2010, foram quase três milhões de processos, ou para ser preciso, 2.879.025<sup>8</sup>, com aumento de quase cento e cinquenta vezes em relação aos números de 1941. Apenas uma Região, a Segunda, recebeu, somente no ano de 2010, quase 320.000 processos<sup>9</sup>. Das 24 Regiões existentes, unicamente duas tiveram menos processos do que o número correspondente ao total de processos de toda a Justiça do Trabalho em 1941<sup>10</sup>. São cifras astronômicas, que mostram um crescimento surpreendente.

---

3 Cf. art. 1º da Lei nº 12.098, de 2009.

4 Dados colhidos na página do Tribunal Superior do Trabalho na *internet*. Cf. <<http://www.tst.jus.br/tst/iframe.php?url=http://www.tst.jus.br/Sseest/PESSOAL/VTjuz/indice.html>>. Acesso em: 03 maio 2011.

5 Cf. <<http://www.tst.jus.br/tst/iframe.php?url=http://www.tst.jus.br/Sseest/PESSOAL/VTjuz/indice.html>>. Acesso em: 03 maio 2011.

6 Cf. <<http://www.tst.jus.br/Sseest/JT1941/JT1941/JT1941.htm>>. Acesso em: 01 ago. 2011.

7 *Idem*, <<http://www.tst.jus.br/Sseest/JT1941/JT1941/JT1941.htm>>. Acesso em: 01 ago. 2011.

8 Cf. <<http://www.tst.jus.br/Sseest/JT1941/JT1941/JT1941.htm>>. Acesso em: 08 maio 2011.

9 Cf. <<http://www.tst.jus.br/Sseest/JT1941/VT1941/2010VT.html>>. Acesso em: 01 ago. 2011.

10 Foram a 20ª e a 22ª Regiões, conforme dados disponíveis em: <<http://www.tst.jus.br/Sseest/JT1941/VT1941/2010VT.html>>. Acesso em: 01 ago. 2011.

## 3 – NOVA ESTRUTURA

Mais importante do que a ampliação quantitativa é, porém, a alteração estrutural experimentada pela Justiça do Trabalho.

De início, estava ela vinculada ao Poder Executivo, sem integrar o Poder Judiciário. Era mencionada, na Constituição de 1937, no capítulo relativo à ordem econômica, não no dedicado ao Poder Judiciário. Caracterizava, no fundo, um apêndice do Poder Executivo. Nos termos do art. 139 da Constituição de 1937, à Justiça do Trabalho nem sequer se aplicavam as prerrogativas próprias da magistratura. Os seus integrantes, conforme os arts. 7º e 13 do Decreto-Lei nº 1.237, de 1939, eram livremente escolhidos pelo Presidente da República, sem concurso público. Entre os membros do Conselho Nacional do Trabalho, que deu origem ao Tribunal Superior do Trabalho, desde o início órgão superior da Justiça do Trabalho<sup>11</sup>, figuravam “funcionários do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio e das instituições de previdência social a este subordinadas”<sup>12</sup>.

Mais ainda, poderiam os presidentes das Juntas de Conciliação e Julgamento ser demitidos “por falta apurada pelo Conselho Nacional do Trabalho em inquérito administrativo, facultada, porém, a sua suspensão prévia pelo presidente do Conselho Regional”<sup>13</sup>. Como se não bastasse, a Consolidação das Leis do Trabalho previa a atuação do Conselho Nacional do Trabalho como “órgão consultivo do Governo em matéria de legislação social”<sup>14</sup>. Mencionava também a obrigação de o seu Presidente – e, depois, do Presidente do Tribunal Superior do Trabalho – prestar contas ao Poder Executivo, com elaboração anual e envio, ao Ministro do Trabalho, Indústria e Comércio, de “relatório das atividades do Tribunal e dos demais órgãos da Justiça do Trabalho”<sup>15</sup>.

A independência e a autonomia são atributos essenciais da jurisdição, no sentido pleno do vocábulo<sup>16</sup>. Consoante assinalado pelo Tribunal Constitucional de Portugal, “tribunais não-de ser visualizados como sendo só aqueles órgãos de soberania que, exercendo funções jurisdicionais, sejam suportados

11 Cf. art. 17 do Decreto-Lei nº 1.237, de 1939, e art. 690 da CLT, em sua redação original.

12 Art. 694, *caput*, da CLT, na sua redação original.

13 Art. 7º, parágrafo único.

14 Art. 690, parágrafo único.

15 CLT, art. 707, alínea *j*.

16 A propósito, Marcelo Rebelo de Souza, “Orgânica judicial, responsabilidade dos juizes e Tribunal Constitucional”, p. 8-9 *apud* Jorge Miranda, *Constituição portuguesa anotada*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, tomo III, p. 19-18.

por juízes que desfrutem totalmente de independência funcional e estatutária<sup>17</sup>. Não se poderia, no cenário antes descrito, tratar a Justiça do Trabalho da altura como verdadeiro órgão jurisdicional, a despeito da denominação pela qual era conhecida ou da ideia que em doutrina então se tinha<sup>18</sup>. Foi, aliás, o resultado propositalmente buscado quando de sua instituição, sob o argumento – cuja falsidade parece hoje evidente – de que a mentalidade judiciária seria inadequada para a solução dos conflitos trabalhistas<sup>19</sup>.

#### 4 – NOVA COMPOSIÇÃO

Também é deveras significativa a mudança relacionada com a composição dos órgãos da Justiça do Trabalho.

Desde o início foi a Justiça do Trabalho integrada pela participação de representantes de empregados e empregadores, em paridade de condições. Já o Decreto-Lei nº 1.237, de 1939, na linha da legislação antecedente<sup>20</sup>, impunha a presença, nas Juntas de Conciliação e Julgamento, de “dois vogais representando um os empregados e outro os empregadores”<sup>21</sup>. Mesmo após a integração da Justiça do Trabalho ao Poder Judiciário, com a Constituição de 1946, conforme art. 94, inciso V, permaneceu a composição classista, assegurada “a paridade de representação de empregados e empregadores” em todos os seus órgãos, nos termos do art. 112, § 5º, quadro mantido até pela Constituição de 1988.

Procurava-se justificar a representação classista com vários argumentos, entre os quais os bons resultados trazidos para a conciliação de litígios<sup>22</sup>, a infusão de respeito e confiança a empregados e empregadores na Justiça do Trabalho<sup>23</sup>, a abertura de espaço para a criação do “direito espontâneo surgido do convívio das atividades empresariais”<sup>24</sup>, bem como a satisfação das

17 Processo nº 286/90, acórdão nº 171/92, Rel. Bravo Serra, decisão de 06.05.92.

18 Pontes de Miranda. *Comentários à Constituição de 1967*. Rio de Janeiro: Forense, 1987. tomo IV, p. 270; Castro Nunes. *Teoria e prática do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 1943. p. 456.

19 Assim, expressamente, a manifestação de Levi Carneiro, em debate no Congresso Nacional, quando das discussões em torno da redação da Constituição de 1934 (cf. Theotônio Monteiro de Barros Filho. *Justiça do Trabalho*. São Paulo: RT, 1938. p. 69).

20 Cf. Ives Gandra da Silva Martins Filho. “Breve história da Justiça do Trabalho”. In: *História do trabalho, do Direito do Trabalho e da Justiça do Trabalho – Homenagem a Armando Casimiro Costa*. São Paulo: LTr, 1998. p. 177 e segs.

21 Art. 6º, alínea b.

22 Amauri Mascaro Nascimento, *Curso de direito processual do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 70.

23 Wilson de Souza Campos Batalha. *Tratado de direito judiciário do trabalho*. São Paulo: LTr, 1995. vol. I, p. 294.

24 Wilson de Souza Campos Batalha. *Tratado de direito judiciário do trabalho*, cit., p. 294.

“exigências renovadas do contexto socioeconômico-profissional”<sup>25</sup>. Para cada argumento havia uma resposta. Logo de saída, em termos gerais, caberia dizer que a procedência dos argumentos apresentados importaria, pela abrangência que ostentavam, a extensão da representação classista a todos os órgãos do Poder Judiciário, não se justificando a sua previsão tão somente no âmbito da Justiça do Trabalho. Afinal, a conciliação é hoje buscada em todos os ramos do Poder Judiciário, constituindo objeto de campanha promovida pelo Conselho Nacional de Justiça<sup>26</sup>. De igual modo, respeito e confiança devem ser atributos de todos os órgãos do Poder Judiciário, não de apenas parte dele. Por fim, a adaptação do direito legislado à realidade social – ideia que resume a proposição de criação de direito espontâneo e de respeito às exigências renovadas do contexto socioeconômico-profissional – deve ocorrer sempre tanto no âmbito do Direito do Trabalho como em outros setores como no Direito Comercial, no Direito Civil, especialmente em matéria de família etc. Nunca se pretendeu, porém, estender a representação classista à Justiça Comum Estadual ou aos demais ramos do Poder Judiciário.

Na verdade, a experiência não referendava os argumentos em favor da manutenção da representação classista. O êxito nas conciliações, pela intervenção dos classistas, nunca foi estatisticamente comprovado e parece não ter diminuído após o fim da representação paritária. Pesam mais na composição do litígio, com certeza, a eficiente atuação do magistrado responsável pela tentativa de conciliação e a situação econômica das partes envolvidas no litígio, especialmente a incapacidade econômica do empregado, a impedi-lo de aguardar longa tramitação do processo. A confiança no Poder Judiciário dependia e depende mais da independência e autonomia dos magistrados, de que decorre a liberdade decisória, do que da participação de classistas em seus órgãos. A criação do direito espontâneo e a adaptação das normas à realidade social – tarefa para a qual não há demonstração de contribuição significativa da representação classista – podem ser feitas por magistrados de carreira, nos limites da aplicação e da interpretação do direito, conforme art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. E a Justiça do Trabalho, mesmo após a extinção da representação classista, sempre se mostrou aberta às inovações e sensível às necessidades dos novos tempos. Não teve nenhuma dificuldade, por exemplo, para, a despeito da letra do art. 482, alínea *f*, da CLT, reconhecer

25 Wilson de Souza Campos Batalha. *Tratado de direito judiciário do trabalho*, cit., p. 295.

26 Cf. <<http://www.cnj.jus.br/campanhas-do-judiciario/conciliacao>>; acesso em 02.08.2011. Cf. também a Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010, do mesmo Conselho Nacional de Justiça (DeJT de 01.12.2010), que determina a criação, pelos tribunais, de núcleos permanentes de métodos consensuais de solução de conflitos.

o alcoolismo habitual como doença, não como falta suscetível de justificar a rescisão motivada do contrato de trabalho<sup>27</sup>. Não poucas vezes foi a Justiça do Trabalho pioneira em inovar, como se viu com a penhora eletrônica<sup>28</sup> e os leilões unificados, experiências exitosas, posteriormente levadas para outros ramos do Poder Judiciário<sup>29</sup>, a despeito da resistência que suscitaram<sup>30</sup>.

Ademais, mesmo em países em que presente a representação profissional e econômica em órgãos judiciais trabalhistas, nem sempre tem ela a largueza da que existia no Brasil. Não abrange todos os órgãos judicantes e não chega aos Tribunais de Apelação ou Tribunais Superiores. Fica confinada a órgãos específicos, com competência limitada. Em França, por exemplo, apenas nos juízos de primeiro grau, o *Conseil de Prud-hommes*, há os representantes classistas e só eles, sem participação de juizes togados<sup>31</sup>. Nos demais órgãos com competência para julgamento de questões trabalhistas, seja em grau originário de jurisdição, seja em grau recursal, como os *Tribunaux de Grande Instance*, as *Cours d'Appel* e a *Cour de Cassation*, encontram-se apenas magistrados togados, sem a presença de juizes leigos<sup>32</sup>. O mesmo cenário apresenta-se nos Cantões suíços francófonos (Genève, Vaud, Neuchâtel, etc.)<sup>33</sup>, tal como no Principado de Mônaco, com juizes leigos apenas em primeiro grau de jurisdição<sup>34</sup>.

Sem embargo dos inegáveis méritos pessoais de certos representantes classistas, com elevado preparo intelectual, bem como do empenho e da dedicação de outros, é certo que o instituto do vocalato tinha estreita relação com o modelo sindical fundado na legislação autoritária da década dos anos 30. Era uma forma de, ao lado de mais algumas estabelecidas pela regulamentação posta

27 Cf., sobre o problema, as decisões proferidas nos processos TST – SDI I, ED-E-RR nº 586320-51.1999.5.10.5555, Rel. Min. João Oreste Dalazen, j. 19.04.04 in DJU de 21.05.04; TST – 2ª T., AIRR e RR nº 813281-96.2001.5.02.5555, Rel. Min. José Luciano de Castilho Pereira, j. 23.08.06 in DJU de 22.09.06; TST – 1ª T., RR nº 186400-95.2004.5.03.0092, Rel. Min. Lelio Bentes Corrêa, j. 13.02.08 in DJU de 28.03.08; TST – 3ª T., RR nº 153000-73.2004.5.15.0022, Relª Minª Rosa Maria Weber, j. 21.10.09 in DJU de 06.11.09; TST – 8ª T., AIRR nº 34040-08.2008.5.10.0007, Relª Minª Dora Maria da Costa, j. 14.04.2010 in DJU de 16.04.2010 e TST – 6ª T., RR nº 130400-51.2007.5.09.0012, Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga, j. 16.02.2011 in DEJT de 25.02.2011.

28 Introduzida pelo Provimento nº 1, de 2003, da Corregedoria-Geral do Trabalho (DJU de 01.07.03).

29 Cf. art. 655-A do CPC, conforme redação decorrente da Lei nº 11.382, de 2006.

30 Lembre-se da alegação de inconstitucionalidade da penhora eletrônica, suscitada na ADIn nº 3.203-8, Rel. Min. Joaquim Barbosa, tendo como requerente a Confederação Nacional dos Transportes – CNT.

31 Cf. art. L. 1.421-1 do *Code du Travail* francês, *verbis*: “*Le conseil de prud’hommes est une juridiction électorale et paritaire. Il est composé, ainsi que ses différentes formations, d’un nombre égal de salariés et d’employeurs*”.

32 Cf. art. L.121-1, do *Code de l’organisation judiciaire*.

33 Jacques Villebrun e Guy-Patrice Quétant. *Les juridictions du travail en Europe*. Paris: LGDJ, 1992. p. 161.

34 Jacques Villebrun e Guy-Patrice Quétant. *Les juridictions du travail en Europe*, cit., p. 147 e segs.

em matéria coletiva – como o reconhecimento sindical pelo Estado, conjugado com a unicidade sindical, juntamente com as receitas garantidas por lei –, mediante nomeações realizadas pelo chefe do Poder Executivo, conquistar a adesão de dirigentes sindicais aos programas de ação do Governo, desviando-os da defesa dos interesses dos integrantes das categorias econômicas e profissionais. Algo que não contribuía para a desejável liberdade de ação dos sindicatos, a desenvolver-se sem vínculos com o Poder Público.

De qualquer sorte, com a Emenda Constitucional nº 24, extinguiu-se – após várias décadas de existência e depois de tantas Constituições que passaram pelo tema, sem o tocar – a representação classista. Com isso, não somente se eliminou um elemento criado no âmbito de modelo corporativo de organização sindical como se aproximou a Justiça do Trabalho dos demais ramos do Poder Judiciário, dando-lhe nova feição, nunca antes vista no Brasil, mais precisa do ponto de vista técnico e mais adequada ao exercício da função jurisdicional.

## 5 – NOVAS COMPETÊNCIAS

Também a competência da Justiça do Trabalho modificou-se ao longo dos últimos setenta anos. A evolução deu-se com a ininterrupta ampliação da competência dos órgãos judiciários trabalhistas, que absorveram causas antes afetas a outros ramos do Poder Judiciário.

No regime da Constituição de 1946 a Justiça do Trabalho julgava, essencialmente, apenas litígios entre “empregados e empregadores”<sup>35</sup>. O Tribunal Superior do Trabalho, conquanto concebido formalmente como órgão de cúpula, segundo já lembrado, atuava, na interpretação do direito federal, tal como jurisdição de passagem, diante da larga recorribilidade permitida para o Supremo Tribunal Federal, até mesmo em caso de mera divergência jurisprudencial ou ofensa à lei federal. Reapreciavam-se as decisões derradeiras da Justiça do Trabalho, por conseguinte, nos casos em que discutida simplesmente a interpretação do art. 444 da CLT<sup>36</sup>, ou a exigibilidade de indenização, quando cometida justa causa após a comunicação do aviso-prévio<sup>37</sup>. A impropriedade

35 Art. 123, *caput*.

36 Veja-se a ementa de acórdão do Supremo Tribunal Federal, de 1962: “Contrato de experiência. Interpretação do art. 444 da Consolidação das Leis do Trabalho. Recurso conhecido e provido.” (STF – 2ª T., RE nº 51.950, Rel. Min. Antonio Villas Boas, j. 04.12.62 in DJU de 14.06.63, p. 1.734).

37 Foi o que se fez, por exemplo, no RE nº 53.547, decidido em 1963. Na ementa do acórdão, com o qual se conheceu e deu provimento ao recurso extraordinário, consta: “Falta grave após o aviso-prévio. Reclamação trabalhista. Aviso-prévio. Empregado que comete falta grave depois de receber o aviso-prévio não perde o direito de ser indenizado, perdendo, apenas, o direito aos salários, após a data da falta cometida. Interpretação do art. 491 da CLT. Recurso extraordinário conhecido e provido.” (STF – 1ª T., RE nº 53.547, Rel. Min. Gonçalves de Oliveira, j. 04.11.63 in DJU de 05.03.64).



teórica do modelo, assinalada pela doutrina<sup>38</sup>, era evidente, mas apenas a Emenda Constitucional nº 16, de 1965, fez irreversíveis as decisões do Tribunal Superior do Trabalho, salvo se contrariada a Constituição, quando cabia recurso para o Supremo Tribunal Federal<sup>39</sup>. Tornou-se final a interpretação dada ao direito federal pela Justiça do Trabalho. Valorizou-se a jurisprudência trabalhista, especialmente a do Tribunal Superior do Trabalho, com alguns casos de abandono de diretrizes antes assentadas, como se viu, de maneira muito expressiva, no tocante ao recebimento, pelo praticista contratado por comissão, do descanso semanal remunerado<sup>40</sup>.

A Constituição de 1988 estendeu bastante a competência da Justiça do Trabalho, entre outros pontos, para os litígios envolvendo “entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta dos Municípios, do Distrito Federal, dos Estados e da União”, bem como para o “cumprimento de suas próprias sentenças”<sup>41</sup>. A Lei nº 8.984, de 1995, deu-lhe, outrossim competência para julgamento de processos relacionados com o cumprimento de convenções coletivas de trabalho ou acordos coletivos de trabalho, mesmo quando envolvidos sindicatos ou sindicato de trabalhadores e empregador.

Com a Emenda Constitucional nº 20, de 1998, passou a caber à Justiça do Trabalho executar também algumas contribuições sociais devidas por empregados e empregadores.

A Emenda Constitucional nº 45 foi muito além. Empreendeu o maior de todos os passos<sup>42</sup>. Se antes a Justiça do Trabalho era, em linhas gerais, a Justiça do contrato de trabalho, após a Emenda Constitucional nº 45 passou a ser a Justiça da relação de trabalho, observada a inconfundível distinção entre as duas figuras. Houve, é verdade, forte resistência ao reconhecimento dessa ampliação de competência. O próprio Supremo Tribunal Federal, contra a letra do novo art. 114, incisos I e VI, da Constituição e contra o espírito da Emenda Constitucional, em um primeiro momento não aceitou a competência da Justiça do Trabalho para exame das ações de responsabilidade civil decorrentes de dano

38 Cf., por exemplo, José Afonso da Silva, Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro, São Paulo, RT, 1963, nº 112, p. 254 e segs.

39 Art. 17 da Emenda Constitucional nº 16, que adicionou § 1º ao art. 122 da Constituição de 1946.

40 A Súmula nº 201 do Supremo Tribunal Federal, negava ao vendedor praticista, remunerado mediante comissão, o direito ao descanso semanal remunerado, direito reconhecido pela Súmula nº 27 do Tribunal Superior do Trabalho, editada em 1970.

41 Art. 114 da Constituição de 1988, em sua redação original.

42 Sobre o tema, cf. Grijalbo Fernandes Coutinho e Marcos Neves Fava. *Nova competência da Justiça do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2005, *passim*, e Grijalbo Fernandes Coutinho e Marcos Neves Fava. *Justiça do Trabalho: competência ampliada*. São Paulo: LTr, 2005, *passim*, bem como os artigos publicados na Revista do Tribunal Superior do Trabalho, vol. 71 – nº 1, jan./abr. 2005.

moral provocado por acidente de trabalho, ajuizadas por empregado em face de seu empregador. Invocou um suposto princípio da “unidade de convicção”, para afirmar ser competente a Justiça Comum Estadual<sup>43</sup>. Evidenciado o erro de julgamento, reconsiderou-se a primeira orientação firmada, para pouco tempo depois admitir, como tinha de ser, a competência da Justiça do Trabalho<sup>44</sup>. Também as ações propostas por herdeiros do empregado, por conta de direito próprio, de início não tiveram seu exame atribuído à Justiça do Trabalho<sup>45</sup>, conclusão que somente mais adiante se firmou<sup>46</sup>.

Aos poucos se reconheceu a ampliação da competência. Controvérsias entre trabalhadores e tomadores de serviço<sup>47</sup>, entre sindicatos, inclusive por conta de disputa de representação<sup>48</sup>, conflitos resultantes do exercício do direito de greve, mandados de segurança contra agentes de fiscalização do cumprimento

43 “Competência. Ação de indenização. Dano moral. Acidente do trabalho. Fato histórico único. Unidade de convicção. Feito da competência da Justiça Comum. Inteligência do art. 114, VI, da CF. Recurso provido. Votos vencidos. É da competência da Justiça Comum a ação de indenização por dano moral, quando o fato também qualifique acidente do trabalho.” (STF – Tribunal Pleno, RE nº 438.639/MG, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 09.03.05, DJe nº 043, divulg. em 05.03.09, public. em 06.03.09).

44 “Constitucional. Competência judicante em razão da matéria. Ação de indenização por danos morais e patrimoniais decorrentes de acidente do trabalho, proposta pelo empregado em face de seu (ex-)empregador. Competência da Justiça do Trabalho. Art. 114 da Magna Carta. Redação anterior e posterior à Emenda Constitucional nº 45/04. Evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (...). Numa primeira interpretação do inciso I do art. 109 da Carta de Outubro, o Supremo Tribunal Federal entendeu que as ações de indenização por danos morais e patrimoniais decorrentes de acidente do trabalho, ainda que movidas pelo empregado contra seu (ex-)empregador, eram da competência da Justiça comum dos Estados-membros. 2. Revisando a matéria, porém, o Plenário concluiu que a Lei Republicana de 1988 conferiu tal competência à Justiça do Trabalho. Seja porque o art. 114, já em sua redação originária, assim deixava transparecer, seja porque aquela primeira interpretação do mencionado inciso I do art. 109 estava, em boa verdade, influenciada pela jurisprudência que se firmou na Corte sob a égide das Constituições anteriores (...)” (STF – Tribunal Pleno, CC nº 7.204/MG, Rel. Min. Carlos Britto, j. 29.06.05 in DJU de 09.12.05, p. 5).

45 A propósito, Súmula nº 366 do Superior Tribunal de Justiça: “Compete à Justiça estadual processar e julgar ação indenizatória proposta por viúva e filhos de empregado falecido em acidente de trabalho”.

46 “O ajuizamento da ação de indenização pelos sucessores não altera a competência da Justiça especializada. A transferência do direito patrimonial em decorrência do óbito do empregado é irrelevante. Precedentes. [ED-RE nº 509.353, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 17.8.07; ED-RE nº 482.797, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe de 27.6.08 e ED-RE nº 541.755, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ de 7.3.08]. Conflito negativo de competência conhecido para declarar a competência da Justiça do Trabalho.” (STF – Tribunal Pleno, CC nº 7.545/SC, Rel. Min. Eros Grau, j. 03.06.09, DJe nº 152, divulg. em 13.08.09, pub. em 14.08.09).

47 “O profissional liberal que, na qualidade de pessoa física, se obriga a prestar determinado serviço ao contratante, estabelece típica relação de trabalho (Süssekind). Assim, de conformidade com o disposto no art. 114, inciso I, da Constituição Federal (EC nº 45/02) é competente a Justiça do Trabalho para processar e julgar as ações de cobrança de honorários de advogado ajuizadas pelos profissionais autônomos, porque são oriundas da relação de trabalho.” (TRT da 2ª R., 11ª T., Proc. RO nº 01581200604002009, Rel. Juiz Carlos Francisco Berardo, Ac. 20080037199, j. 29.01.08 in DOEletrônico 08.02.08).

48 Por exemplo, TST – 5ª T., RR – 79440-33.2008.5.10.0011, Rel. Min. João Batista Brito Pereira, j. 29.06.2011 in DEJT de 05.08.2011.

da legislação trabalhista<sup>49</sup>, ações de impugnação de autos de infração, entre outras, passaram a ser de competência da Justiça do Trabalho<sup>50</sup>. Questões que antes estavam muito distantes da Justiça do Trabalho também passaram a ser por ela examinadas e decididas, como interdito proibitório, voltado a impedir o bloqueio do acesso de empregados e mesmo de clientes ao estabelecimento da empresa<sup>51</sup> e ação de dirigente sindical, ajuizada em face do sindicato para o qual presta serviço<sup>52</sup>.

## 6 – NOVAS MATÉRIAS

A mudança da competência trouxe também a mudança das matérias examinadas pela Justiça do Trabalho. No início, era a Justiça de questões mais simples, como pedidos de pagamento de horas extras, de décimo terceiro salário, de FGTS ou, quando muito, de reconhecimento de contrato de trabalho não registrado. O rol do art. 652 da CLT, especialmente na alínea *a*, item II, não é gratuito. Não foi feito por acaso nem decorreu de mera elucubração. Ao contrário, ilustra bem as matérias mais comumente examinadas pela Justiça do Trabalho em sua origem: dissídios sobre “remuneração, férias e indenizações por motivo de rescisão do contrato individual de trabalho”.

Hoje as causas submetidas à Justiça do Trabalho tornaram-se muito mais complexas, intrincadas e difíceis. São ações resultantes de acidentes de trabalho e doenças profissionais, inclusive de caráter exclusivamente psicológico; ações sobre assédio moral e sexual; ações com pedidos cominatórios, para a não realização de certas atividades – como a proibição do exercício da função de provador

49 TRT da 2ª R., SDI, RO nº 12630200500002009, Relª Juíza Wilma Nogueira de Araujo Vaz da Silva, Ac. nº 2006002773 in DOE de 28.03.06.

50 Daí, por exemplo, o cancelamento da Orientação Jurisprudencial nº 4, da Seção de Dissídios Coletivos, do Tribunal Superior do Trabalho (“A disputa intersindical pela representatividade de certa categoria refoge ao âmbito da competência material da Justiça do Trabalho”), e da Súmula nº 4 do Superior Tribunal de Justiça (“Compete à Justiça Estadual julgar causa decorrente do processo eleitoral sindical”).

51 STF, Tribunal Pleno, RE nº 579.648/MG, Relª Minª Cármen Lúcia, j. 10.09.08 in DJe nº 43, divulg. em 05.03.09, pub. em 06.03.09. Interessante notar que, em 2000 – antes, portanto, da Emenda Constitucional nº 45 –, Valentin Carrion escrevia: “ações possessórias: não são da competência da Justiça do Trabalho, mesmo quando o objeto da ação tenha relação com a prestação laborativa” (*Comentários à CLT*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 637).

52 “Competência da Justiça do Trabalho. Art. 114 da Constituição Federal já reformulado pela Emenda 45. Dirigente sindical que presta serviços à entidade sindical, ainda que tenha sido eleito para representá-la, mantém vínculo de trabalho, mesmo que não de emprego. Além do que, todas as relações sindicais passaram a ser analisadas por esta Justiça. Assim, é competente esta Justiça do Trabalho para conhecer e julgar a lide, quer em face do que dispõe o art. 114, inciso I, da Carta Magna, quer em razão do inciso III do mesmo artigo. Recurso a que se dá provimento para declarar a competência.” (TRT da 2ª R., 8ª T., RO nº 00266200346202001, Rel. Juiz Antonio José Teixeira de Carvalho, Ac. nº 20050544076 in DOE de 30.08.05).

de cigarro<sup>53</sup> – ou para a proibição de adoção de certas formas contratuais; ações com pedido de tutela inibitória, como, por exemplo, proibição de adoção de determinados critérios para a seleção dos trabalhadores a serem admitidos<sup>54</sup>; ações relacionadas com a não celebração de contratos de trabalho ou com o descumprimento de promessa de contratação de trabalhadores ou, ainda, para impor a contratação de deficientes; ações relativas ao meio ambiente de trabalho, em suas mais diferentes manifestações; ações voltadas a impedir a prestação de serviço por trabalhadores vinculados a cláusulas de não competição; ações pela perda de uma chance pré-contratual, contratual e pós-contratual<sup>55</sup>; ações revisionais, decorrentes da mudança do quadro fático existente ao tempo em que proferida a condenação, em caso de relação jurídica continuativa<sup>56</sup>; ações para a tutela da intimidade dos trabalhadores<sup>57</sup>, além de outras.

## 7 – NOVOS DIREITOS

Até a natureza dos direitos discutidos na Justiça do Trabalho mudou. No início eram quase sempre de ordem estritamente patrimonial. Créditos devidos ao empregado, por conta dos serviços prestados, não satisfeitos oportunamente pelo empregador. Importava apenas o aspecto pecuniário da relação de traba-

- 
- 53 É o pedido deduzido no processo nº 120300-89.2003.5.01.0015, acolhido pela 3ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, com voto do Ministro Pedro Paulo Manus, em cujo acórdão consta, em uma passagem da ementa: “A decisão regional deve ser mantida, no sentido de obstar a utilização de empregados para a medição da qualidade dos cigarros produzidos, porquanto irremediavelmente lesiva a aludida atividade laboral. No confronto com o princípio da livre iniciativa privada, prepondera o direito fundamental à saúde.” (TST – 3ª T., Proc. RR nº 120300-89.2003.5.01.0015, Rel. Min. Pedro Paulo Manus, j. 24.11.2010 in DEJT de 03.12.2010).
- 54 É a matéria em discussão no processo TST-RR-142040-87.2000.5.01.0022, em que a 1ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho reconheceu, em voto do Ministro Vieira de Mello Filho, o cabimento de ação civil pública e a legitimidade do Ministério Público do Trabalho para questionar critérios de edital com oferta de empregos em sociedade de economia mista (cf. julgamento de 08.06.2011 in DEJT de 17.06.2011).
- 55 É obrigatória a referência, no particular, ao texto, ainda inédito, de Flávio da Costa Higa, “A perda de uma chance no Direito do Trabalho”, redigido e defendido como dissertação de mestrado na Universidade de São Paulo (São Paulo, 2011, *passim*), no qual se encontra compreensivo estudo do assunto, com indicação de vários precedentes jurisprudenciais.
- 56 A propósito, Antonio Galvão Peres e Luiz Carlos Amorin Robortella. Ação revisional e meio ambiente do trabalho: a coisa julgada em face das alterações de fato ou de direito. In: *O direito material e processual do trabalho dos novos tempos* – Estudos em homenagem ao Professor Estêvão Mallet. São Paulo: LTr, 2009. p. 38-49.
- 57 Confira-se, a propósito, o seguinte precedente: “A divulgação, pela empresa, de lista nominal, contendo a remuneração específica de cada empregado implica difusão abusiva de dados pessoais dos trabalhadores, violando o direito à intimidade, porquanto extrapola a determinação contida no art. 39, § 6º, da CF, que admite, tão somente, a publicação dos valores destinados aos cargos e empregos públicos sem individualização dos titulares.” (TST – 6ª T., AIRR nº 340041-22.2007.5.09.0322, Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado in DEJT de 25.02.2011).

lho, como se o contrato de trabalho tivesse apenas relevância imediatamente econômica ou monetária. Eis o motivo para a CLT considerar tudo – ou quase tudo – sob o prisma da tutela condenatória, de obrigação de pagar, sem tratar, de modo expresso, de obrigações de fazer ou de não fazer, ou mesmo de decisões de natureza declaratória, constitutiva ou mandamental, aceita a existência dessa última classe.

Na atualidade, no entanto, encontram-se cada vez mais pedidos decorrentes de direitos de natureza não patrimonial, ligados à pessoa do trabalhador ou do empregador pessoa natural. Ações para proteger a imagem ou o nome do empregado ou, se for o caso, do tomador de serviço, seja para proibir o seu uso não autorizado, seja para indenizar o prejudicado pelo uso indevido, já não soam como algo inusitado ou fora do comum. Em mais de uma oportunidade o Tribunal Superior do Trabalho teve de examinar a licitude do uso indevido do nome e da imagem do trabalhador<sup>58</sup>.

A própria indenização, por conta de dano de ordem moral, inclusive dano moral coletivo, é moeda corrente na jurisprudência<sup>59</sup>, além de tema constante em doutrina<sup>60</sup>. A mudança, em si marcante, adquire mais significado quando se nota que o dano moral era, no campo trabalhista, figura até bem pouco tempo por completo ignorada em doutrina, mesmo pelos melhores e mais profundos

58 Vejam-se as seguintes decisões do Tribunal Superior do Trabalho: “Dano moral. Indenização. Uso indevido do nome do reclamante na lista do corpo docente da instituição educacional. Nexa causal. O Tribunal Regional, valorando as provas produzidas nos autos, reconheceu que a reclamada usou indevidamente o nome do reclamante e sua titulação para angariar o reconhecimento de seu curso de Direito pelo Conselho Estadual de Educação como se ainda pertencesse a seu quadro docente. Nesse contexto, configurados os pressupostos legais da responsabilidade civil subjetiva e a obrigação de compensar o prejuízo moral sofrido pelo autor, não se reconhece a violação da literalidade dos arts. 159 do CCB/1916, 186 e 927 do CCB/02 e 333 do CPC. Decisão agravada que se mantém. Agravo de instrumento a que se nega provimento.” (TST – 1ª T., AI-RR nº 23040-83.2006.5.03.0101, Rel. Min. Walmir Oliveira da Costa, j. 28.04.2010 in DEJT de 07.05.2010) e “Indenização pelo uso indevido da imagem e titulação. Restou evidenciado que, mesmo após o encerramento da relação de emprego, a reclamada continuou expondo o nome e a titulação da reclamante em seu sítio da rede mundial de computadores, indicando a autora como coordenadora de curso superior. A utilização da imagem ocorreu sem a autorização da reclamante e sem qualquer contrapartida, o que não encontra amparo na Constituição da República, que dispõe serem “invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (art. 5º, X). Não conhecido.” (TST – 5ª T., RR nº 30900-81.2007.5.03.0140, Rel. Min. Emmanoel Pereira, j. 07.04.2010 in DEJT de 16.04.2010).

59 Cite-se, como exemplo, a decisão tomada no processo TST-RR-103600-95.2006.5.17.0012, pela 1ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, com voto do Min. Emmanoel Pereira, j. 08.06.2011, DEJT de 16.06.2011, em caso de discriminação na admissão de trabalhadores que ajuizaram ação trabalhista, com deferimento de dano moral coletivo.

60 Cf. os vários artigos sobre o tema do dano moral publicados na Revista do Tribunal Superior do Trabalho, vol. 73 – nº 2. abr./jun. 2007.

tratadistas<sup>61</sup>, e não se encontravam, no final dos anos 80, precedentes de condenações nos arestos dos tribunais do trabalho<sup>62</sup>.

## 8 – NOVO PROCESSO

Com as novas matérias examinadas pela Justiça do Trabalho e os novos pedidos que passaram a ser deduzidos, o processo e o procedimento previstos na legislação trabalhista, especialmente na CLT, tornaram-se insuficientes. Apequenaram-se, diante da grandeza das questões submetidas a julgamento. O propósito, legítimo e justificável no passado, de simplificar ao máximo o procedimento trabalhista, com previsão praticamente de apenas um – e não de vários, como se dava e ainda se dá no processo civil –, a fim de permitir o seu manuseio por leigos, desprovidos de conhecimento técnico, ficou suplantado pela crescente sofisticação dos litígios trabalhistas.

Se, para a ação mais singela, voltada a reclamar tão somente o pagamento de salários atrasados ou do décimo terceiro salário, bons serviços presta o procedimento concentrado e oral dos arts. 837 e seguintes da CLT, com quase todos os atos praticados em uma única audiência – excetuadas, naturalmente, a distribuição da petição inicial e a citação –, o mesmo não ocorre no caso de ação civil pública ou de ação com litisconsórcio ativo e passivo, quando verificada a denúncia da lide e evidenciada a necessidade de realização de prova pericial, para a apreciação de complexa questão de fato e intrincada matéria de direito. Tampouco se pode, para a tutela da imagem ou da intimidade do empregado, exposta indevidamente pelo empregador, aguardar a realização da audiência, designada algumas vezes com significativo lapso de tempo, por conta das pautas sobrecarregadas, quando então tomará o juiz conhecimento do pedido. Torna-se impostergável, por consequência, a utilização de tutelas de urgência, praticamente ignoradas pelo legislador da CLT, com as ressalvas do inútil inciso IX do art. 659 e do indevidamente restritivo inciso X do mesmo preceito.

Novas lides, com características próprias, reclamam novos processos e novos procedimentos. Na verdade, o procedimento deve levar em conta as peculiaridades do direito reclamado, de modo a que se conforme com as “esi-

61 Evaristo de Moraes Filho (*Introdução ao Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1993.), Mozart Victor Russomano (*Curso de Direito do Trabalho*. Curitiba: Juruá, 1999) e Octavio Bueno Magano (*Manual de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, vols. I a IV), a despeito do inegável mérito das obras que redigiram, não tratam do dano moral. Não dedicam nenhum espaço ao assunto.

62 O conhecido *Dicionário de decisões trabalhistas*, de B. Calheiros Bomfim e Silvério dos Santos (Rio de Janeiro, Edições Trabalhistas), usado, por largo tempo, como referência, em sua edição de 1989, por exemplo, não registra nenhum julgado relativo a indenização por dano moral.

*genze della lite*”, para utilizar a expressão de Carnelutti<sup>63</sup>, sob pena de criar-se sério obstáculo para o acesso efetivo à tutela jurisdicional. Nas palavras de Proto Pisani, o processo e o procedimento previstos em lei hão de “*fornire una tutela giurisdizionale adeguata alle situazioni di vantaggio affermate a livello di diritto sostanziale*”<sup>64</sup>. Pretender regular de modo uniforme todas as ações, com um único procedimento, oferece o grande inconveniente – sublinhado no relatório do Código de Processo Civil italiano – de não permitir satisfazer simultaneamente “*la esigenza di accurate ed esaurienti indagini, che è specialmente sentita in certe cause più complicate e difficili, e la esigenza di pronta risoluzione, che prevale nelle cause più semplice e urgenti*”<sup>65</sup>.

Daí a inevitável importação, pelo processo do trabalho, de processos e procedimentos não previstos na CLT<sup>66</sup>, alguns criados no Direito Comum, sem exposto amparo legal, como a exceção de pré-executividade<sup>67</sup>. Até audiências públicas, nunca antes vistas na Justiça do Trabalho, são agora utilizadas, com fundamento em previsão recentemente inserida no Regimento Interno do Tribunal Superior do Trabalho<sup>68</sup>, a partir da exitosa experiência desenvolvida pelo Supremo Tribunal Federal, especialmente no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade. Mais uma prova da complexidade das questões resolvidas pela Justiça do Trabalho, a tornar conveniente a ampliação dos meios para a colheita de subsídios para os julgamentos.

Hoje parecem bizantinas certas discussões que no passado travaram-se, com tanto ardor, sobre o cabimento de determinadas ações, especiais ou não, recursos ou meios de reação, na Justiça do Trabalho. Como, por exemplo, lançar dúvida, conforme se viu em dada altura, em torno da utilização do recurso

---

63 *Diritto e processo*, Napoli, Morano, 1958, nº 97, p. 156. Aqui Carnelutti invoca a analogia entre o Direito e a medicina, para escrever, de modo bastante expressivo: “*Le liti sono diverse una dall'altra come le malattie; né alcun medico penserebbe a prescrivere per tutti i malati lo stesso metodo di cura.*” (*idem*, p. 156-157).

64 *Appunti sulla giustizia civile*, Bari, Cacucci, 1982, p. 14-15.

65 *Apud* Calamandrei, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Padova, CEDAM, 1943, I, § 53, p. 196.

66 Bem expressiva é, no caso, a Instrução Normativa nº 27, do Tribunal Superior do Trabalho, que menciona, entre outras ações, a *habeas corpus*, *habeas data*, ação cautelar e ação de consignação em pagamento (art. 1º).

67 Sobre o tema, com indicação de vários precedentes, Estêvão Mallet, Oposição à execução fora dos embargos e sem garantia de juízo, Revista LTR, São Paulo, 2002, v. 66, nº 7, p. 801-810. Lembre-se, ainda, a Súmula nº 397, do Tribunal Superior do Trabalho, a admitir expressamente a exceção de pré-executividade no processo do trabalho, para impugnar execução, quando modificada a cláusula normativa em que se fundou a condenação firmada em ação de cumprimento.

68 Ato Regimental nº 1, de 24 de maio de 2011 in DEJT nº 738, de 27.05.2011.



extraordinário ou do mandado de segurança no processo do trabalho<sup>69</sup>? Como afastar a pertinência do recurso adesivo em causa trabalhista<sup>70</sup>, forma de interposição de recursos afinada com a economia processual e por isso aceita, no processo do trabalho, com tranquilidade, em outros sistemas jurídicos, ainda quando ausente previsão legal expressa<sup>71</sup>? Como imaginar a impossibilidade de utilização, em litígio processado pela Justiça do Trabalho, de reconvenção? Será ainda admissível negar o cabimento de ação declaratória incidental em lide trabalhista, sob o argumento da maior abrangência da coisa julgada, compreensiva das relações prejudiciais<sup>72</sup>? Proscrever a ação rescisória no processo do trabalho, por conta de interpretação literal e estrita do art. 836 da CLT, em sua redação original, antes do advento do Decreto-Lei nº 229, de 1967, na linha de precedentes dos anos quarenta do Conselho Nacional do Trabalho<sup>73</sup>, é inconcebível. Nos feitos examinados pela Justiça do Trabalho também se configuram as causas de rescindibilidade do art. 485 do CPC, e a hostilidade à ação rescisória, como mostrou Pontes de Miranda, não contribui para a melhor distribuição da justiça<sup>74</sup>. Os excessos – e os há, certamente, transformada que foi a ação rescisória trabalhista na impugnação que se segue ao esgotamento de todas as outras – combatem-se por meios diferentes, como as sanções por litigância de má-fé e os ônus financeiros, como aquele criado pela Lei nº 11.495, de 2007.

## 9 – CONCLUSÃO

Em período relativamente curto de tempo, ao menos em termos históricos – apenas sete décadas –, sofreu a Justiça do Trabalho modificações variadas, abrangentes e significativas. Em rigor, pouco há de comum entre a

69 Araujo Castro discutiu a pertinência do recurso extraordinário e do mandado de segurança no processo do trabalho e só aceitou o cabimento do último, não do primeiro (*Justiça do Trabalho*. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1941. p. 86 a 89).

70 Era a tese proposta por alguma doutrina, como, por exemplo, Manoel Antonio Teixeira Filho em *Sistema dos recursos trabalhistas*. São Paulo: LTr, 1993. p. 424.

71 Em Portugal, o recurso adesivo, sob a denominação – muito mais adequada – de recurso subordinado, veio a ser previsto apenas no Código de Processo do Trabalho de 1999. Sem embargo, era pacífica a aceitação de tal forma de interposição de recursos trabalhistas antes, ao tempo do Código de Processo do Trabalho de 1981, omissivo no particular, como indica a doutrina (cf. Abílio Neto, *Código de Processo do Trabalho*, Lisboa, Ediforum, 2000, p. 147).

72 Assim Coqueijo Costa, *Direito processual do trabalho*, Rio de Janeiro, Forense, 1884, nº 69, p.98 e segs. Valetin Carrion, que rejeitava a declaração incidente trabalhista, reviu sua conclusão, para admiti-la (*Comentários à CLT*, cit., p. 630).

73 Para indicação de tais precedentes, cf. Pontes de Miranda. *Tratado da ação rescisória das sentenças e de outras decisões*. Rio de Janeiro: Forense, 1976. § 17, p. 148-149.

74 *Tratado da ação rescisória das sentenças e de outras decisões*, cit., § 17, p. 149.



## 70 ANOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO

Justiça do Trabalho de 1941 e a Justiça do Trabalho de 2011. São, no fundo, duas Justiças muito diferentes. Louis Aragon notou que “c’est par le travail que l’homme se transforme”. Diversamente, também o passar do tempo transforma as instituições ligadas ao trabalho e a Justiça do Trabalho não escapou de transformar-se. Cresceu, organizou-se melhor, adquiriu maior independência e ganhou mais importância. Quem quiser conhecer o Poder Judiciário brasileiro da atualidade ou sobre ele falar terá, forçosamente, de se debruçar sobre a Justiça do Trabalho, sob pena de, não o fazendo, omitir parte relevante da verdade.

# QUEM É O HOMEM-TRABALHADOR, ESSE SUJEITO DETENTOR DE DIREITOS SOCIAIS DE QUE FALA A CONSTITUIÇÃO, E O QUE SIGNIFICA DIZER QUE ELE TEM DIGNIDADE?

Fábio Túlio Correia Ribeiro\*

“Os deuses haviam condenado Sísifo a empurrar sem cessar uma pedra até o cume de uma montanha, de onde a pedra voltaria a cair por seu próprio peso. Haviam pensado com algum fundamento que não há castigo mais terrível que o trabalho inútil e sem esperança.” (Albert Camus, *O mito de Sísifo*)<sup>1</sup>

## 1 – O DIREITO COMO PRODUTO DO EMBATE DAS FORÇAS SOCIAIS ANTAGÔNICAS: ANÁLISE DA POSTURA DOGMÁTICA

Antes de começar propriamente a análise do problema proposto, é imprescindível deixar estabelecidas algumas premissas acerca da nossa visão do Homem e do Direito, que vemos como inevitáveis para uma discussão consequente de qualquer tema jurídico, não obstante alguns juristas insistam em fazer abordagens puristas de sua disciplina, como se os assuntos humanos pudessem ser solucionados a partir de uma crítica meramente ideal, desligada da perspectiva histórica e ético-política que está na base de todos os embates sociais.

Esta é uma verdade inquestionável para nós: não há direitos concedidos, somente existem direitos conquistados<sup>2</sup>. Verdade ainda maior, particularmente,

---

\* Desembargador Federal do Trabalho.

1 CAMUS, A., *O mito de Sísifo*. Rio de Janeiro: Record, 2004. p. 5.

2 Carvalho afirma que Vargas *concedeu* direitos a classe trabalhadora, assim como cooptou sindicatos. E, na perspectiva do referido historiador, essa postura afetou a qualidade da cidadania brasileira comparativamente à inglesa, por exemplo, em cuja sociedade os direitos foram efetivamente conquistados pela classe obreira organizada. Para ele, uma cidadania plena, que incluía a um só tempo liberdade, participação e igualdade para todos os membros do corpo social, é um ideal eminentemente ocidental

quanto aos direitos sociais laborais, estratificados, em todos os tempos e em todas as latitudes, ao custo altíssimo da organização das classes obreiras e do embate duríssimo entre duas forças sociais historicamente antagonicas: os detentores dos meios de produção e os sem-posse<sup>3</sup>.

Os problemas humanos e suas respectivas soluções não se guiam por uma lógica moral transcendental, por uma espécie de ética kantiana iluminada que, operando no nível das consciências individuais, determina qual é o melhor caminho a trilhar tendo como norte o bem comum. Ao contrário, os direitos são geralmente – em especial no caso das conquistas operárias – produto do interesse que move as pessoas e, certamente, do choque e da confrontação que isto provoca.

---

e, no seu modo de entender, inalcançável. Nada obstante, tal ideal tem servido de referência ética para a análise da qualidade de vida e do grau de excelência da cidadania de cada país. Na Inglaterra, *verbi gratia*, surgiram primeiro os direitos civis, no século XVIII; depois os direitos políticos, no século XIX e, ao cabo, no século XX, os direitos sociais. De acordo com Marshall, esta sequência é não apenas cronológica, mas também lógica. A explicação é evidente: é que, com o exercício dos direitos civis, das liberdades civis, os cidadãos ingleses passaram a reivindicar o direito de votar, de intervir nos assuntos públicos, participando efetivamente do governo do país. Essa intervenção popular tornou possível a eleição de operários para o exercício do poder legislativo e, obviamente, tornou viável, igualmente, a criação do Partido Operário, os quais foram exatamente os responsáveis pela introdução dos direitos sociais na pauta política anglo-saxônica. A conclusão inarredável que surge daí é que a sequência com que os direitos vão-se incorporando à consciência jurídico-política sugere que a própria ideia de direito tal qual a conhecemos e, pois, de cidadania, é um fenômeno marcadamente histórico. Por força desta evidente razão, há diferenças significativas entre a qualidade da cidadania entre os diversos povos, porque uma alteração na cronologia lógica dos direitos afeta de modo visceral a natureza da cidadania em questão. Desse modo, quando se trata de um cidadão inglês, ou americano, ou brasileiro, ou ainda espanhol, não se está referindo propriamente a mesma coisa, haja vista que em alguns países o Estado teve mais importância que em outros na conformação da estrutura orgânica dos direitos e, sendo assim, o processo de disseminação dos direitos ocorreu basicamente a partir da ação estatal. Em outros países, contrariamente, tal conformação foi produto principalmente da ação dos agentes privados, ou seja, dos cidadãos. In: CARVALHO, J. M. de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007. p. 9-12. Sobre a importância do Iluminismo inglês no sistema de direitos anglo-saxão, veja-se: PÁRAMO ARGÜELLES, J. R. de. “La Ilustración Británica”. In: *Historia de los derechos fundamentales*. Francisco Javier Ansuátegui Roig y José Manuel Rodríguez Uribe (Coords.). v. 2, t. 1, 1998. p. 251-308.

- 3 Sobre o tema, *vid.*: MARX, K.; ENGELS, F. *Manifesto do Partido Comunista, 1948*. Tradução de Sueli Tomazine Barros Cassal. Porto Alegre: L&PM Pocket, 2007. p. 23: A história social é precisamente a história das lutas de classes. Homem livre e escravo, patricio e plebeu, senhor e servo, mestre e aprendiz, enfim, opressores e oprimidos sempre estiveram em perene oposição; sempre estiveram empenhados em uma luta voraz, ora velada, ora aberta, que conduziu a uma transformação revolucionária de toda a sociedade ou ao aniquilamento das classes em luta... A sociedade burguesa moderna, oriunda do quebrantamento da sociedade feudal, não suprimiu a oposição de classes. Limitou-se a substituir as antigas classes por novas classes, por novas condições de opressão, por novas formas de luta; *vid.* também: PROUDHON, P. J. *A propriedade é um roubo e outros escritos anarquistas*. Seleção e notas de Daniel Guérin. Tradução de Suely Bastos. v. 84. Porto Alegre: L&PM Pocket, 1997. p. 69: Por toda parte em que se pretendeu de fato, organicamente, estas três coisas, o capital, o trabalho e o talento, o trabalhador foi escravizado: ele se chamou alternativamente escravo, servo, pária, plebeu, proletário; o capital foi explorador: chamou-se, ora patricio ou nobre, ora proprietário ou burguês.

Seguindo essa linha, para além de outros que não cabe mencionar aqui – considerando os objetivos estreitos do estudo – interesse e confrontação constituem, a nosso ver, o binômio da realidade social que não é dado ao jurista desconhecer, sob pena de fazer interpretação equivocada do objeto de sua disciplina, tão pura como inútil; tão romântica como irreal; tão perfeita (idealmente) quanto precária (concretamente)<sup>4</sup>.

A comunidade social de homens livres não é o resultado do pacto racional de cavalheiros moralmente nobres, senão o produto possível da acomodação de interesses diversos, os mais variados, de sujeitos que são racionais, seguramente, mas também que são passionais, sujeitos, queremos dizer, com todas as virtudes e com todos os vícios tão próprios do humano. Tal se dá porque, sejamos quem sejamos, todo agrupamento comunitário é o produto do resultado das forças sociais materiais que operam em seu interior.

Dissemos tudo isso para deixar assentada nossa posição muito claramente e rechaçar, com veemência, as visões excessivamente acadêmicas do fenômeno jurídico, que fazem *tabula rasa* do contexto histórico e ignoram que o Direito é, parece-nos, em essência, técnica de solução de conflitos sociais<sup>5</sup>.

Isso dito, cabe sustentar, dando um passo adiante, que nunca o reconhecimento dos direitos sociais, particularmente dos direitos trabalhistas, foi uma verdade axiomática, menos ainda a afirmação de sua dimensão fundamental o

4 Certamente, não negamos a harmonia e os valores de solidariedade que estão presentes na constituição da comunidade social, no entanto, isso não é objeto de nossa atenção no particular diante da perspectiva que queremos sustentar.

5 A lição da doutrina é preciosa: “¿Debe una democracia constitucional tomar en cuenta las preferencias como base de sus decisiones políticas? La teoría pluralista de la democracia ha considerado las preferencias como variables exógenas, y ha sostenido que la democracia constitucional debe tenerlas en cuenta como base de la acción política. Este argumento ha venido respaldado por la moderna teoría económica, dominada por una concepción del bienestar que se fundamenta en la satisfacción de las preferencias reveladas. Por cierto, como señala Sunstein, es de destacar que los grandes teóricos del liberalismo del siglo XIX y XX siempre rechazaron el punto de vista de que la satisfacción de las preferencias existentes es adecuada para los propósitos de la ética y la política... Pero a pesar de estas discrepancias se puede decir que la política, el derecho y la economía contemporánea tiene en cuenta las preferencias reveladas como la base de las decisiones políticas en las modernas democracias constitucionales. Y sin embargo, parece que esto no es una justificación suficiente. Las democracias toman y deben tomar las preferencias privadas como objeto de regulación y control, y, a pesar de los riesgos que esto conlleva, se debe hacer en función del bienestar y de la autonomía, y no sólo en virtud del principio del daño. Claro está que este proceso está sometido a reglas y constreñido por los derechos, pero esto es una justificación independiente de las preferencias personales exógenas: cuando las preferencias están en función de las reglas jurídicas, las reglas no pueden justificarse por referencia a las preferencias. Sunstein ha criticado la idea de que las democracias deben tener en cuenta las preferencias de sus ciudadanos como algo dado, algo que debe ser satisfecho de modo tan extenso como sea posible.” PÁRAMO ARGÜELLES, J. R. de. “Democracia, preferencias y negociación: el foro y el mercado”. In: *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº 2, (1999), (Ejemplar dedicado a: Ponencias y Comunicaciones de la XVII Jornadas de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, Valencia, 15 y 16 de abril de 1999). Disponível em: <<http://www.uv.es/CEFD/2/paramo.html>>. Acesso em: 05 jul. 2008.

foi. Perceba-se, ao revés, que o reconhecimento dos direitos sociais como direitos fundamentais em diversas cartas constitucionais e até mesmo supranacionais de declaração de direitos, que agora constatamos, não é, por suposto, produto de uma evolução teórica da disciplina jurídica nem, tampouco, resultado natural do devir histórico; não é, também, resultado da razão prática.

A batalha travada para a consagração dos direitos sociais foi, e continua sendo, uma batalha levada a cabo no cenário da História, no qual esgrimem suas reivindicações – não raramente até a fronteira de suas potências –, as forças vivas da sociedade. De um lado, os integrantes das camadas privilegiadas, para os quais falar de direitos sociais seria uma afetação desnecessária que colocaria em risco a ordem jurídica; do outro, o imenso contingente humano de depauperados, excluído do gozo proporcionado pelo avanço do processo civilizador, que aspirava (e segue aspirando) ao alcance de mudança da ordem jurídica vigente. Claro está, destarte, que o aludido reconhecimento é, em seu cerne, não uma dádiva, senão uma conquista derivada da luta política.

Falando claramente e sem rodeios, os direitos sociais trabalhistas são uma *vitória parcial* alcançada a custo altíssimo pelos trabalhadores. Se dizemos *vitória*, é porque resultou não de concessões gentilmente feitas pelos patrões em virtude de nobres sentimentos morais superiores, antes porque derivou de conquistas alcançadas mediante a organização operária. Se dizemos *parcial*, por outro lado, é porque elas – as conquistas sociais – representaram e representam, ainda nos dias de hoje, apenas uma parcela das aspirações obreiras. Assim nos parece que é, e assim nos parece que não pode ser diferente, uma vez que não é possível estancar, de uma vez e para sempre, os conflitos sociais nem, menos ainda, o fim da História parece um horizonte próximo, diferente do que foi anunciado há alguns anos.

Como resultado das considerações anteriores, duas são as premissas que estão na base de nosso pensamento acerca das conquistas obreiras no campo dos direitos sociais e, especialmente, dos direitos trabalhistas, seja levando-se em conta os momentos iniciais do surgimento do Direito do Trabalho, seja posteriormente, em seu desenvolvimento, processo aberto e em curso. Por uma parte, a percepção de que existe, no modo capitalista de produção, uma espécie de racionalização industrial, que atua para manter a ordem do sistema e sua capacidade de adequação aos câmbios sociais, de tal forma que ele se metamorfoseia para permanecer vivo.<sup>6</sup> E, com o objetivo de se manter vivo,

6 Veja-se a propósito do tema: RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M. “Constitución, derechos fundamentales y contrato de trabajo”. In: *Relaciones Laborales*, nº 1, Editora La Ley, 1996, p. 19-20, *in verbis*: “La racionalidad económica no es el único factor de legitimación de las decisiones empresariales cuando éstas afectan a derechos fundamentales del trabajador no solamente como productor,

faz, inclusive, concessões na medida certa, e apenas nela, para alcançar tal propósito. A luta operária é elemento central de qualquer conquista social<sup>7</sup>.

De outra parte, não se pode esquecer a ideia, tão própria da civilização ocidental, do homem como sujeito individual, como unidade de valor moral; isto é, o individualismo como conceito que está na base de nossa cultura. Esta visão de mundo constitui o *leit motiv* do princípio da dignidade humana<sup>8</sup>.

## 2 – A RACIONALIZAÇÃO INDUSTRIAL E SEU MODO DE ENCARAR O SUJEITO TRABALHADOR: A VISÃO MECANICISTA

Como tem sido defendido com bastante propriedade e agudo atilamento histórico<sup>9</sup>, é insofismável que a industrialização começou por considerar o

sino como persona. También es necesaria la búsqueda de pautas para medir la adaptabilidad de los poderes empresariales frente a un núcleo de intereses avalados constitucionalmente que es obligatorio se abran paso en la dinámica del contrato porque son tan propios y esenciales para el trabajador como la libertad sindical o la huelga... La palabra clave, ‘modalización’, no se predica sólo de los derechos fundamentales del trabajador; también abarca a los poderes del empresario en la organización productiva y ha de precisarse a través de un proceso que en cierta medida altera las vías clásicas ofrecidas por la teoría del contrato de trabajo, al obligar a reconocer – y situar en el interior de la estructura de la relación – posiciones subjetivas del trabajador, vinculadas al respeto debido a su dignidad y que crean verdaderos deberes de actuar o soportar a cargo del empresario”.

7 Sobre o tema *vid.*: DOMÉNECH, A. *El eclipse de la fraternidad – una revisión republicana de la tradición socialista*. Barcelona: Crítica, 2004. Porque representativa, transcrevemos uma passagem que o autor colheu em *La revolución española*, de Trotsky, a qual se encontra à página 447, *ipsis litteris*: “Comienza un período revolucionario agudo. La profunda efervescencia de las masas, las incesantes explosiones de violencia, muestran que los obreros de las ciudades y del campo, igual que los campesinos pobres, engañados tan a menudo, empujan con todas sus fuerzas hacia la situación revolucionaria. Frente a este poderoso movimiento, ¿cuál es el papel del Frente Popular? El de un freno gigantesco...”. *Vid.* también: BILBAO, E. “Algunas consideraciones ante la situación”. In: *Antología de la Revista Comunismo, 1931-1934*: La herencia teórica del marxismo español. Barcelona: Editorial Fontamara, 1978. Aquí, reproducimos a seguinte passagem da página 386, *verbum ad verbum*: “Ni más ni menos que el reo ante el patíbulo aúlla: ‘Yo no quiero morir’. Y de acuerdo con sus temores, el partido socialista emprende un viraje radical orientándose hacia posiciones revolucionarias. Ya el solo hecho de aludir a la revolución concentra en torno al partido socialista la casi totalidad del proletariado y de las masas populares... Lo que en los momentos actuales necesita la clase obrera es un partido que pueda, quiera y sepa hacer, no un partido que sólo es capaz de amenazar... (Pues) la clase trabajadora se las tiene que ver no con la simple amenaza de la contrarrevolución, sino con el hecho de la contrarrevolución”.

8 A jurisprudência do Tribunal Constitucional Espanhol, por exemplo, tem confirmado com frequência ser a dignidade humana o fundamento primeiro dos direitos de personalidade. Efetivamente, na Sentença do Tribunal Constitucional Espanhol (STCE) nº 186/2000, de 10 de julho, ficou assentado, *in litteris*: “Para dar respuesta a esta queja, interesa recordar que este Tribunal ha tenido ya ocasión de advertir que el derecho a la intimidad personal, consagrado en el art. 18.1 C.E., se configura como un derecho fundamental estrictamente vinculado a la propia personalidad y que deriva, sin ningún género de dudas, de la dignidad de la persona que el art. 10.1 C.E. reconoce”. No mesmo sentido: STCE 170/1997, de 14 de octubre, FJ. 4; 231/1988, de 1 de diciembre, FJ. 3; 197/1991, de 17 de octubre, FJ. 3; 57/1994, de 28 de febrero, FJ. 5; 143/1994, de 9 de mayo, FJ. 6; 207/1996, de 16 de diciembre, FJ. 3; y 202/1999, de 8 de noviembre, FJ. 2, entre outras muitas.

9 A lição é de Georges Friedmann, colhida em MORIN, E. *Ciência com consciência*. 7. ed. Tradução de Maria D. Alexandre e Maria Alice Sampaio Dória. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003. p. 162.

trabalhador apenas como uma peça no processo de produção, desconhecendo ou ignorando sua dimensão de pessoa, de sujeito dotado de vontade, de sentimento, de valor espiritual. Para essa perspectiva, as primeiras racionalizações do processo produtivo não passaram de esquematizações meramente físicas e mecânicas de gestos eficazes, com total desconsideração pela figura mesma do trabalhador.

É evidente que esse ponto de vista não podia continuar vigorando porque contrário aos próprios interesses da empresa capitalista, uma vez que se constatou que a simplificação crescente das tarefas obreiras – e a consequente decomposição que disso resulta –, se soava racional a partir de uma perspectiva do processo produtivo como um processo físico-mecânico somente, não era racional de fato, uma vez que provocava a diminuição do rendimento do trabalhador para além de determinado grau; ou seja, a partir de um limite dado, essa forma de atuação era contraproducente<sup>10</sup>.

Ao mesmo tempo, já havia uma convicção, proveniente de estudos realizados de maneira pulverizada e cujas conclusões eram confirmadas pela experiência, no sentido de que o rendimento do trabalho poderia ser aumentado no caso de que o *fator humano* fosse levado em consideração; é dizer, o bem-estar ou mal-estar do trabalhador em seu ambiente de trabalho, sua satisfação ou insatisfação na empresa, não era algo que pudesse ser deixado de lado totalmente, porque interferia substancialmente em seu rendimento e, portanto, no resultado final da produção. É precisamente neste ponto que o trabalho, então, começa sua rota de humanização, mas não por um suposto salto ético operado nas consciências, senão porque o princípio de economia, que pressupõe maior rendimento, desloca-se, corrige sua direção, desde o instante em que a racionalização industrial não pode prescindir do *fator humano*<sup>11</sup>.

Essa quase revolução copernicana no modo de encarar o problema da produção fez com que a organização do trabalho fosse transformada, provocando a introdução no cenário industrial de diversas concepções antes sequer imaginadas, em um processo que foi, todavia, lento, às vezes muito lento, e

---

10 Karl Marx disse de maneira muito mais incisiva, como segue: “A escravatura e a servidão têm existido em conformidade com a índole da produção e tem desaparecido quando o grau de desenvolvimento desta torna mais útil o trabalho do homem livre que o do escravo ou do servo; a justiça e a fraternidade não têm intervindo em nada nesta desapareição”. In: KONDER, L. O pensamento de Karl Marx. In: *Profetas da modernidade, século XIX*: Hegel, Marx, Nietzsche, Comte. Leda Miranda Hühne (Org.), Rio de Janeiro: UAPÊ/SEAF, 1995. p.70.

11 Sobre o tema *vid.*: BRUGAROLA, M. *Sociología y teología de la técnica*. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1957, p. 375; MANTOUX, P. *La Revolución Industrial en el siglo XVIII*. Prefácio de T. S. Ashton. Tradução de Juan Martín. Madrid: Aguilar, 1962, p. 468; VALTICÓS, N. *Derecho internacional del trabajo*. Tradução de María José Triviño Seoane. Madrid: Tecnos, 1977. p. 29.

gradual: limitação da jornada de trabalho, intervalo intrajornada, descanso semanal remunerado, férias remuneradas, etc.

Do mesmo modo, a ideia de *job-enlargement*, participação do trabalhador nos lucros e na gestão da empresa, assim como qualquer construção dessa natureza, aparece como concepção racional se aumenta a economia do empreendimento, se hipertrofia o rendimento do trabalho, se implica a ordem no ambiente da empresa.

A conclusão que se extrai daqui é paradoxal, ainda que não deixe de, por isso, ser verdadeira: o progresso da racionalidade industrial teve como motor uma reação à racionalização praticada anteriormente e se realizou a partir do momento em que foi introduzido na organização do trabalho um aparente elemento de irracionalidade: o homem-trabalhador. É dizer, contrariando a lógica aristotélica, a nova racionalidade foi produto de um componente irracional, qual seja, o homem. Irracional, dizemos, porque dotado de subjetividade. Ele, o sujeito moral, que foi completamente ignorado no princípio, passa a ser um dos personagens da história; mas que se registre, não a um personagem qualquer, senão ativo, que não apenas memoriza e repete seus textos e suas falas previamente escritos como também deseja participar da elaboração criativa da obra.

O processo de racionalização, conseqüentemente, ditou as regras através das quais a industrialização, a urbanização, a burocratização e a tecnificação foram realizadas, isto é, elas se impuseram mediante a manipulação dos indivíduos que usualmente foram utilizados como coisas a serviço dos princípios da ordem, da economia e da eficácia social. Claramente essa racionalização, alcançados alguns momentos de estrangulamento, sofreu o abrandamento derivado do humanismo, do conjunto de forças sociais e políticas que atuam em tensão dialética no meio social e da ação sindical dos racionalizados.

Nada obstante, enquanto a razão cognominada humanista é essencialmente liberal, em sintonia com a sua natureza intrínseca mesma, a racionalização puramente técnica apresenta uma feição predominantemente violenta, persuasiva, com espeque em formulações teóricas como as de Heidegger. A ciência, a técnica e a razão constituem momentos próprios, singulares, aspectos altissonantes do mundo fenomênico, do mundo assim dito natural, intimado e compelido a fazer reverência ao cálculo e, o que é preeminente para o que desejamos deixar fixado, render culto à técnica derivada da experimentação e da aplicação científica como um processo de manipulação generalizada, para incidir não apenas sobre a natureza, mas também, e especialmente, sobre a sociedade<sup>12</sup>.

---

12 MORIN, E. *Ciência com consciência*, op. cit., p. 163.



O que pretendemos deixar evidenciado é que apenas quando o homem surge em sua condição de personagem ativo na indústria (deixa de ser uma máquina que opera outras máquinas, um instrumento para além de outros no processo produtivo, uma ferramenta em meio a tantas que lhe são equivalentes, separa-se da técnica<sup>13</sup> para ser dotado de vontade e sentimento, um sujeito moral provido de consciência), começa a ter sentido pensar em valores como, por exemplo, dignidade humana, intimidade, privacidade, bem-estar. E, por fim, tencionamos deixar manifesto igualmente que o surgimento dessa figura – o operário proativo – derivou de um largo e difícil processo social que incluía, sobretudo, a racionalização industrial e a luta operária.

### 3 – O INDIVÍDUO COMO ANTECEDENTE LÓGICO DA NOÇÃO DE DIGNIDADE E BASE ONTOLÓGICA DA CIVILIZAÇÃO OCIDENTAL

O termo individualismo vem sendo proscrito do meio acadêmico e intelectual, como se significasse algo intrinsecamente negativo, mau. Puro preconceito contra a palavra. No nosso entender, e fazendo eco à voz autorizada de Karl Popper<sup>14</sup>, este é um grande equívoco. De acordo com o aludido autor, os termos individualismo, coletivismo, egoísmo e altruísmo designam,

---

13 “Podemos usar los objetos técnicos, servirnos de ellos de forma apropiada, pero manteniéndonos a la vez tan libres de ellos que en todo momento podamos desembarazarnos (loslassen) de ellos. Podemos usar los objetos tal como deben ser aceptados. Pero podemos, al mismo tiempo, dejar que estos objetos descansen en sí, como algo que en lo más íntimo y propio de nosotros mismos no nos concierne. Podemos decir ‘sí’ al inevitable uso de los objetos técnicos y podemos a la vez decirles ‘no’ en la medida en que rehusamos que nos requieran de modo tan exclusivo, que dobleguen, confundan y, finalmente, devasten nuestra esencia... Quisiera denominar esta actitud que dice simultáneamente ‘sí’ y ‘no’ al mundo técnico con una antigua palabra: la Serenidad (Gelassenheit) frente a las cosas... Rige así en todos los procesos técnicos un sentido que reclama para sí el obrar y la abstención humanas (Tun und Lassen), un sentido no inventado ni hecho primeramente por el hombre... El sentido del mundo técnico se oculta. Ahora bien, si atendemos, continuamente y en lo propio, al hecho de que por todas partes nos alcanza un sentido oculto del mundo técnico, nos hallaremos al punto en el ámbito de lo que se nos oculta y que, además, se oculta en la medida en que viene precisamente a nuestro encuentro. Lo que así se muestra y al mismo tiempo se retira es el rasgo fundamental de lo que denominamos misterio. Denomino la actitud por la que nos mantenemos abiertos al sentido oculto del mundo técnico la apertura al misterio... La Serenidad frente a las cosas y la apertura al misterio se pertenecen la una a la otra. Nos hacen posible residir en el mundo de un modo muy distinto. Nos prometen un nuevo suelo y fundamento sobre los que mantenernos y subsistir, estando en el mundo técnico, pero al abrigo de su amenaza” (Heidegger, citação extraída de SOLARI ALLIENDE, E. “Antígona o el poder de lo real”. Disponível em: <[http://www.mercaba.org/FICHAS/Teologia\\_latina/antigona\\_o\\_el\\_poder\\_de\\_lo\\_real.htm](http://www.mercaba.org/FICHAS/Teologia_latina/antigona_o_el_poder_de_lo_real.htm)>. Acesso em: 19 ago. 2011.)

14 Em um de seus mais importantes livros, *A sociedade aberta e seus inimigos*, Popper faz uma defesa altissonante da tolerância, da liberdade, da necessidade de respeito à pessoa humana. Esta é uma consequência natural de sua epistemologia, uma vez que, como nada nem ninguém pode veicular certeza absoluta acerca de qualquer coisa, é necessário respeitar todos e ser tolerante com as diferenças.

por assim dizer, determinadas atitudes, exigências ou proposições normativas para códigos de conduta<sup>15</sup>. Para o coletivismo, o indivíduo deve submeter-se aos interesses do todo, seja esse todo o universo, a cidade, a tribo, a raça ou qualquer corpo coletivo, como, por exemplo, o sindicato, o partido, a igreja – é o holismo platônico.

Popper faz austera crítica à doutrina holista na filosofia política de Platão, a qual consiste na ideia de que a relação existente entre a parte (o indivíduo, a pessoa em sua condição de centro de imputação moral) e o todo (a cidade, a organização coletiva, de natureza política, que congrega a comunidade) é, sem lugar para dúvida, de supremacia do segundo relativamente à primeira<sup>16</sup>. Dessa maneira, e como se vê claramente, Platão opõe o coletivismo ao egoísmo, ou seja, procura mostrar que aquele que faz sacrifícios pessoais em benefício do corpo social é um altruísta, ao contrário daquele que não é capaz desse sacrifício e, porque não é, pensa em seus próprios interesses.

Acontece, todavia, que o coletivismo não se opõe ao egoísmo, nem se identifica – e a lição ainda é de Popper – com o altruísmo ou a generosidade. Tanto é assim, sem dúvida, que alguém que seja individualista pode abdicar de seus interesses particulares em benefício do outro, sem que, por isso, torne-se um coletivista. Então, forçoso concluir, não existe nenhuma antinomia lógica entre individualismo e altruísmo. Da mesma forma como não existe sinonímia lógica entre coletivismo e generosidade.

Sobredita constatação – a de que no individualismo há espaço para o altruísmo – foi categoricamente negada por Platão, tendo em vista sua postura política, avesso que era à democracia. Alimentando a confusão entre individualismo e egoísmo, ele, na verdade, o que faz é atacar o individualismo, apontando-o como algo negativo e, por essa via, chega ao seu objetivo último,

---

15 Para uma investigação crítica do individualismo que conduz ao narcisismo, a partir do conceito de *sociedade íntima*, veja-se: BÉJAR MERINO, H. “Autonomía y dependencia”. In: *Reis: Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, nº 37, (1987), p. 69-90. Diz a professora: “Según Richard Sennett, la llamada sociedad íntima no sólo causa el declive del espacio público, sino que propicia unas relaciones personales dependientes que, a la postre, se tornan destructivas. Por su parte, Christopher Lasch señala el deterioro de la vida privada contemporánea. La modernidad se halla imbuida de una cultura narcisista que preconiza la práctica universal del egoísmo. Dependencia y autonomía serán los componentes de una lógica compleja que sustenta la nueva moral.” Acontece, no entanto, que o conceito de individualismo não pode ser confundido com o de egoísmo, como se vê na sequência do texto.

16 De acordo com o filósofo ateniense, a parte existe sempre em função do todo ao qual está vinculada e, obviamente, como dedução inafastável, o todo não existe em função da parte que o integra, porque a transcende e supera. A filosofia política platônica implica a ideia segundo a qual a parte foi criada para servir ao todo, foi criada, melhor dizendo, em função do todo, o que acarreta sérias consequências de natureza filosófica e política. Em POPPER, K. R. *A sociedade aberta e seus inimigos*. 3. ed. Tradução de Milton Amado. Belo Horizonte: EDUSP, 1987. p. 94-95.

que é, por vias transversas, atacar a democracia, porque é precisamente nela que o sujeito individual vê reconhecido e sufragado o seu valor. O platonismo negava a emancipação do indivíduo como meio de atacar a democracia. Esse o seu pano de fundo<sup>17</sup>.

O individualismo é, assim, um motor importantíssimo do desenvolvimento moral do homem. Unido ao altruísmo, como ensina Popper, tornou-se a base ética da civilização ocidental e – é legítimo acrescentar – da democracia. Ele está, inclusive, na base do Cristianismo, porque antes da doutrina cristã o indivíduo não existia como dimensão ética, perdido que se encontrava no meio do todo. Também Kant<sup>18</sup> reconhece os seres humanos como fins, os quais não podem ser utilizados como meio para se alcançar qualquer outro objetivo, porque, se assim fosse, seriam convertidos em instrumentos.

Insistimos nesta linha de argumentação porque ela nos parece irrefutável: a concepção de dignidade humana não existe ali onde não exista respeito pelo indivíduo. Dizendo de outro modo para dizer com mais clareza: o indivíduo é a gênese de todos os sentimentos morais e, porque reconhece isso, a democracia abre espaço para que ele expanda suas possibilidades, dando vazão a seu *eu* interior. No coletivismo, contrariamente, o *eu* cede lugar para o *nós*, sendo apenas os interesses dos últimos, da coletividade, o que importa. Com isso, resta estancado o progresso moral do homem, porque a cidade, a casta, a tribo, o partido, a empresa, em síntese, o coletivo é a fonte de toda moralidade<sup>19</sup>.

É certo que a condição humana apresenta-se como as duas caras de uma moeda, simultaneamente *individual* e *coletiva*, sendo, algumas vezes, bastante difícil traçar as linhas que separam uma da outra de tais metades. Por isso, sublinhamos o enfoque de todos quantos chamam a atenção para a necessidade

17 Sobre isso, Popper manifesta-se muito lúcida e francamente: “Por que tentou Platão atacar o individualismo? Acho que ele sabia muito bem o que estava fazendo ao apontar suas armas para essa posição, pois o individualismo, talvez ainda mais do que o igualitarismo, era uma fortaleza das defesas do novo credo humanitário. A emancipação do indivíduo, de fato, era a grande revolução espiritual que conduziria à queda do tribalismo e à ascensão da democracia. A extraordinária intuição sociológica de Platão mostra-se no modo por que ele invariavelmente distinguia o inimigo, onde quer que ele o encontrasse”. Em POPPER, K. R. *A sociedade aberta e seus inimigos*, op. cit., p. 116.

18 Se é dever moral que habita cada um de nós e o céu estrelado sobre nossas cabeças o que nos enche de assombro e deslumbramento, então, porque nossa existência individual pode contemplar, por pequena que seja, o infinito, pode, no mesmo sentido, fazer parte dele, compondo-o. Sobre o tema, *vid.*: NEIMAN, S. *O mal no pensamento moderno: uma história alternativa da filosofia*. Tradução de Fernanda Abreu. Rio de Janeiro: Difel, 2003. p. 95-96.

19 E, portanto, se minha moralidade está firmada na coletividade, não existe espaço para falar de moral privada, de espaço íntimo do sujeito. Tudo é público, a moralidade é pública e tudo deve ser vivido publicamente.

de ponderar com parcimônia referida ambiguidade<sup>20</sup>. Esta constatação, de que o atômico e o molecular convivem radicalmente no homem, entretentes, não elimina outra, de igual envergadura e valor: a vida de cada um de nós, de cada pessoa, não obstante estejamos, como estamos todos, sem dúvida, condenados a viver (portanto, condenados a conviver) em sociedade, é um projeto individual. A vida de cada ser, considerado em sua dimensão irredutível de sujeito moral – titular de uma trajetória só sua, indizivelmente sua, irredutível, não intercambiável por sua própria natureza, vida que se desenrola em um espaço geográfico e temporal determinado –, não se confunde com a vida de ninguém mais, com a vida de qualquer outro ser. É igual que dizer: a existência de cada um, suas experiências e vivências particulares, é, por definição, substancialmente uma experiência pessoal; numa palavra, individual.

A consciência do homem acerca de sua própria individualidade é tão radical que é a partir dela, exatamente, que ele se afirma, para si mesmo, uma pessoa moral distinta de todas as outras, e é desde este ponto de partida, dessa diferenciação, igualmente, que ele elabora seu juízo sobre o mundo e sobre si. Por essa razão precisa, reconhecendo tal verdade elementar, todos os modernos ordenamentos jurídicos, ao contrário do que ocorria no passado, atribuem ao sujeito individualmente considerado, como regra que admite exceções que não vem ao caso discutir, as consequências e implicações jurídicas derivadas de suas condutas ou atos, sobretudo no campo penal.

Uma vez que é dotado dessa capacidade – a capacidade de se reconhecer como sujeito moral e eleger seu destino na direção que bem entender, inclusive na direção da excelência – Rousseau disse que o homem é o único ser dotado de *perfectibilidade*<sup>21</sup>.

O Cristianismo, como amplamente sabido, ensina que a salvação é individual. Esta é a tradição da cultura ocidental, de um modo geral. A ela fazem

20 BRANDÃO, A. *Salvaguardas populares na Constituição*. São Paulo: Julex, 1988.

21 O conceito rousseauiano de *perfectibilidade* está em seu livro *Emílio ou da educação*. Dele colhemos a seguinte expressiva e elucidativa passagem, *in verbis*: “Nascemos fracos, precisamos de força; nascemos carentes de tudo, precisamos de assistência; nascemos estúpidos, precisamos de juízo. Tudo o que não temos ao nascer e de que precisamos quando grandes nos é dado pela educação... Assim, cada um de nós é formado por três tipos de mestres. O discípulo em quem suas diversas lições se opõem é mal educado e jamais estará de acordo consigo mesmo; aquele em quem todas elas recaem sobre os mesmos pontos e tendem aos mesmos fins vai sozinho para seu objetivo e vive conseqüentemente. Só esse é bem educado... Portanto, uma vez que a educação é uma arte, é quase impossível que ela tenha êxito, já que o concurso necessário a seu sucesso não depende de ninguém. Tudo o que podemos fazer à custa de esforços é nos aproximar mais e menos do alvo, mas é preciso sorte para atingi-lo”. Em ROUSSEAU, J. J., *Emílio ou da educação*. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 8-9.

referência Hauriou, Gicquel e Gelard, destacando o caráter da responsabilidade individual implicada na aludida visão<sup>22</sup>.

A partir do momento em que se aceita a ideia, segundo a qual o homem possui consciência do seu dever, de seu destino individual, mesmo quando se admita que, em alguma medida, ele está submetido também a viver um destino coletivo, faz-se necessário concluir que o homem tem o direito e igualmente ostenta o dever moral de realizar seu destino pessoal. Se assim não fosse, ele se quedaria preso à sua condição meramente animal<sup>23</sup>.

É certo que não pretendemos sustentar que o domínio do sujeito sobre sua própria fortuna tenha um caráter absoluto, porque nada tem. A construção do destino individual não pode ser uma realização que crie embaraços para o projeto coletivo, para o interesse geral, porque isso seria o personalismo, o egoísmo. E, por outro lado, o homem não somente existe, ele coexiste, interexiste ao lado de seus pares. Dito de outro modo, se cada um pertence à sociedade, pertence igualmente a si mesmo.

Mas é importante destacar que se o indivíduo não pode, de maneira egoísta, opor-se ao interesse geral, na mesma medida o corpo social não pode erigir-se em fator de impedimento para que o homem realize seu *eu* pessoal, edifique sua individualidade, opere sua identidade pessoal e insubstituível no contexto social em que está inserido. Isso pressupõe um espaço reservado, somente seu. Por quê? Porque a consciência jurídica hodierna entende – art. 12 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, por exemplo – que ali onde não existe direito à privacidade, à intimidade, não há, conseqüentemente, dignidade humana<sup>24</sup>.

22 Destacando a importância da referida concepção, a doutrina mostra o papel relevantíssimo do individualismo na conformação das instituições sociais, públicas ou privadas. O professor Brandão, por exemplo, sublinha que no início da civilização as sepulturas já nos advertiam para a importância que o indivíduo representa, cujo testemunho corporal não pode ser dissolvido aleatoriamente, senão antes mais bem ser conservado. Confira-se em: BRANDÃO, A. *Salvaguardas populares na Constituição*. São Paulo: Julex, 1988. p. 23.

23 Não se nega que o homem é um animal, mas não só isso. E, sendo animal, como qualquer outro, precisa pagar o preço de sua natureza: comer e praticar tantas outras atividades para se manter existente, como excretar. Um dia, certamente, pagará o tributo que deve ao reino puramente material, e virará húmus da terra. Mas é um animal diferente, porque é um sujeito individual de natureza racional, como ensinou-nos Boécio. E, não se perca de vista, é o único que detém consciência de seu próprio estado, de sua própria condição. É o único, também, que se indaga e se interpela para descortinar sua própria absurda condição de ser vivente.

24 “Ya en el albor de la civilización, las sepulturas nos advierten sobre la importancia que presenta el individuo, la personalidad humana, cuyo testimonio corporal se admite que no debe disolverse, sino conservar su identidad el mayor tiempo posible. Además, y con mayor importancia, el conjunto de las tradiciones filosóficas y religiosas que jalonan la civilización, especialmente la occidental (religiones egípcia, hebrea, cristiana, filosofía estoica etc.) nos afirman que la salvación es individual, de la misma

De acordo com essas diretrizes, é apenas em sua dimensão individual que o sujeito constrói sua personalidade e forja sua consciência, criando, outrossim, a capacidade de eleger livremente os objetos de seu próprio interesse. Isso, claro está, não significa, nem poderia significar, que nesse processo ele não sofre a influência do outro. Ela, que é natural, jamais pode ser produto de uma vontade imperativa, contudo<sup>25</sup>. O outro participa de minha vida na medida exata em que o permito ou, sendo o caso, na extensão necessária do que seja exigível para a coesão da vida social, na proporção apenas imprescindível à realização do interesse social legítimo. Aqui, impera a necessidade de sobrevivência do corpo social harmônico; ali, prepondera minha vontade privada. Dois espaços nem sempre claramente demarcados: o espaço público, onde aparece meu rosto social; o espaço privado, onde reside minha faceta pessoal.

Por tudo o que temos dito e ao contrário do que sugere Platão, individualismo não é um termo contraposto a altruísmo. Em verdade, a expressão individualismo contrapõe-se a coletivismo, ao passo que egoísmo contrapõe-se a altruísmo. Resulta daqui o imperativo gnosiológico e epistemológico de resgatar o individualismo como valor positivo de uma ética que, em essência, reconhece no homem um valor incontrastável, uma dignidade superior que não admite instrumentalização.

Com base nisso, e com esquete nas lições de Popper, o individualismo é a doutrina que faz do indivíduo um núcleo central de referência; a concepção a partir da qual nenhum sistema moral tem valor positivo se desconsidera a potência fundamental do homem singularmente considerado<sup>26</sup> e se faz dele

---

forma que las instituciones políticas, sociales, jurídicas consideran, no al grupo, sino a cada individuo como centro de empresas y responsabilidad". Em GÉRLARD, P.; GICQUEL, J.; HAURIOU, A. *De-recho constitucional e instituciones políticas*. Barcelona: Ariel, 1980. p. 42.

- 25 Nenhum espaço, público ou privado, pode ser um território irrestritamente livre, onde alguém exerça um poder absoluto, já que esta ideia é contrária à própria noção de direito, e, por consequência, de limitação do poder, qualquer que seja sua natureza. Logo, seja em casa, seja na empresa, nem o pai nem o empregador pode desempenhar o papel do déspota sem que esteja submetido a algum tipo de regulamento. Isso resulta do fato de que, assim como o Estado que detém o poder soberano em seu território, o indivíduo possui uma espécie de poder autônomo no espaço de seu entorno.
- 26 Não estamos dizendo que o indivíduo é um valor absoluto, evidentemente. O que pretendemos deixar fixado é que a dignidade do homem, hoje um valor escrito em praticamente todas as constituições dos países civilizados, parte da perspectiva do sujeito como valor a ser protegido. Sobre o tema, *vid.*: POPPER, K. P. *A sociedade aberta e seus inimigos*, *op. cit.*, p. 117: "Esse individualismo, unido ao altruísmo, tornou-se a base de nossa civilização ocidental. É a doutrina central do Cristianismo ('Ama a teu próximo, dizem as Escrituras, e não 'ama a tua tribo'); e forma o âmago de todas as doutrinas éticas que surgiram de nossa civilização e a estimularam. É também, por exemplo, a doutrina prática central de Kant ('reconheci sempre que os indivíduos humanos são fins e não os utilizeis como simples meios para vossos fins'). Não há outro pensamento que tenha sido tão poderoso para o desenvolvimento moral do homem".

apenas um meio para alcançar outros fins, por mais importantes que sejam eventualmente estes últimos<sup>27</sup>.

Obviamente que estão em crise as bases do preconceito antropocêntrico, como provou Sigmund Freud no século passado<sup>28</sup>. A crise que alcança o homem em seu mais profundo *eu* é o produto básico de três revoluções, de acordo com o mencionado autor: as revoluções copernicana, dawirniiana, freudiana. A elas, ainda, pode ser acrescentada a revolução paleontológica. Tais revoluções operaram uma profunda transformação na forma por meio da qual o homem via a si mesmo no mundo que habita e o próprio mundo habitado.

#### 4 – A DIGNIDADE HUMANA COMO VALOR INCONTRASTÁVEL NA CONSCIÊNCIA ÉTICA CONTEMPORÂNEA

Todas essas revoluções, como seria de esperar, foram um duro golpe na vaidade humana e lançaram sobre seus ombros, sobre os ombros do homem, a necessidade de repensar a si mesmo e ao mundo que habita, bem como a necessidade de estabelecer novos parâmetros éticos de convivência. A nova ética já não podia ser o simples produto inconsequente de uma vaidade inflamada nem de uma superfetação egocêntrica, senão tinha de representar o estatuto ontológico humano, então descortinado: grandeza e fraqueza, nobreza e vilania; porém, mais do que qualquer coisa, busca incessante e incansável de superação.

Existe, e parece difícil de negar, uma grande ambiguidade nas teorias sobre a compreensão mesma de homem, ou melhor, sobre a natureza humana essencial. Hobbes, que tinha uma perspectiva negativa, concebia o homem como um ser por natureza belicoso (em *Leviatã*); Rousseau, seu grande antagonista, por sua vez, tinha do homem uma concepção extremamente positiva, já que o entendia como pacífico por natureza (em *O contrato social*). Essa anfibia não esteve longe das teorias jurídicas, como é fácil de ver nas diversas teorias do direito natural, cujas numerosas correntes entendiam compatíveis com a na-

---

27 “Debe hacerse hincapié en que la libertad griega se asentaba en el concepto de ciudadanía, de la pertenencia a un grupo de hombres libres y no en una declaración de derechos ni en teorías de igualdad legal y social.” Em TURNER, R. *Las grandes culturas de la humanidad*. México: Fondo de Cultura Económico, 1953. p. 462.

28 A propósito, veja-se FREUD, S. *El malestar en la cultura*. Madrid: Editorial Biblioteca Nueva, 1999. Ao largo do livro, o pai da psicanálise dedica-se a explicar as razões que promoveram a tomada de consciência do homem sobre seu modo precário de *ser e estar* no mundo, bem como se dedica também a explicar todas as consequências psicológicas daí derivadas.



tureza humana instituições diametralmente opostas: ora a propriedade privada, ora a propriedade coletiva; ora a liberdade, ora a escravidão, etc<sup>29</sup>.

A história das ideias lembra-nos que o homem já foi definido como ser vivo dotado de palavra e pensamento (*zoon logon echon*); como ser vivo que, agindo, dá à sociedade a forma de cidade regida por leis (*zonn politikon*); como ser que produz utensílios (*homo faber*); como ser que trabalha com esses utensílios (*homo laborans*); como ser que assegura sua subsistência por meio da planificação comunitária (*homo oeconomicus*). As definições, como é fácil de ver, abundam e se multiplicam<sup>30</sup>.

Jaspers reconhece que cada uma dessas definições considera uma dada característica, mas esquece o essencial: o homem não é um ser imutável, que encarna reiteradamente aquelas formas de ser. Para Nietzsche, o homem é a criatura que nunca se define, *é uma ponte e não um fim*; aquilo digno de ser amado nele é que é um passar e um sucumbir (*Assim falou Zaratustra*). Para Albert Camus, “o homem é a única criatura que se recusa a ser o que é” (*O homem rebelde*). Enquanto os demais animais se repetem e não avançam, o homem, ao contrário, e por sua natureza intrínseca, não pode continuar – na verdade, recusa-se a continuar – sendo o que já é. “Nada é mais poderoso que o homem”, disse Sófocles. Para afrontar a imagem que lhe diminui, o homem foi chamado “o ser que contempla Deus”<sup>31</sup>.

Muito interessante é a definição de pessoa humana formulada por Boécio no século VI<sup>32</sup>: “a pessoa é uma substância individual de natureza racional”.

29 Sobre o tema, *vid.*: KELSEN, H. *O que é a Justiça?* A Justiça, o Direito e a Política no espelho da ciência. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1997. Na obra, mais especificamente nas páginas 137 a 175, Kelsen aponta as várias antinomias das diversas correntes doutrinárias do direito natural sobre questões como, por exemplo, o direito de propriedade e a natureza e extensão do poder do soberano; especialmente opõe Hobbes a Locke e Rousseau.

30 Para Aristóteles, o homem se confunde com todas as coisas, a alma é tudo; o homem não é anjo, nem besta, disse o pensador medieval, mas, localizado a igual distância de uma e outra dessas figuras, participa de ambas as naturezas; centro da criação, ele é distinto não só dos demais animais, senão também dos anjos; o homem, segundo o filósofo alemão Schelling, tem, profundamente em si uma “cumplicidade com a criação”, pois presenciou suas origens. Em JASPERS, K. *Introdução ao pensamento filosófico*. 12. ed. Tradução de Leônidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 2003. p. 46-47. Para o poeta alemão Friedrich Hölderlin, “é poeticamente que o ser humano habita a Terra”, no que foi admoestado, tempos depois, pelo autor francês Edgar Morin, que afirmou que “é também prosaicamente que o ser humano habita a Terra”. Como negar a exatidão expressa em cada uma dessas posições, que expressam, cada uma a seu modo, uma visão parcial do homem?

31 Descartes, o pai do racionalismo moderno, dizia que era o riso o fator que distinguia o homem dos demais seres vivos; para Baeumarchais, diferente dos outros animais, o homem é capaz de comer e fazer sexo sem ter necessidade; na perspectiva do grande poeta francês Paul Valéry, o homem é diferente de tudo o mais porque é capaz de desfazer um nó. Em JASPERS, K. *Introdução ao pensamento filosófico*, *op. cit.*, p. 49-51.

32 O principal projeto filosófico de Anicio Manlio Torcuato Severino Boécio (470-524 DC) foi traduzir as obras de Platão e Aristóteles para demonstrar que ambos tinham pontos de vista que, no essencial,



Dizemos interessante, porque ela atravessou século e permanece tão vital ainda hoje, justamente porque chama a atenção sobre duas características básicas do homem: a individualidade e a racionalidade. Por seu alcance e simplicidade, serviu de base para a formulação das doutrinas mais importantes sobre o tema: a vitalista e a kantiana.

Tem razão Bertrand Russel ao adotar sobre o homem uma perspectiva não limitadora, porque ele é tudo isso de que vimos falando e é muito mais; é alguém que se destina a se transcender, a ir para além de si mesmo<sup>33</sup>. Nós, o homem, não nos amoldamos aos retratos em branco e preto produzidos pelos diversos sistemas morais. E por qual razão? – seria pertinente perguntar. É que todo homem, ou melhor, o homem é conjunção de contrários<sup>34</sup>; ele é, antes de qualquer coisa, difícil de definir ou classificar porque é uma grande interrogação até para si mesmo, uma verdadeira incógnita. E é exatamente dessa complexidade ontológica que advêm sua grandeza moral, sua dimensão ética singular, sua estatura existencial ímpar. Dela provém sua dignidade, afirmada pela universal consciência ético-jurídica atual.

Chamamos a atenção para isso porque pensamos que é imprescindível para a dignidade do homem, de cujo conteúdo se irradiam todos os demais

---

eram equivalentes, o que, aliás, muitos pensadores depois confirmaram. Foi através dele que chegaram ao ocidente, antes do século XIII, alguns dos conceitos aristotélicos em lógica e metafísica, como ato, potência, acidente, universal etc. De acordo com Boécio, a forma é a essência universal (há algo mais platônico do que isso?), o que deixa patente a influencia do platonismo em sua filosofia. O conceito reproduzido no texto está no capítulo III de sua obra *Liber de duabus naturis in Christo* e foi, séculos mais tarde, assumido por Tomás de Aquino em *Suma Teológica*, ocasião em que afirma, na Primeira Parte, questão 83, art. 1, que no homem há livre arbítrio. A não ser assim, seriam inúteis os conselhos, as exortações, os preceitos, as proibições, os prêmios e os castigos. Se se quiser constatá-lo, há que ter presente que existem seres que agem sem juízo prévio algum. Exemplo: uma pedra que cai de cima; todos os seres carentes de razão. Outros agem com juízo prévio sobre o seu atuar, embora não livre. Exemplo: os animais; a ovelha que vê aproximar-se o lobo julga que deve fugir dele, mas não o faz com juízo natural e livre, já que não julga analiticamente, senão com instinto natural. Assim são os juízos de todos os animais. Contrariamente, o homem age com juízo, uma vez que, por sua faculdade cognoscitiva, julga sobre o que deve evitar ou buscar. Uma vez que este juízo não provém do instinto natural diante de um caso concreto, senão de uma análise racional, conclui-se que age por juízo livre, podendo decidir-se por distintas coisas. Quando se trata de algo contingente, a razão pode tomar direções contrárias. Isto é comprovável nos silogismos dialéticos e nas argumentações retóricas. Nada obstante, as ações particulares são contingentes, e, portanto, o juízo da razão sobre elas pode seguir diversas direções, sem estar determinado a uma só. Portanto, é necessário que o homem tenha livre arbítrio, pois ele é racional. Em AQUINO, T. *Suma Teológica*. Tradução de Alexandre Corrêa. Porto Alegre: Sulina, 1980. p. 243.

33 Em RUSSEL, B. *História do pensamento ocidental* – a aventura das ideias dos pré-socráticos a Wittgenstein. 2. ed. Tradução de Laura Alves e Aurélio Rebello. Rio de Janeiro: Ediouro, 2001. p. 10-12.

34 “No homem, criador e criatura se unem; no homem há matéria, fragmento, excesso, barro, lixo, disparate e caos; mas no homem há também o criador, o escultor, a dureza do martelo, a contemplação divina do sétimo dia; você entende esse contraste?” Em NIETZSCHE, F. *Para além de bem e mal*. 6. ed. Versão de Hermann Pflüger. Lisboa: Guimarães Editores, 1996. p. 142.

direitos individuais, inclusive os de personalidade. É que o respeito pela dignidade pessoal, como pondera Jean-Pierre Changeux<sup>35</sup>, retoma a tradição filosófica kantiana, ela mesma produto da tradição estoica, depois abraçada pelo Cristianismo, que explora a faculdade de atribuição, tão propriamente característica do cérebro humano, de reconhecer o outro como o *eu próprio* e, partindo desse ponto, respeitar sua singularidade de indivíduo, de tal forma que não pode ser tratado como coisa. Essa ideia, que em sua origem é mais propriamente política, foi trasladada para o cenário jurídico, subministrando a base filosófica para a configuração do conceito de dignidade humana utilizado amplamente depois do advento do constitucionalismo moderno<sup>36</sup>, deitando raízes profundas em nossa cultura<sup>37</sup>.

## 5 – A MATIZAÇÃO DA OPOSIÇÃO HISTÓRICA ENTRE O INDIVÍDUO E A SOCIEDADE: A COMPATIBILIDADE POSSÍVEL

Cumpramos deixar consignado que quando começamos a escrever o presente tópico havíamos registrado em seu título “necessária superação da oposição

- 
- 35 Em CHANGEUX, J.-P. “O debate ético em uma sociedade pluralista”. In: AA.VV. *Uma ética para quantos?* Jean-Pierre Changeux (Org.). Tradução de Maria Dolores Prades Vianna e Waldo Mermelstein. Bauru: Edusc, 1999. p. 33.
- 36 Como mostra Sotelo Felipe, a ideia de dignidade humana é um universal. Da mesma maneira, sua inclusão em um texto constitucional, como ocorre no Brasil, na Espanha e em outros países, significa representá-la empiricamente, projetando, nas normas infraconstitucionais e até mesmo nas normas constitucionais, dados da experiência social. Dignidade, para o mesmo autor, é um ente da razão, que a si mesmo se basta. Sendo o primeiro motor, a dignidade tem sua causa nela mesma, motivo pelo que não é causada, exatamente por ser razão; a razão não é causada, ela é a causa. Na medida em que a Constituição diz *dignidade* está, portanto, materializando o universal, concretizando-o, isto é, está trazendo para a experiência social, tornando, pois, empírico, o dado universal. (Em SOTELO FELIPPE, M. *Razão jurídica e dignidade humana*. São Paulo: Max Limonad, 1996. p. 67).
- 37 Ainda quando o homem se reconhece ligado à nação, à raça, ao sexto, à sua própria época, ao meio cultural e à situação econômica e social em que vive, ele pode de tudo isso se afastar, colocando-se fora e mais além de todas essas estruturas nas quais historicamente se encontra imerso. O homem não se identifica ou reduz a quaisquer dessas estruturas, mas as incorpora e ultrapassa ao largo da jornada que o leva a si mesmo. Disse-o Jaspers magistralmente, *in verbis*: “Vimos que não há resposta satisfatória para a indagação a propósito do que o homem é. As potencialidades do homem enquanto homem permanecem ocultas em sua liberdade. Não cessarão de manifestar-se pelas consequências dessa liberdade. Enquanto existirem, os homens serão seres empenhados na conquista de si mesmo (...) Quem se interroga a respeito do homem gostaria de ver dele esboçar-se uma imagem verdadeira e válida, mas isso não é possível. A dignidade do homem reside no fato de ele ser indefinível. O homem é como é, porque reconhece essa dignidade em si mesmo e nos outros homens. Kant o disse de maneira maravilhosamente simples: nenhum homem pode ser, para outro, apenas meio; cada homem é um fim em si mesmo.” E, mais adiante, com igual agudeza de espírito, pontificou: “Sem embargo, sejam o que forem, os homens estão obrigados a viver juntos. É uma condição para sobreviverem. Desde o princípio, por consequência, os homens viveram em comunidades nas quais se ajudam uns aos outros, pelas quais se defendem uns dos outros e das quais saem uns e outros – mas não todos – para a conquista e para a pilhagem”. Em JASPERS, K. *Introdução ao pensamento filosófico*, *op. cit.*, p. 54 e 67.

entre a parte e o todo...”, mas percebemos que estava mal colocado, porque esse embate parece ser, de fato, insuperável. Se assim é, então estávamos com uma postura não crítica e, pois, irracional. A questão verdadeira é – coisa que se mostra mais perto da realidade humana e social – estabelecer uma convivência mais harmoniosa, menos traumática para ambas as partes<sup>38</sup>.

Assim postas as coisas – firmada a premissa de que o homem tem direito a uma existência singular – resulta aberta uma nova questão, que é a seguinte: o que se pode fazer para permitir ao indivíduo viver sua vida pessoal de tal maneira que ela não se veja menoscabada pela superioridade da comunidade, seja a comunidade social, seja o grupo comunitário mais restrito, como o partido ou a empresa, por exemplo? A pergunta formulada é pertinente porque põe de manifesto a problemática de saber como se pode conciliar o destino do grupo que usufrua o poder, que é a capacidade de dar ordens e ser obedecido, e o destino pessoal de cada um, quando os objetivos, os conceitos e os métodos de um e outro se contrapõem, cruzam-se, chocam-se ou, ainda, naquelas ocasiões em que, na busca por realizar seu destino coletivo, o grupo maltrata, prejudica ou cria extremas dificuldades para o cumprimento do destino particular de alguém<sup>39</sup>. Em outras palavras, qual é o limite para que o grupo realize seu destino coletivo sem erodir o do indivíduo? Até onde é possível ao indivíduo sobrepor seu destino ao da coletividade?<sup>40</sup> Eis a grande questão.

38 A postura teórica que estabelece uma relação da parte para o todo entre o indivíduo singularmente considerado e as estruturas sociais é realizada pela filosofia clássica, pelo menos, desde Aristóteles. Sobre isso, cfr.: ARISTÓTELES. *Política*. Tradução de Pedro Constatin Tolens. São Paulo: Martin Claret, 2007. p. 57: “(...) pois o indivíduo não tem capacidade de bastar-se a si mesmo; e, relativamente à cidade, está na mesma situação que a parte relativamente ao todo”.

39 O questionamento é oportuno também porque, como ficou fixado antes, a concepção de individualidade dos modernos não guarda paralelismo com aquela dos antigos. Acerca do carácter da distinção, eis um importante depoimento doutrinário: “Sin embargo, debe tenerse presente que tal individualismo – de los antiguos – no reconocía el derecho al progreso personal por sí mismo; antes, al contrario, tal derecho existía únicamente porque su ejercicio era el modo de mejor servir al grupo”. Em TURNER, R. *Las grandes culturas de la humanidad*. México: Fondo de Cultura Económico, 1953. p. 462.

40 São candentes as palavras do professor, que expõem de modo claro a questão, *ipsis litteris*: “Há um preço a pagar pelo privilégio de ‘viver em comunidade’ – e ele é pequeno e até invisível só enquanto a comunidade for um sonho. O preço é pago em forma de liberdade, também chamada ‘autonomia’, ‘direito à autoafirmação’ e ‘à identidade’. Qualquer que seja a escolha, ganha-se alguma coisa e perde-se outra. Não ter comunidade significa não ter proteção; alcançar a comunidade, se isto ocorrer, poderá em breve significar perder a liberdade. A segurança e a liberdade são dois valores igualmente preciosos e desejados que podem ser bem ou mal equilibrados, mas nunca inteiramente ajustados e sem atrito. De qualquer modo, nenhuma receita foi inventada até hoje para esse ajuste. O problema é que a receita a partir da qual as ‘comunidades realmente existentes’ foram feitas torna a contradição entre segurança e liberdade mais visível e mais difícil de consertar (...) A tensão entre a segurança e a liberdade e, portanto, entre a comunidade e a individualidade, provavelmente nunca será resolvida e assim continuará por muito tempo; não achar a solução correta e ficar frustrado com a solução adotada não nos levará a abandonar a busca – mas a continuar tentando. Sendo humanos, não podemos realizar a esperança, nem deixar de tê-la.” Em BAUMAN, Z. *Comunidade: a busca por segurança no mundo atual*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003. p. 10.

A razão jurídica para a solução da aporia, segundo a nossa perspectiva e de acordo com doutrina respeitosa já antes referida<sup>41</sup>, resolve-se numa determinada condição humana através da qual cada indivíduo é, para o todo, para a humanidade, o que a hora é para o tempo: parte universal do todo indissolúvel. Assim, o conceito de comunidade tem de ser representado como é representado o conceito kantiano de espaço e tempo. Não se pode, por isso mesmo, ultrajar a parte em função do todo porque, malferida aquela, ferido de morte restará o último<sup>42</sup>.

São, pois, dois círculos dispostos de tal maneira que em algumas situações eles se tocam e, em outras situações frequentes, chegam a se fundir parcialmente: o *eu público*; o *eu privado*. O *eu público* é minha dimensão gregária, aquela de que fala a tradição aristotélica ao reconhecer o homem como um ser social; o *eu privado* é minha dimensão isolada, particular, de que fala a tradição jurídica ocidental, consubstanciada no constitucionalismo moderno que reconhece a pessoa humana como um valor ético indiscutível, fazendo, assim, em algum grau, eco ao debate que envolveu, de um lado, Rousseau e do outro, Grotius e Hobbes<sup>43</sup>.

41 SOTELO FELIPPE, M. *Razão jurídica e dignidade humana*, op. cit., p. 100.

42 Eis como o professor Sotelo Felipe expõe o problema: “Espaço e tempo são totalidades. Determino limites para o espaço, um metro, cem metros, mas na verdade ele é um só estendendo-se indefinidamente à minha frente. Da mesma forma, limito arbitrariamente o tempo, um minuto, uma hora, mas o tempo é uno. Não posso conceber o tempo sem esta hora em que presentemente escrevo. Se não há esta hora, não há tempo algum. Esse tempo que limitei, essa ‘parte’, é concreta, mas é universal porque tem que me dar necessariamente o todo: a integralidade dos atributos do tempo está nela. Assim também é particular, mas é geral. É formal, mas é também material. Em cada limitação, não há algo de secundário, não essencial, que deve ser abstraído, como quando o entendimento elaborava um conceito (preciso fazer abstração de todas as particularidades do carvalho e de todas as particularidades do pinheiro para ter o conceito de árvore, por exemplo)”. Em SOTELO FELIPPE, M. *Razão jurídica e dignidade humana*, op. cit., p. 99.

43 Tratando de sua teoria política do estado e do poder, Rousseau pergunta se cem homens pertencem ao gênero humano ou se o gênero humano pertence a esses cem homens, deixando sugerido seu entendimento de que os homens pertencem ao gênero humano. Disse ele: “Resta, pois, em dúvida, segundo Grotius, se o gênero humano pertence a uma centena de homens ou se esses cem homens pertencem ao gênero humano. No decorrer de todo o seu livro, parece inclinar-se pela primeira suposição, sendo essa também a opinião de Hobbes. Vemos, assim, a espécie humana dividida como manadas de gado, tendo cada uma seu chefe, que a guarda para devorá-la. Assim como um pastor é de natureza superior à de seu rebanho, os pastores de homens, que são os chefes, também possuem natureza superior à de seus povos. Desse modo – segundo Filo – raciocinava o imperador Calígula, chegando, por essa analogia, à fácil conclusão de que os reis eram deuses, ou os povos, animais. O raciocínio de Calígula leva ao de Hobbes e ao de Grotius. Aristóteles, antes de todos eles, também dissera que os homens em absoluto não são naturalmente iguais, mas nascem uns destinados à escravidão e outros à dominação”. Em ROUSSEAU, J. J. “Do contrato social”. In: *Coleção Os Pensadores*, v. I. Tradução de Lourdes Santos Machado. São Paulo: Nova Cultural, 1997. p. 56. Ao debate retratado no texto, a cultura ocidental moderna contesta, muito tempo depois, que, não obstante seja uma verdade elementar que o homem pertence ao gênero humano, isso não elide o fato de ele pertencer, antes de tudo, a si mesmo; daí resulta exatamente a concepção de direitos e garantias individuais presentes no nosso constitucionalismo.

O direito protege essas duas vertentes que convivem ao mesmo tempo no homem, sendo efetivamente difícil, ainda que necessário, manter a harmonia entre valores que, usualmente, apontam direções contrárias, mas não irreconciliáveis, queremos crer. E buscar a conciliação necessária entre eles é uma tarefa para o direito, de tal maneira que o indivíduo encontre no ordenamento jurídico proteção adequada à sua dignidade e a comunidade social igualmente receba tutela eficaz<sup>44</sup>.

Certamente que a proteção do indivíduo contra as demandas de conformação da comunidade, como destaca Bauman, não é tarefa fácil nem naturalmente superior à tentativa de sobrevivência da comunidade como entidade isolada. Contudo, a proteção do cidadão individual, tanto das prisões comunitárias como não comunitárias, é, a sua vez, condição preliminar e necessária para quaisquer dessas duas tarefas. A propósito, sustenta Habermas que uma teoria dos direitos bem urdida não prescinde de uma política de acatamento dos direitos individuais, que tutele, inclusive, o indivíduo nos espaços públicos em que transita e atua<sup>45</sup>.

O estabelecimento de direitos individuais como valores a serem protegidos, particularmente os de personalidade, é uma grande linha de desenvolvimento ainda não terminada, uma maneira de alcançar (ou buscar alcançar) esses nobres objetivos, preservando o que cada um (indivíduo e comunidade) tem de essencial e buscando a convivência, senão propriamente pacífica entre ambos, razoavelmente harmoniosa, partindo sempre de uma perspectiva, queremos insistir, histórica do problema do avanço da consciência moral dos povos<sup>46</sup>.

---

44 Sobre o tema, veja-se o conceito de justiça em Rawls. Em destacada obra, pontificou ele: “Cada pessoa possui uma inviolabilidade fundada na justiça que nem mesmo o bem-estar da sociedade como um todo pode ignorar”. Em RAWLS, J. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 4.

45 Esta é a lição do próprio Habermas, citado por Bauman: “Uma teoria dos direitos bem compreendida requer uma política de reconhecimento que proteja a integridade do indivíduo nos contextos da vida em que sua identidade se forma (...) Tudo o que é preciso é a realização consistente do sistema de direitos. Isso seria pouco provável, é certo, sem movimentos sociais e lutas políticas... O processo de realizar os direitos faz parte, na verdade, de contextos que requerem tais discursos como componentes importantes da política – discussão sobre uma concepção compartilhada do bem e de uma forma de vida reconhecida como autêntica”. Em BAUMAN, Z., *Comunidade...*, *op. cit.*, p. 125-126.

46 O filósofo Peter Singer, referido por Steven Pinker, com arguta precisão, afirmou que o progresso moral contínuo pode derivar de um padrão moral fixo. O autor explica o progresso moral a partir do título de seu trabalho (*The expanding circle*), no qual se expõe o pensamento de acordo com o qual o progresso moral teria uma história de crescente expansão, saindo de uma perspectiva restritiva para outra cada vez mais generosa. Assim, de um modo geral, as pessoas expandiram de maneira constante a perspectiva mental que compreende as entidades dignas de consideração moral. São palavras de Steven Pinker, literalmente: “O círculo foi sendo ampliado, da família e da aldeia para o clã, a tribo, o país, a raça e, mas recentemente (como na Declaração Universal dos Direitos Humanos), para toda a humanidade. Foi se afrouxando, da realeza, aristocracia e senhores de terra até abranger todos os homens. Cresceu, passando da inclusão apenas de homens à inclusão de mulheres, crianças e recém-nascidos. Avançou

A ampliação do círculo da consciência moral chegou a seu ponto culminante, destarte, quando e apenas quando alcançou o homem considerado em sua dimensão ética singular. O homem mesmo, desconsiderada qualquer outra característica sua; o homem sem adjetivos, sem predicados quaisquer<sup>47</sup>.

Outrossim, para o atendimento desse objetivo – a preservação da dignidade do sujeito e ao mesmo tempo a manutenção do bem-estar do corpo social – é necessário estabelecer alguns marcos deontológicos mais ou menos havidos por indiscutíveis no atual estágio do nosso desenvolvimento ético-político, por meio dos quais os valores individuais e sociais que se pretendem resguardar retem preservados de fato. São premissas básicas mais ou menos assentadas na consciência jurídica ocidental sobre a relação de tensão dialética entre o indivíduo e a comunidade (seja a comunidade social totalmente considerada, assim entendido o sujeito estatal que encarna o poder político, seja uma comunidade mais restrita, como a empresa, *verbi gratia*). São elas:

1) A dignidade é, como os conceitos de igualdade, liberdade, autonomia ou independência, uma relação social. É que somente no contexto da vida social faz sentido falar de dignidade, haja vista que, se o outro não existisse, nem como realidade nem como potência, de tal maneira que estou só no mundo, absolutamente sozinho, o problema de minha dignidade não se põe, obviamente.

2) Não há possibilidade de preservação da dignidade pessoal sem a proteção coletiva. Veja-se, a esse propósito e por exemplo, que minha dignidade é parte de mim, ao passo que minha intimidade é parte de minha dignidade. Necessito de privacidade, de intimidade, para ser dignamente tratado, mas minha intimidade não me basta para ser digno. O campo é bem mais extenso. A tutela do aparato coletivo, da força pública, inclusive, é o garantidor do estatuto ontológico de minha dignidade; principalmente, diríamos, nos casos em

---

lentamente até abranger criminosos, prisioneiros de guerra, civis inimigos, os moribundos e os mentalmente deficientes”. Em PINKER, E. *Tábula rasa: a negação contemporânea da natureza humana*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2004. p. 233-234.

47 Essa foi uma das mais importantes alterações que a modernidade trouxe para o papel do homem singularmente considerado relativamente àquela antiga, em que a personalidade individual somente tinha expressão como meio de realizar a felicidade e o bem-estar do grupo, que caracterizou o pensamento helênico. Para Turner, a ideia grega do papel que desempenha o sujeito na vida do grupo ou da comunidade teve, sem dúvida, profundas raízes nas circunstâncias históricas da evolução do pensamento helênico. Sendo membro de uma banda guerreira ou emigrante, não havia alternativa senão o sujeito fixar sua atenção no bem-estar do grupo a que pertencia, porque isso seria sua própria sobrevivência; no entanto e ao mesmo tempo, a luta é uma atividade na qual, em graus diferentes, manifestam-se claramente as aptidões e os talentos de cada indivíduo. Por isso, o grupo tinha interesse pleno em que os indivíduos aperfeiçoassem suas aptidões pessoais, haja vista que isso traria benefícios ao próprio grupo. Assim, o lugar dos heróis no pensamento primitivo dos gregos revela claramente a solução que as antigas hordas de guerreiros deram ao problema da relação entre o indivíduo e o grupo. Em TURNER, R. *Las grandes culturas...*, *op. cit.*, p. 63.

que preciso ser protegido da própria comunidade quando ela extrapola os seus limites e, de protetora, faz-se tirana.

3) Descabe falar de dignidade humana se a ideia que lhe dá força fica restrita a corpos sociais específicos ou a estamentos de qualquer natureza. O reconhecimento da dignidade humana é, antes de jurídica, uma postura política. Ou todos são dignos, ou ninguém o será. Os portões eletrificados, os carros blindados, os condomínios fechados, as janelas à prova de bala parecem demonstrar isso de maneira sintomática.

4) A dignidade humana não pode – como o próprio homem não pode, segundo a lição kantiana já referida neste texto – ser instrumentalizada para a obtenção de outros fins. Por isso, ela não vale pelo serviço que preste à comunidade (ou à empresa), sob pena de o seu conteúdo axiológico restar totalmente esvaziado.

5) Como dinâmicas são a cultura e a consciência ética coletiva, ou seja, em termos hegelianos, como histórica é a vida social e seu devir, a concepção da dignidade humana também é um construto histórico, dinâmico, nunca acabado, sempre renascido; continuamente em processo de identificação. O contrário disso seria a estratificação, a cristalização de um conceito historicamente datado, amarrando o homem nos grilhões daquilo que foi, um dia, sua perspectiva sobre o mundo e sobre si próprio. Em outros termos, a ideia de dignidade é cambiante como cambiante é o próprio homem.

De novo invocando doutrina aqui antes mencionada, é urgente perceber que o conhecimento jurídico tem como objeto imediato a ordem normativa da dignidade humana como valor fonte de todos os demais valores que se irradiam dele<sup>48</sup> e, como decorrência lógica disso, o conhecimento jurídico tem como objeto mediato a comunidade humana.

Poder-se-ia resumir tudo o que se vem dizer com a afirmação de que, para o individualismo, todo homem é representação de toda a humanidade.

### 6 – A TENTATIVA DE FORMULAÇÃO DE UM CONCEITO JURÍDICO DE DIGNIDADE HUMANA

São diversas as ciências ou disciplinas que trabalham com a ideia de dignidade do homem, desde a biologia, a economia, a sociologia, a filosofia, a

---

48 Ou, em palavras imortais de Goethe, “Se no Todo te quiseres dessedentar,/No mais pequeno hás-de o Todo buscar”. Referências e citação colhidas em SOTELO FELIPPE, M. *Razão jurídica e dignidade humana, op. cit.*, p. 109-110.



teologia, a ética, até o direito, entre outras. Isso gera, na realidade, uma grande perplexidade no meio acadêmico e no meio judicial, sobretudo, haja vista que são muitas as concepções que cada ramo do conhecimento formula a partir de suas próprias perspectivas e de suas particulares bases epistemológicas. Essa pluralidade conceitual produz uma situação de insegurança jurídica em todo aquele que procura encontrar uma resposta razoavelmente concertada sobre o que é a dignidade humana, de maneira geral, e o que é a dignidade do trabalhador, em especial, conforme advertem os tratadistas<sup>49</sup>.

Dá-se que a noção de dignidade humana é apresentada incontáveis vezes, principalmente nas disciplinas sociais, como um daqueles conceitos abstratos, abertos ao infinito, com forte carga emotiva, o que, de outra parte, ficou demonstrado atrás. Por esse motivo, é pelo menos recomendável que o jurista estabeleça uma visão crítica do tema e, por ela, evite cair em armadilhas semânticas ou comprimir a dignidade em uma de suas inúmeras facetas<sup>50</sup>.

O que se nota de maneira quase palpável é que, na tentativa de se dar um conteúdo mais objetivo, quer dizer, mais tangível, ao denominado princípio da dignidade do trabalhador, a doutrina, particularmente a trabalhista, formula explicações que a aproximam de alguns ou de todos os direitos fundamentais. Por essa via, em algumas ocasiões a dignidade é apontada como interdição à discriminação; em outros momentos, como direito ao gozo da igualdade, da honra e da própria imagem; ou, ainda, a dignidade é apresentada como uma concepção equivalente à de intimidade. Enquanto isso, o autor citado na nota de pé de página imediatamente anterior<sup>51</sup> afirma, de maneira que nos soa muito significativa, que possivelmente a intimidade é a expressão mais destacada da dignidade como limite jurídico legal ao exercício do poder de controle empresarial. *A fortiori*, a dignidade pessoal como extensão do direito à intimidade, à inviolabilidade do sujeito diante das intromissões externas, no espaço pessoal ou familiar, somente às vezes projeta-se ao mundo externo, conforme pontificou a Sentença do Tribunal Constitucional Espanhol (STCE) nº 142/1993, de 22 de abril<sup>52</sup>.

49 LUQUE PARRA, M. *Los límites jurídicos de los poderes empresariales en la relación laboral*. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1999. p. 199.

50 A propósito da distinção entre dignidade e personalidade, *vid.*: NEVADO FERNÁNDEZ, M. J. *El ejercicio del derecho al honor (por el trabajador) en el contrato de trabajo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999. p. 36: “La dignidad es una cualidad del ser humano (se es portador de ella por el hecho de serlo), mientras la personalidad es una conquista que cada cual hace suya (y así está sometida a permanente desarrollo y revisión).”

51 LUQUE PARRA, M., *op. cit.*, p. 200.

52 De maneira pedagógica, o Tribunal Constitucional Espanhol afirmou na sentença identificada no texto: “El atributo más importante de la intimidad, como núcleo central de la personalidad, es la facultad



Claro está, para nós, contudo, que o princípio da dignidade não pode ser reduzido a nenhuma dessas dimensões (intimidade, honra, própria imagem, aspiração ao gozo da liberdade ou da igualdade, direito a não ser discriminado ou tratado com desprezo, direito ao desfrute de alimentação adequada, aspiração ao gozo de boa saúde, etc.), pois isso seria diminuí-la; porque a dignidade compreende e envolve, de uma vez, todas essas dimensões juntas, de modo indissociável. A dignidade, do ponto de vista jurídico, é, segundo entendemos, precisamente, um conjunto complexo de direitos e atributos da pessoa, o qual, por razão de sua intrínseca complexidade, é maior do que a soma de suas partes. Talvez por esse motivo, com apoio em Von Munich, houve ocasião de se dizer que o conceito de dignidade é mais bem apreendido a partir de uma perspectiva negativa, isto é, seria melhor não dizer o que é a dignidade de alguém e sim quando um comportamento ou atitude vulnera sua dignidade<sup>53</sup>.

Com todo o respeito a quem pensa de maneira diferente, entendemos que não cabe falar de uma extensão diferenciada entre dignidade humana (conceito geral) e dignidade humana do trabalhador (conceito mais restrito), salvo em questões relativas apenas à posição do trabalhador enquanto trabalhador, e não pessoa. Explicamo-nos: é possível falar de dignidade profissional do trabalhador (não de dignidade humana, que se percebe a diferença) que exige, por exemplo, desempenhar funções de acordo com as atribuições de suas qualificações profissionais; não é possível, porém, falar de uma dignidade humana do trabalhador diferenciada da dignidade humana mesma. E por quê? Porque a dignidade humana é uma totalidade, não se reparte. Não há – e as afirmações em sentido contrário não nos convencem, *data venia* – uma dignidade humana das mulheres, outra das crianças, outra dos negros, outra dos homossexuais, e assim sucessivamente. Existe a dignidade humana, e isto é suficiente, ou pelo menos a nós nos parece, para defender todo aquele, sem considerações adjetivas de qualquer ordem, membro de minorias ou não, que seja atacado em sua dimensão de pessoa, núcleo ontológico supremo de nossa consciência ética

---

de exclusión de los demás, de abstención de injerencias por parte de otro, tanto en lo que se refiere a la toma de conocimientos intrusiva como a la divulgación ilegítima de esos datos. La conexión de la intimidad con la libertad y dignidad de la persona implica que la esfera de la inviolabilidad de la persona frente a injerencias externas, el ámbito personal y familiar, sólo en ocasiones tenga proyección hacia el exterior, por lo que no comprende en principio los hechos referidos a las relaciones sociales y profesionales en que se desarrolla la actividad laboral, que están más allá del ámbito del espacio de intimidad personal y familiar sustraído a intromisiones extrañas por formar parte del ámbito de la vida privada (STCE 170/1987) [FJ. 7]”.

53 É oportuno, nesta ocasião, ter-se em conta que, não obstante o esforço dos parlamentares para por de manifesto os princípios jurídicos e os valores acatados pelo ordenamento jurídico e, particularmente, pela Constituição, a verdade é que os conceitos jurídicos ou os valores supremos do direito não atingem, porque “no pueden alcanzar por impedirlo la propia naturaleza de las cosas, una claridad o precisión absoluta”, conforme advertiu com destacada perspicácia o TCE (STCE 69/1989, de 20 de abril).

hodierna. Se isso não é uma realidade social (admitimos, sem pejo), a realidade não desmente, todavia, que deve constituir-se em nossa bandeira. É que, como ensinou Hume, não podemos, nem precisamos, decantar o *dever ser* do *ser*.

Os valores humanos destinam-se a tornar a vida digna de ser vivida e, por essa singela e destacada razão, aqueles valores que necessitam negar a dignidade humana para se afirmar produzem como resultado o contrário do que buscam: aviltam-se a si mesmos. Isso é assim porque, segundo a consciência jurídica corrente, é ilícito sacrificar, seja em nome da felicidade geral, seja em favor de interesses econômicos ou de qualquer outra categoria, a menor parcela da dignidade humana. Tudo considerado, impõe-se a inferência de que os valores, todos eles, de acordo com a leitura das democracias liberais pelo menos, prestam-se a realizar a dignidade humana, não o contrário.

A doutrina vem de construir, sem discrepâncias significativas de opinião, como procuramos evidenciar<sup>54</sup>, a ideia de dignidade como *minimum invulnerable*, e é com essa perspectiva que estamos concordes. Dizendo de outra maneira, para tentar dizer com mais propriedade e clareza, a dignidade da pessoa como representação de um *núcleo duro* de direitos e atributos que lhe são inerentes e que são intangíveis, que não são suscetíveis de vulneração em qualquer circunstância em que ela esteja, seja a de presidente da República, seja a de prisioneiro de um crime hediondo.

O Tribunal Constitucional Espanhol ministrou, para nós, um excelente conceito jurídico de dignidade humana na rumorosa STCE nº 120/1990, de 27 de junho, na qual apreciou um recurso de amparo (equivalente ao recurso extraordinário brasileiro) por meio do qual se pretendia modificar sentença que determinou que fosse subministrado tratamento terapêutico a presos em greve de fome, ainda que contra a sua vontade, no momento em que, segundo critério médico, estivessem eles em grave risco de morte. Disse o tribunal, muito apropriadamente, que a dignidade humana constitui princípio constitucional que deve permanecer intocável qualquer que seja a situação particular em que se encontre o indivíduo<sup>55</sup>.

54 LUQUE PARRA, M., *op. cit.*, p. 201.

55 Em atenção à sua relevância, reproduzimos a passagem da decisão: “Proyectada sobre los derechos individuales, la regla del art. 10.1 C.E. implica que, en cuanto ‘valor espiritual y moral inherente a la persona’, la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre – también, qué duda cabe, durante el cumplimiento de una pena privativa de libertad, como repetidamente se cuida de señalar la legislación penitenciaria –, constituyendo, en consecuencia, un ‘minimum’ invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que sean unas u otras las limitaciones que se impongan en el disfrute de derechos individuales, no conlleven menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona.”

## 70 ANOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO

Que a dignidade humana possa constituir – e oxalá constitua efetivamente – o nosso horizonte de perspectiva, o ponto culminante de nossa identidade jurídico-política, através do qual tudo o mais possa ser lido e interpretado. Não temos nada melhor.

Finalmente, pensamos que o sujeito-trabalhador, de que fala a Constituição, é precisamente o homem tal qual aqui apresentado, detentor de uma dignidade pessoal que não pode ser negligenciada, quer pelo Estado ao exercer sua soberania, quer pelo empregador, ao dar vazão ao seu poder diretivo.

# DIREITOS HUMANOS DOS TRABALHADORES: PERSPECTIVA DE ANÁLISE A PARTIR DOS PRINCÍPIOS INTERNACIONAIS DO DIREITO DO TRABALHO E DO DIREITO PREVIDENCIÁRIO

Gabriela Neves Delgado\*

## 1 – INTRODUÇÃO

A palavra *princípio* traduz, na língua portuguesa, a ideia de “origem, começo, causa primária, base ou germe”<sup>1</sup>.

Para Antônio Houaiss significa, ainda, “proposição elementar e fundamental que serve de base a uma ordem de conhecimentos” e, nesta dimensão, “proposição lógica fundamental sobre a qual se apoia o raciocínio”<sup>2</sup>.

Nas Ciências, a palavra princípio é apreendida com sentido similar. Ou seja, os princípios são compreendidos como proposições ideais construídas a partir de dada realidade e direcionadas à compreensão dessa realidade examinada<sup>3</sup>. São, portanto, proposições básicas e fundamentais de um sistema, que lhe garantem validade e legitimidade<sup>4</sup>.

Nas Ciências Jurídicas, os princípios se destacam por contribuir para a compreensão global e integrada de qualquer universo normativo. São diretrizes

---

\* Professora adjunta de Direito do Trabalho dos Programas de Graduação e Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UnB; coordenadora de graduação do curso de Direito da UnB; professora adjunta de Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho dos Programas de Graduação e Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFMG (2006-2009); professora de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da PUC Minas (2003-2006); doutora em Filosofia do Direito pela UFMG; mestre em Direito do Trabalho pela PUC Minas; advogada.

1 FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio – Século XXI: o dicionário da língua portuguesa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999. p. 1.369.

2 HOUAISS, Antônio. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. p. 2.299.

3 DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 8. ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 171.

4 CRETELLA Jr., José. *Curso de Direito Administrativo*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 3.

centrais que se inferem de um sistema jurídico e que após inferidas, a ele se reportam, informando-o<sup>5</sup>.

No Direito os princípios cumprem funções diferenciadas.

Na *fase pré-jurídica ou política*, despontam como proposições fundamentais que influenciam, enquanto veios iluminadores, a elaboração de regras e institutos jurídicos. Nesse momento, os princípios atuam como verdadeiras *fontes materiais do Direito*, na medida em que se apresentam como fatores de influência na produção da ordem jurídica<sup>6</sup>.

Na *fase jurídica* desempenham funções diferenciadas. Revelam-se como *princípios informativos ou descritivos* quando auxiliam no processo de interpretação, contribuindo para a compreensão de regras e institutos jurídicos<sup>7</sup>. Podem também cumprir o papel de *fonte supletiva ou subsidiária do Direito*, no caso da falta de regra jurídica própria utilizada pelo intérprete e aplicador do Direito em face de um caso concreto (art. 8º, CLT; art. 4º, LICC e art. 126, CPC)<sup>8</sup>.

Além das duas funções tradicionais destacadas, a doutrina contemporânea também identifica a *função normativa própria dos princípios*, reconhecendo-os por sua natureza de norma jurídica efetiva e não de simples enunciado meramente programático, não vinculante<sup>9</sup>. Essa é uma das razões, inclusive, para a qualificação dos princípios como “normas-chave”<sup>10</sup> ou “superfonte”<sup>11</sup> do sistema jurídico, “verdadeiros mandamentos de otimização”<sup>12</sup> da ordem jurídica.

Nessa linha de reflexão, sobretudo a partir do destaque dado à função contemporânea dos princípios, é que se passou a concluir que as normas jurídicas revelam em si caráter duplo, ou seja, exteriorizam-se ao mesmo tempo como regras e princípios<sup>13</sup>.

5 DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. Op. Cit. p. 172.

6 *Idem*. p. 174.

7 *Idem*. p. 174-175.

8 *Idem*. *Ibidem*.

9 Sobre a função normativa própria dos princípios, consultar: BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 4. ed. Brasília: UnB, 1994; ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1992; BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

10 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. Op. Cit. p. 257.

11 FLÓREZ-VALDEZ, Joaquín Arce y. *Los principios generales del Derecho y su formulación constitucional*. Madrid: Civitas, 1990. p. 53 e 56.

12 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Op. Cit. p. 86.

13 *Idem*. p. 83.

## 2 – PRINCÍPIOS DE DIREITOS HUMANOS

A formulação teórica sobre os Direitos Humanos é tarefa vasta e complexa, que exige do intérprete a sistematização de seus principais aspectos e prismas a partir de perspectivas diferenciadas de ordem filosófica, internacional e constitucional. O que importa, em verdade, é que tais perspectivas se ordenem a partir de um centro comum, que é a *concepção de dignidade da pessoa humana*, valor-fonte na contemporaneidade do Direito<sup>14</sup>.

Especificamente quanto à discussão filosófica sobre os Direitos Humanos, algumas questões fundamentais devem ser enfrentadas: os Direitos Humanos existem? Qual a natureza e fonte dos Direitos Humanos? Quais são os Direitos Humanos e como eles são justificados? Qual é o modo de tutela dos Direitos Humanos? Os Direitos Humanos são universais ou relativos?<sup>15</sup>

A primeira questão, referente à *existência dos Direitos Humanos*, foi justificada originariamente pelo *jusnaturalismo*, corrente do pensamento filosófico que considerava os homens dotados de direitos naturais anteriores à formação da sociedade, direitos que lhes pertenciam, pura e simplesmente, pelo fato de serem humanos. Foi com o *contratualismo*, todavia, que despontou a exigência de reconhecimento e garantia dos direitos do homem pelo Estado, a fim de que se tornassem juridicamente exigíveis. Posteriormente, em fins do século XVIII, entraram em confronto o racionalismo jusnaturalista, de um lado, e o utilitarismo e o historicismo, de outro<sup>16</sup>.

Atualmente predomina concepção voltada para a *historicidade* dos Direitos Humanos, em manifesto contraponto às teorias do direito natural<sup>17</sup>. Nessa perspectiva, os Direitos Humanos apresentam-se, no curso histórico, a partir de três momentos distintos do fenômeno jurídico: o da *conscientização* da existência de direitos naturais, evidentes à razão; o da *positivação* desses direitos no ordenamento constitucional; e, finalmente, o da *efetivação* dos direitos, eis que reconhecidos e concretizados no plano social de forma dinâmica e não compartimentada.

14 Sobre o valor da dignidade e o valor da dignidade no trabalho, consultar: DELGADO, Gabriela Neves. *Direito fundamental ao trabalho digno*. São Paulo: LTr, 2006.

15 HAYDEN, Patrick. *The philosophy of human rights*. Paragon House: St. Paul, 1965. XV. Sobre o tema, também consultar: DELGADO, Gabriela Neves. Direitos humanos. In: TRAVESSONI, Alexandre (Coord.-geral). *Dicionário de teoria e filosofia do Direito*. São Paulo: LTr, 2011. p. 132-135.

16 BOBBIO, Norberto; MATTEUCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Trad. Carmem C. Varriale et al.; Coord. de João Ferreira e rev. João Ferreira e Luís Guerreiro Pinto Cascais. 5. ed. v. 1. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000. p. 353.

17 SALGADO, Joaquim Carlos. Os direitos fundamentais. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais, n. 82, p. 15-69, jan. 1996. p. 16.

O segundo questionamento trata da *natureza dos Direitos Humanos*, variando, quanto ao tema, as correntes de pensamento. Os jusnaturalistas defendem que os Direitos Humanos são direitos naturais, decorrentes da natureza humana e que podem e devem ser reconhecidos pelo Estado. Corrente distinta – que se contrapõe ao jusnaturalismo – identifica os Direitos Humanos como “direitos subjetivos concedidos pelo Estado ao indivíduo, com base na autônoma soberania do Estado, que desta forma não se autolimita”<sup>18</sup>. Na linha intermediária, seguem os adeptos do contratualismo com a defesa dos Direitos Humanos fundados no contrato e expressos pela Constituição<sup>19</sup>.

A terceira questão apresentada ocupa-se com a *identificação dos Direitos Humanos*.

Tradicionalmente, os Direitos Humanos foram identificados e classificados em *gerações de direitos*, conforme o momento histórico em que surgiram<sup>20</sup>.

No curso do Estado Liberal de Direito desenvolveram-se, com predominância, os *direitos de primeira geração ou direitos de liberdade* (civis e políticos) que valorizam o homem enquanto indivíduo singular, livre e independente do Estado<sup>21</sup>.

Os direitos civis, conquistados no século XVIII, fundamentam a concepção liberal clássica de direitos. Os políticos, oriundos do século XIX, referem-se à liberdade de associação e participação política, eleitoral ou sindical<sup>22</sup>.

Importantes exemplos de constituições que exaltaram os direitos fundamentais de primeira geração são a Constituição Francesa de 1791 e a Constituição Norte-Americana de 1787.

Durante o Estado Social de Direito predominaram os *direitos de segunda geração ou direitos de igualdade* (sociais, culturais e econômicos, bem como os direitos coletivos ou de coletividades<sup>23</sup>) que valorizam o homem enquanto indivíduo pertencente a uma coletividade institucionalizada por um poder estatal de intervenção<sup>24</sup>. Tais direitos desenvolveram-se, sobretudo, a partir do século XIX, parte em decorrência das grandes manifestações operárias e sindicais,

18 BOBBIO, Norberto; MATTEUCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Op. Cit. p. 354.

19 *Idem. Ibidem.*

20 *Idem. Ibidem.*

21 VIEIRA, Listz. *Cidadania e globalização*. Rio de Janeiro: Record, 1997. p. 22.

22 *Idem. Ibidem.*

23 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 364.

24 VIEIRA, Listz. *Cidadania e globalização*. Rio de Janeiro: Record, 1997. p. 22.

principalmente pós-Revolução Industrial, parte em razão da estratégia adotada pelo próprio Estado para a manutenção da hegemonia do poder.

As Constituições Mexicana, de 1917, e Alemã, de 1919 (Weimar), foram precursoras no processo de afirmação do Estado Social e de constitucionalização dos direitos de segunda geração, processo que também se difundiu largamente pela Europa Ocidental após a Segunda Grande Guerra.

Com o Estado Democrático de Direito, algumas décadas depois, exaltam-se os *direitos de terceira geração ou direitos de fraternidade e solidariedade*, eminentemente difusos<sup>25</sup>, eis que marcados por uma alta carga de humanismo e de universalidade, por se ocuparem da defesa dos direitos genericamente atribuídos à sociedade como um todo<sup>26</sup>. São seus exemplos: direito à paz, ao meio ambiente, ao patrimônio comum da humanidade, à autodeterminação dos povos, entre outros<sup>27</sup>.

Há que se ressaltar que os Direitos Humanos não se revelam de forma estanque na marcha histórica. Enquanto *padrão de humanidade e reivindicação de ordem moral*<sup>28</sup> encontram-se em permanente processo de construção e reconstrução<sup>29</sup>, surgindo, no curso histórico, mediante processo cumulativo e qualitativo e não por meio de evolução linear<sup>30</sup>.

É que os Direitos Humanos integram uma mesma realidade dinâmica, podendo e devendo ser compreendidos em múltiplas dimensões, respeitados seus movimentos dialéticos. Diante disso, o sentido da expressão “gerações de direitos” vem sendo insistentemente criticado, por revelar a impressão de que no curso histórico uma geração de direitos é automaticamente substituída por outra, num processo de necessária alternância<sup>31</sup>. Ou, de outra sorte, que as três “gerações” se seguem cronologicamente no tempo, sem inversão possível

25 VIEIRA, Listz. *Cidadania e globalização. Op. Cit.* p. 23. Sobre o tema dos direitos difusos, consultar também: VERONESE, Josiane Rose Petry. *Interesses difusos e direitos das crianças e dos adolescentes*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

26 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 569-570.

27 Alguns juristas, como Paulo Bonavides, defendem a existência de uma quarta geração de direitos fundamentais, com destaque para os direitos à democracia, à informação e ao pluralismo. Sobre o tema, consultar: BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 569-570.

28 ROBLES, Gregorio. *Os direitos fundamentais e a ética na sociedade atual*. Tradução de Roberto Barbosa Alves. Barueri, São Paulo: Manole, 2005. p. 7.

29 ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo*. Tradução Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

30 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 517.

31 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 53.



(o que não se comprova, historicamente, pelo menos em certos países latino-americanos). Por essas razões, inclusive, é que também se fortalece na doutrina o uso da expressão “dimensões de direitos”.

Em outra medida, a identificação do *caráter indivisível, interdependente e inter-relacionado dos Direitos Humanos* representa decisivo avanço em relação à clássica divisão compartimentada e isolada de direitos, na medida em que respeita e exige uma interseção permanente do “catálogo de direitos civis e políticos ao catálogo de direitos sociais, econômicos e culturais”<sup>32</sup>.

Certo é que a teoria da indivisibilidade dos direitos fundamentais traduz um novo conceito de sujeito de direitos ao ultrapassar o paradigma liberal e elastecer o sentido de cidadania, assegurando-lhe o amplo leque de direitos fundamentais que lhe permita a plena integração à vida em sociedade<sup>33</sup>.

### 3 – A TUTELA DOS DIREITOS HUMANOS

Quanto à *tutela dos Direitos Humanos*, três grandes *eixos jurídicos de proteção*, necessariamente complementares e interdependentes, se apresentam. São eles: eixo global, regional e nacional.

O *primeiro eixo jurídico de proteção*, de amplitude universal, refere-se aos direitos estabelecidos na ordem internacional (tratados e convenções, por exemplo) que refletem um patamar civilizatório universal de direitos compartilhados pelos Estados enquanto parâmetro mínimo de proteção – o denominado “mínimo ético irredutível”<sup>34</sup>.

Instrumento certamente decisivo na proteção internacional aos Direitos Humanos é a *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, de 1948. Também compõem a carta mundial dos Direitos Humanos o *Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos* e o *Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*, ambos de 1966.

Permanecem válidas e atuais a *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, de 1789, e a *Declaração Americana da Independência*, de 1776,

---

32 PIOVESAN, Flávia. Direitos sociais, econômicos e culturais e direitos civis e políticos. *SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos*. São Paulo: Rede Universitária de Direitos Humanos. Ano 1. Número 1. 2004. p. 22.

33 MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Poder municipal: paradigmas para o Estado constitucional brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p. 101.

34 PIOVESAN, Flávia. Direitos sociais, econômicos e culturais e direitos civis e políticos. *SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos*. São Paulo: Rede Universitária de Direitos Humanos. Ano 1. Número 1. 2004. p. 24.

ambas identificadas como documentos precursores, de franca inspiração jus-naturalista, a declarar direitos do ser humano.

O *segundo eixo jurídico de proteção* é composto pelos sistemas regionais de proteção aos Direitos Humanos, com destaque para os da Europa, América e África. Há também um sistema árabe e a “proposta de criação de um sistema regional asiático”<sup>35</sup>.

Finalmente, o *terceiro eixo jurídico de proteção* é o nacional, cuja apresentação se dá especialmente pela previsão dos *direitos fundamentais* nas constituições, como é o caso brasileiro com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, marco jurídico da institucionalização dos Direitos Humanos no País.

Aqui se percebe que a ideia de direitos fundamentais, quanto à sua formulação lógica, está diretamente relacionada à concepção de Direitos Humanos. É que os direitos fundamentais expressam e concretizam os Direitos Humanos, no ordenamento nacional, por meio das constituições. São, portanto, direitos reconhecidos e objetivamente regulamentados e vigentes a partir de uma ordem jurídica concreta e particularizada de cada Estado soberano<sup>36</sup>.

Como os diversos eixos jurídicos de proteção devem interagir em benefício dos indivíduos protegidos, e o que importa é o grau de eficácia dessa proteção, deve-se aplicar, em cada caso concreto, “a norma que ofereça melhor proteção à vítima”, adotando-se o valor humano, orientado pelo postulado da dignidade da pessoa humana, como referência maior para o cotejo da norma<sup>37</sup>. No caso do Direito do Trabalho, a norma mais favorável ao trabalhador será identificada pela *teoria do conglobamento*<sup>38</sup>.

É, porém, pela *vedação a qualquer medida de retrocesso social* que os Direitos Humanos demonstram seu *caráter progressivo* decisivo<sup>39</sup>.

O *princípio da progressividade*, em específico, pode ser analisado por meio das perspectivas estática e dinâmica.

---

35 *Idem.* p. 25.

36 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 369.

37 PIOVESAN, Flávia. Direitos sociais, econômicos e culturais e direitos civis e políticos. *SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos*. São Paulo: Rede Universitária de Direitos Humanos. Ano 1. Número 1, 2004. p. 25.

38 DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. *Op. Cit.* p. 166.

39 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 415.

A *perspectiva estática* destaca a existência de um núcleo duro de direitos que deve ser efetivado independentemente das condições econômicas e culturais de cada país ou do processo de ratificação dos diplomas internacionais (caso os Estados-membros adotem formalmente o processo de ratificação, é claro). É a hipótese, por exemplo, da Declaração da OIT relativa aos princípios e direitos fundamentais no trabalho, adotada pela Conferência Internacional do Trabalho, em sua 86ª sessão, em Genebra (doravante Declaração de 1998)<sup>40</sup>.

Quanto à *perspectiva dinâmica*, o princípio da progressividade exige que as normas internacionais aperfeiçoem a legislação nacional, não sendo adotadas, em hipótese alguma, para diminuir o padrão de proteção já firmado.

Resta comprovado, portanto, o sentido bidirecional de referido princípio: determinar e estimular a progressão social, além de vedar medidas de retrocesso<sup>41</sup>.

Por todas as razões expostas é que se há de enfatizar que os eixos jurídicos de proteção aos Direitos Humanos revelam em seu conteúdo um prisma ético, já que exaltam o homem em sua condição valorosa e superior de ser humano, o que significa, em outra medida, *o direito de viver em elevadas condições de dignidade*.

#### 4 – A UNIVERSALIDADE DOS DIREITOS HUMANOS

Outra discussão proposta neste texto indaga sobre a *universalidade dos Direitos Humanos*, atributo que legitima sua transcendência e presença no gênero humano sem fronteiras, vigorando enquanto máximas da civilização, o que lhes assegura validade, independentemente de sua positivação no ordenamento jurídico interno de cada país do globo<sup>42</sup>.

O universalismo dos Direitos Humanos, como parte da concepção de “Humanidade global”<sup>43</sup>, é criticado por aqueles que defendem a tese do relativismo cultural, sob o argumento de que os direitos considerados essenciais

---

40 Sobre o tema, consultar: BARZOTTO, Luciane Cardoso. *Direitos humanos e trabalhadores*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

41 REIS, Daniela Muradas. *O Princípio da vedação do retrocesso no Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2010.

42 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 143.

43 FRANCO, Marcelo Veiga. Direitos humanos x direitos fundamentais: matriz histórica sob o prisma da tutela da dignidade da pessoa humana. In: OLIVEIRA, Márcio Luís de (Coord.). *O Sistema Interamericano de proteção dos direitos humanos: interface com o direito constitucional contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 7.

ao ser humano variam de cultura para cultura, o que impede que transcendam fronteiras nacionais e contingências jurídicas específicas.

Recentemente há também a defesa do multiculturalismo dos Direitos Humanos, corrente de pensamento que se contrapõe às demais por defender “uma política progressista de direitos humanos com âmbito global e com legitimidade local”<sup>44</sup>. Alerta para a necessidade do respeito às especificidades culturais dos povos, mas desde que todas as culturas sejam percebidas como incompletas e imperfeitas. Nesse sentido, os Direitos Humanos se desenvolveriam pela interlocução entre as mais diversas culturas, operando como forma de “cosmopolitismo”, como “globalização contra-hegemônica”<sup>45</sup>.

Quanto a esse último aspecto, importa destacar, a propósito, que regimes autoritários de Estado, que impedem a formulação de experiências democráticas, têm o poder de esterilizar o desenvolvimento dos Direitos Humanos enquanto padrão de gestão social. É na Democracia, portanto, que se consolidam as necessidades e pressupostos básicos para a prática e proteção aos Direitos Humanos e, em última instância, para a valorização absoluta e prevalecente da dignidade da pessoa humana<sup>46</sup>.

### 5 – PRINCÍPIOS INTERNACIONAIS DO DIREITO DO TRABALHO E DO DIREITO PREVIDENCIÁRIO

Os princípios de Direitos Humanos, enquanto postulados básicos dos sistemas jurídicos contemporâneos ocidentais, irradiam-se por todos eles, informando-os. Seu valor-fonte é a *dignidade do ser humano*, pressuposto indispensável para a sua construção normativa, valor de referência do pensamento jurídico e político moderno<sup>47</sup>.

A compreensão de que *o ser humano é o centro convergente dos Direitos Humanos* é fundamento indispensável para a construção do arcabouço principiológico da Ciência do Direito, ainda mais quando se trata de direitos sociais, como é o caso do Direito do Trabalho e do Direito Previdenciário.

---

44 SANTOS, Boaventura de Sousa. *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

45 *Idem*.

46 PIOVESAN, Flávia. Direitos sociais, econômicos e culturais e direitos civis e políticos. *SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos*. São Paulo: Rede Universitária de Direitos Humanos. Ano 1. Número 1. 2004. p. 26.

47 BARZOTTO, Luciane Cardoso. *Direitos humanos e trabalhadores*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

Veja que o Direito do Trabalho e o Direito Previdenciário, respeitadas suas particularidades, têm como princípio matriz, considerada a ordem internacional e a legislação pátria, o *Princípio da Proteção*. No Direito Previdenciário, o *Princípio da Solidariedade Social* também é seu postulado básico.

O princípio da proteção, à luz do Direito do Trabalho, informa a necessidade de esse ramo jurídico estruturar, através de seu complexo normativo, uma teia de proteção à parte hipossuficiente da relação de emprego (o empregado e, por determinação constitucional, o trabalhador avulso) de modo a atenuar, no plano jurídico, o desequilíbrio fático de poder inerente às partes contratantes, além de promover melhores condições de pactuação da força de trabalho<sup>48</sup>.

O princípio da proteção, para o Direito Previdenciário, ressalta o direito de todo trabalhador ser protegido pelo Estado em face de determinada contingência (o designado “risco social”), sob pena de perecimento. Destaca, ainda, o dever do Estado de suportar tais contingências, quando houver eventos impeditivos da aquisição de meios habituais de subsistência pelo próprio trabalhador<sup>49</sup>.

Evidentemente que no plano do Direito Previdenciário a tutela se estende para além da pessoa do trabalhador, atingindo também sua família, além de abranger outros segurados que não se enquadrem na posição efetiva de trabalhador (ilustrativamente, profissionais liberais, empresários, entre outros).

O princípio da solidariedade social conclama pela necessidade de contribuição coparticipada da sociedade para o sustento de seus cidadãos. Corresponde, portanto, à universalização da técnica de proteção social.

Para Wladimir Novaes Martinez, a solidariedade ou solidarismo é “instituição humana profunda e permeia toda a organização social”. Eleita como um dos objetivos permanentes da sociedade brasileira adota como estratégia de proteção “a obrigatoriedade de pessoas com maior capacidade contributiva aportarem recursos a favor de si e de outros seres humanos sem essa força de contribuição”<sup>50</sup>. Ou seja, as pessoas mais abastadas contribuem com parcela maior em relação aos mais empobrecidos<sup>51</sup>. Nas palavras de Arnaldo Süssekind

---

48 DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho. Op. Cit.* p. 183.; RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1993. p. 28, 42 e 43.

49 MARTINEZ, Wladimir Novaes. *A Seguridade Social na Constituição Federal*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1992. p. 49-70.

50 MARTINEZ, Wladimir Novaes. *A Seguridade Social na Constituição Federal. Op. Cit.* p. 29.

51 GONÇALVES, Odonel Urbano. *Manual de Direito Previdenciário*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 28.

e Délio Maranhão, “os que possuem rendimentos mais baixos se beneficiam da participação financeira dos que têm maior capacidade econômica”<sup>52</sup>.

### 6 – A TUTELA DOS DIREITOS HUMANOS TRABALHISTAS E PREVIDENCIÁRIOS: UMA ANÁLISE A PARTIR DOS PRINCÍPIOS INTERNACIONAIS DECORRENTES

A tutela dos direitos trabalhistas e previdenciários também pode ser identificada a partir dos eixos jurídicos de proteção aos Direitos Humanos como um todo (eixos internacional, regional e nacional).

O presente texto concentra-se na análise do *eixo internacional de proteção social*, a partir da identificação dos princípios internacionais do Direito do Trabalho e do Direito Previdenciário alçados à condição de Direitos Humanos.

A *Declaração Universal dos Direitos do Homem*, de 1948, consagra princípios fundamentais da ordem jurídica internacional, sendo considerada fonte de máxima hierarquia no Direito<sup>53</sup>.

Tamanha sua importância, “a Declaração transformou os direitos humanos num tema global e universal no sistema internacional e traçou a *vis directiva* de uma política do Direito voltada para a positivação dos Direitos Humanos no âmbito do Direito Internacional Público”<sup>54</sup>.

No plano do *Direito Individual do Trabalho*, ressalta o direito de todo homem, sem qualquer distinção, a igual remuneração por igual trabalho; o direito a uma remuneração justa e satisfatória; o direito a repouso e lazer, inclusive com a limitação razoável das horas de trabalho; o direito às férias remuneradas periódicas; o direito ao trabalho; à livre escolha de emprego; a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego.

No plano do *Direito Coletivo do Trabalho*, assegura ao homem o direito de organizar sindicatos e a neles ingressar para proteger seus interesses.

---

52 SÜSSEKIND; Arnaldo; MARANHÃO, Délio. *Direito do Trabalho e Previdência Social*: pareceres. São Paulo: LTr, (s.d.). p. 285.

53 SÜSSEKIND, Arnaldo. *Instituições de Direito do Trabalho*. Volume II. São Paulo: LTr, 1996. p. 1.403. Consultar ainda: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A Proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil (1948 – 1997)*: as primeiras cinco décadas. 2. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2000. p. 23-27.

54 LAFER, Celso. *A internacionalização dos direitos humanos*: o desafio de ter direitos. *Apud*: AGUIAR, Odílio Alves; PINHO, Celso de Moraes; FRANKLIN, Karen. *Filosofia e direitos humanos*. Fortaleza: Editora UFC, 2006. p. 30.

No âmbito *previdenciário*, assegura ao homem o direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive o direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

A *Declaração de Filadélfia* (declaração relativa aos fins e objetivos da OIT), de 1944, arrola os *princípios fundamentais do Direito Internacional do Trabalho*.

O primeiro de seus princípios afirma que “*o trabalho não é uma mercadoria*”.

A afirmação do valor trabalho digno nas principais economias capitalistas ocidentais desponta como um dos marcos da estruturação da democracia social no mundo contemporâneo<sup>55</sup>. Onde o direito ao trabalho não for minimamente assegurado (por meio, sobretudo, da garantia dos direitos fundamentais de indisponibilidade absoluta) não haverá dignidade humana que sobreviva. É, portanto, pelo trabalho digno que o homem encontra sentido para a vida. Nesse contexto, o Direito do Trabalho é o principal instrumento de desmercantilização do labor humano na economia capitalista, favorecendo esse trabalho com regras superiores aos simples imperativos do mercado<sup>56</sup>.

O segundo princípio da Declaração de Filadélfia é o que manifesta a *liberdade de expressão e de associação como condições indispensáveis a um progresso ininterrupto*.

A liberdade de expressão e associação firma a participação de toda a sociedade no Estado Democrático de Direito, garantindo a manifestação franca do pensamento e a larga possibilidade associativa no País.

A previsão do pluralismo político, no caso brasileiro, é exemplo do reconhecimento da liberdade de expressão, assim como o princípio da livre manifestação do pensamento<sup>57</sup>.

Quanto à liberdade de associação, preceitua o art. 8º da Constituição Federal de 1988 o direito à livre associação profissional ou sindical, independentemente de autorização dos entes públicos<sup>58</sup>.

---

55 DELGADO, Mauricio Godinho. *Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos da reconstrução*. São Paulo: LTr, 2005. p. 28-29.

56 DELGADO, Gabriela Neves. *Direito fundamental ao trabalho digno*. *Op. Cit.* p. 207.

57 ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. A Organização Internacional do Trabalho e a Proteção dos Direitos Humanos Sociais do Trabalhador. *Revista LTr*, v. 71, p. 604-615, 2007. Consultar também: ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. *O Direito do Trabalho como dimensão dos direitos humanos*. São Paulo: LTr, 2009.

58 Essa liberdade, na Constituição brasileira, não dispensa o registro no órgão competente (art. 8º, II, CF/88 e Súmula nº 677, STF).



O terceiro princípio fundamental do Direito Internacional do Trabalho dispõe que “a penúria, seja onde for, constitui um perigo para a prosperidade geral”.

A pobreza extrema e a exclusão social violam a dignidade da pessoa humana. Uma das alternativas para diminuir as desigualdades sociais se dá pela efetivação e generalização do Direito do Trabalho, por ser ele “o mais generalizante e consistente instrumento assecuratório de efetiva cidadania, no plano socioeconômico, e de efetiva dignidade, no plano individual”<sup>59</sup>.

Finalmente, o quarto princípio fundamental do Direito Internacional do Trabalho expressa que “a luta contra a carência, em qualquer nação, deve ser conduzida com infatigável energia, e por um esforço internacional contínuo e conjugado, no qual os representantes dos empregadores e dos empregados discutam, em igualdade com os do Governo, e tomem com eles decisões de caráter democrático, visando o bem comum”.

A luta contra a carência constitui um dos principais objetivos da OIT e deverá ser promovida por meio de participação dos representantes dos empregados, empregadores e governo (estratégia do *diálogo social* ou *tripartismo*).

Além de discriminar os princípios fundamentais do Direito Internacional do Trabalho, a Declaração de Filadélfia afirma que a paz, para ser duradoura, deve assentar-se sobre a justiça social.

O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, adotado pela XXI Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 19 de dezembro de 1966, revela perfeita sintonia com os princípios sociais consagrados pelas inúmeras convenções e recomendações da OIT. No entanto, conforme ensina Arnaldo Süssekind, o nível de proteção dos instrumentos adotados pela OIT supera, em muitos casos, as garantias inseridas no Pacto. Além disso, muitos dos preceitos do Pacto, ao contrário do que ocorre com a maioria das convenções da OIT, são de caráter promocional – o que evidentemente não desobriga os Estados que o ratificaram de implantarem suas normas progressivamente<sup>60</sup>.

O que se percebe é que a OIT, desde sua criação, em 1919, pelo Tratado de Versalhes, demonstra preocupação permanente em proteger o trabalhador, assegurando-lhe condições dignas de trabalho e de seguridade social.

---

59 DELGADO, Mauricio Godinho. *Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos da reconstrução*. Op. Cit. p. 142.

60 SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito Internacional do Trabalho*. Op. Cit. p. 325.



Importante iniciativa nesse sentido foi tomada pela OIT, no seio da 86ª Conferência Internacional do Trabalho, em 1998, em que foi elaborada a *Declaração sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho (Declaração de 1998)*.

Dito instrumento normativo definiu, como direitos humanos básicos dos trabalhadores, os direitos à liberdade de associação e à negociação coletiva (Convenção nº 87 da OIT, não ratificada pelo Brasil e Convenção nº 98 da OIT, ratificada pelo Brasil); à eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou compulsório (Convenções ns. 29 e 105 da OIT, ambas ratificadas pelo Brasil); à efetiva abolição do trabalho infantil (Convenções ns. 138 e 182 da OIT, ambas ratificadas pelo Brasil) e à eliminação da discriminação no que diz respeito ao emprego e à ocupação (Convenções ns. 100 e 111 da OIT, ambas ratificadas pelo Brasil).

Devido à posição central que os direitos humanos dos trabalhadores ocupam, a Declaração de 1998 enfatiza que todos os Estados-membros estão obrigados a respeitá-los, promovê-los e efetivá-los, pelo único motivo de se terem filiado à OIT e independentemente de terem ratificado as Convenções da Organização que tratam do assunto<sup>61</sup>.

Aos Estados-membros é assegurada liberdade para definir a forma que os direitos serão incorporados ao seu ordenamento jurídico, sendo o processo de ratificação apenas uma das opções. Assim, é possível adaptar as diretrizes da OIT às particularidades de cada país<sup>62</sup>.

Certamente, o respeito aos direitos humanos dos trabalhadores implicará a concretização dos principais objetivos da OIT: promover o trabalho digno e, assim, “garantir que o desenvolvimento econômico seja acompanhado de um real desenvolvimento social”<sup>63</sup>.

### 7 – TRATADOS E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS SOBRE DIREITOS HUMANOS: BREVE ANÁLISE DA INTEGRAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Os tratados e convenções internacionais ratificados pelo Brasil integram o rol de suas *fontes formais heterônomas*.

---

61 ANDRADE, Fernanda Rodrigues Guimarães. *Direitos humanos dos trabalhadores: uma análise da Declaração da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre os princípios e direitos fundamentais no trabalho*. Projeto de pesquisa orientado pela Profª. Dra. Gabriela Neves Delgado e apresentado, pela aluna bolsista, ao Programa de Iniciação Científica da FAPEMIG. Elaborado conforme as diretrizes do NAPq da Faculdade de Direito da UFMG. 2010.

62 *Idem*.

63 *Idem*.

Quando os tratados e convenções internacionais são ratificados no Brasil, ingressam na ordem jurídica interna com o *status* de norma infraconstitucional, com a qualificação de lei ordinária. Isso significa que se submetem aos critérios de constitucionalidade existentes, podendo ser declarados inválidos, mesmo após ratificados, se houver afronta a regra ou princípio constitucional<sup>64</sup>.

Com a reforma do Poder Judiciário, promulgada em dezembro de 2004 (EC nº 45), os tratados e convenções internacionais *sobre direitos humanos* adquiriram *status* de *emenda constitucional*, mas desde que aprovados com ritos e *quorum* similares aos de emenda constitucional (3/5 de cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos)<sup>65</sup>.

Em dezembro de 2008, o STF modificou em parte sua jurisprudência ao determinar que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos têm *patamar supralegal* (acima das leis ordinárias e complementares). Caso sua ratificação seja feita com o *quorum* especial das emendas constitucionais – e apenas nessa hipótese –, alcançam *status* de emenda constitucional<sup>66</sup>.

Diante disso, a *hierarquia dos tratados internacionais no ordenamento jurídico brasileiro* respeita a seguinte orientação: caso os tratados internacionais de direitos humanos sejam aprovados com o *quorum* especial das emendas constitucionais (aprovação em dois turnos por voto de 3/5 dos membros das casas do Congresso), terão *status* de emenda constitucional; caso não sejam aprovados pelo processo legislativo das emendas constitucionais, serão considerados *norma supralegal*. Finalmente, os tratados internacionais que não versem sobre direitos humanos ingressam no ordenamento jurídico pátrio na condição hierárquica equivalente à das leis ordinárias<sup>67</sup>.

## 8 – CONCLUSÃO

Os princípios internacionais do Direito do Trabalho e do Direito Previdenciário, alçados à condição de Direitos Humanos, centralizam o homem em seu valor maior de ser humano. Promovem, assim, uma visão humanitária dos direitos sociais, revelando o trabalho digno e a seguridade social como direitos fundamentais universais.

---

64 DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. Op. Cit. p. 144-145.

65 § 3º do art. 5º da CF/88, inserido pela EC nº 45/04.

66 DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. Op. Cit. p. 144.

67 FERNANDES, Mateus Beghini. *Eficácia privada dos direitos fundamentais nas relações trabalhistas no Brasil*. Dissertação de mestrado. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. Belo Horizonte, 2008. p. 35-36.

Enfim, a matriz filosófica dos diversos instrumentos internacionais de proteção social identificados realça o sistema da seguridade social e o valor do trabalho a partir de uma perspectiva ética, com suporte na dignidade do ser humano.

Obviamente que além do reconhecimento da importância social dos princípios de direitos humanos dos trabalhadores é preciso também concretizá-los, viabilizando sua afirmação ética, enquanto elemento indispensável para a constituição, crescimento e realização do sujeito-trabalhador.

### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. *O Direito do Trabalho como dimensão dos direitos humanos*. São Paulo: LTr, 2009.

\_\_\_\_\_. A Organização Internacional do Trabalho e a proteção dos direitos humanos sociais do trabalhador. *Revista LTr*, v. 71, p. 604-615, 2007.

ANDRADE, Fernanda Rodrigues Guimarães. *Direitos humanos dos trabalhadores: uma análise da Declaração da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre os princípios e direitos fundamentais no trabalho*. Projeto de pesquisa orientado pela Profª. Dra. Gabriela Neves Delgado e apresentado, pela aluna bolsista, ao Programa de Iniciação Científica da FAPEMIG. Elaborado conforme as diretrizes do NAPq da Faculdade de Direito da UFMG. 2010.

ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo*. Tradução Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

BARZOTTO, Luciane Cardoso. *Direitos humanos e trabalhadores*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 4. ed. Brasília: UnB, 1994.

\_\_\_\_\_; MATTEUCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Trad. Carmem C. Varriale et al.; Coord. de João Ferreira e rev. João Ferreira e Luís Guerreiro Pinto Cascais. 5. ed. v. 1. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1992.

CRETELLA Jr., José. *Curso de Direito Administrativo*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

DELGADO, Gabriela Neves. *Direito fundamental ao trabalho digno*. São Paulo: LTr, 2006.

\_\_\_\_\_. Direitos Humanos. In: TRAVESSONI, Alexandre (Coord.-geral). *Dicionário de teoria e filosofia do Direito*. São Paulo: LTr, 2011. p. 132-135.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 8. ed. São Paulo: LTr, 2009.

## 70 ANOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO

\_\_\_\_\_. *Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos da reconstrução*. São Paulo: LTr, 2005.

FERNANDES, Mateus Beghini. *Eficácia privada dos direitos fundamentais nas relações trabalhistas no Brasil*. Dissertação de mestrado. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. Belo Horizonte, 2008.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio – Século XXI: o dicionário da língua portuguesa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

FLÓREZ-VALDEZ, Joaquín Arce y. *Los principios generales del Derecho y su formulación constitucional*. Madrid: Civitas, 1990.

FRANCO, Marcelo Veiga. Direitos humanos X direitos fundamentais: matriz histórica sob o prisma da tutela da dignidade da pessoa humana. In: OLIVEIRA, Márcio Luís de (Coord.). *O Sistema Interamericano de proteção dos direitos humanos: interface com o direito constitucional contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

GONÇALVES, Odonel Urbano. *Manual de Direito Previdenciário*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

HAYDEN, Patrick. *The philosophy of human rights*. Paragon House: St. Paul, 1965.

HOUAISS, Antônio. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

LAFER, Celso. A internacionalização dos direitos humanos: o desafio de ter direitos. *Apud* AGUIAR, Odílio Alves; PINHO, Celso de Moraes; FRANKLIN, Karen. *Filosofia e direitos humanos*. Fortaleza: Editora UFC, 2006.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Poder municipal: paradigmas para o Estado constitucional brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

MARSHALL, T. H. *Cidadania, classe social e status*. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. *A Seguridade Social na Constituição Federal*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1992.

PIOVESAN, Flávia. Direitos sociais, econômicos e culturais e direitos civis e políticos. *SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos*. São Paulo: Rede Universitária de Direitos Humanos. Ano 1. Número 1. p. 21-43. 2004.

REIS, Daniela Muradas. *O princípio da vedação do retrocesso no Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2010.

ROBLES, Gregorio. *Os direitos fundamentais e a ética na sociedade atual*. Tradução de Roberto Barbosa Alves. Barueri, São Paulo: Manole, 2005.

RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1993.

SALGADO, Joaquim Carlos. Os direitos fundamentais. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais, n. 82, p. 15-69, jan. 1996.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

## 70 ANOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO

SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito Internacional do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1987.

\_\_\_\_\_. *Instituições de Direito do Trabalho*. v. II. São Paulo: LTr, 1996.

\_\_\_\_\_; MARANHÃO, Délio. *Direito do Trabalho e Previdência Social*: pareceres. São Paulo: LTr, (s.d.).

*Trabalho digno para todos*: Um Mundo Melhor Começa Aqui. Disponível em: <[http://www.ilo.org/global/About\\_the\\_ILO/Mainpillars/WhatisDecentWork/lang--en/index.htm](http://www.ilo.org/global/About_the_ILO/Mainpillars/WhatisDecentWork/lang--en/index.htm)>. Acesso em: 12 dez. 2009.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil (1948 – 1997)*: as primeiras cinco décadas. 2. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2000.

VIEIRA, Listz. *Cidadania e globalização*. Rio de Janeiro: Record, 1997.

VERONESE, Josiane Rose Petry. *Interesses difusos e direitos das crianças e dos adolescentes*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

# FUNDAMENTAÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO MATERIAL COLETIVO E DO DIREITO PROCESSUAL COLETIVO: REFLEXÕES A PARTIR DA NOVA SUMMA DIVISIO ADOTADA NA CF/88 (TÍTULO II, CAPÍTULO I)

Gregório Assagra de Almeida\*  
Luiz Philippe Vieira de Mello\*\*

## 1 – INTRODUÇÃO

O Direito é atualmente apontado por muitos como a espinha dorsal da sociedade. Nesse contexto, ele possui alguns pilares que orientam seu funcionamento e o funcionamento da sociedade. Entre eles, interessa explicitar um que, por tamanha sua importância, é considerado o núcleo essencial para todo ordenamento jurídico democrático, qual seja: o conjunto dos direitos e das garantias constitucionais fundamentais, os quais possuem força normativa em grau máximo.

Nesse contexto, um elemento novo na Constituição altera de modo significativo a perspectiva em que se vê o Direito como um todo. E é exatamente isso que se constata na Constituição Federal de 1988, que foi a primeira de toda nossa história a inserir expressamente os direitos coletivos, ao lado dos direitos individuais, no plano dos direitos e das garantias constitucionais fundamentais.

Essa mudança de paradigma tem o condão de produzir o surgimento de uma nova *summa divisio* constitucionalizada, de modo que a antiga divisão

---

\* Mestre e doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; professor e coordenador do programa de pós-graduação da Universidade de Itaúna (MG); promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais; coordenador pedagógico do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público do Estado de Minas Gerais; membro da comissão de juristas do Ministério da Justiça que elaborou o Anteprojeto da Nova Lei da Ação Civil Pública, convertido no Projeto de Lei nº 5.139/09 (2008-2009); jurista integrante da Câmara de Desenvolvimento Científico da Escola Superior do Ministério Público da União; professor visitante do curso de doutorado da Universidad Lomas de Zamora – Buenos Aires – Argentina.

\*\* Bacharelado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais.

entre Público e Privado, por contrariar os princípios do Estado Democrático de Direito e a própria evolução da teoria dos direitos fundamentais, não foi recepcionada<sup>1</sup>.

Tem-se, então, um novo elemento associado a uma forma inovadora de interpretar e de concretizar o ordenamento jurídico, que será objeto de destaque na construção deste artigo.

Seguindo esse raciocínio, o texto apresenta, primeiramente, a fundamentação dessa nova divisão constitucional, suas razões e sua relevância social, para, depois de compreendida a linha de pensamento que guia este Estado Democrático de Direito, aprofundar na análise dos princípios e das regras interpretativas do direito processual coletivo. Constata-se o surgimento do direito processual coletivo como um ramo autônomo, com objeto, método e institutos próprios. Na sequência, são apontados os obstáculos relacionados à compreensão e aplicação desse novo ramo do direito processual e apresentadas conclusões pontuais sobre os temas abordados, com a indicação das referências bibliográficas que ampararam a pesquisa.

### 2 – OS DIREITOS OU INTERESSES DIFUSOS, COLETIVOS E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS

A Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988, foi a primeira Constituição do País em que o Direito Coletivo, amplamente considerado, foi inserido, ao lado dos direitos individuais, no plano da teoria dos direitos e garantias constitucionais fundamentais positivada no sistema jurídico pátrio. A inserção consta de texto expresso da Constituição, como um dos seus capítulos, o primeiro do Título II, sobre os *Direitos e Garantias Fundamentais* e, certamente, é o resultado da legítima atuação das forças sociais e políticas que contribuíram e pressionaram a Assembleia Nacional Constituinte, instalada no País em 1987<sup>2</sup>.

---

1 ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito material coletivo – superação da summa divisio direito público e direito privado por fuma nova summa divisio constitucionalizada*, p. 22-57.

2 A respeito da importância das forças sociais e políticas na elaboração da CF/88, manifestou CITTADINO, Gisele: "(...) A Constituição Federal de 1988, elaborada através de um processo de participação no qual estiveram presentes as mais variadas forças, é reveladora de como o retorno ao direito pode significar uma valorização do espaço público da política". *Pluralismo, Direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*, p. 234. Relatam BONAVIDES, Paulo e ANDRADE, Paes de: "Enfim, uma Constituinte, como nunca, aliás, houve em nossa história constitucional de várias repúblicas e um império, em que o povo esteve realmente perto dos mandatários da soberania e sem quaisquer obstáculos lhes trouxe o subsídio de sua colaboração e o préstimo de sua vontade. A presença da sociedade nunca faltou, portanto, nas diversas ocasiões em que ocorreram dramáticos conflitos de interesses, dos quais haveria de emergir afinal as regras básicas disciplinadoras de matéria a ser posta no texto da Constituição". *História constitucional do Brasil*, p. 495-496.

Não há previsão, nesse sentido, nas Constituições de outros países, tais como a Constituição Norte-Americana, de 1787, e suas respectivas Emendas, a Constituição italiana de 1947, a Constituição alemã de 1949, a Constituição francesa de 1958, a Constituição espanhola de 1978; a Constituição Argentina de 1994. Nem mesmo a proposta de uma *Constituição Europeia* insere o Direito Coletivo no plano das teorias dos direitos fundamentais. A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, proclamada em Nice, aos 07 de dezembro de 2002, igualmente não faz menção expressa ao Direito Coletivo como categoria dos direitos fundamentais.

A Constituição portuguesa de 1976, na Parte I, referente aos *Direitos e Deveres fundamentais*, Título I, dos *Princípios Gerais*, prevê, em seu art. 12: *1. Todos os cidadãos gozam dos direitos e estão sujeitos aos deveres consignados na Constituição. 2. As pessoas colectivas gozam dos direitos e estão sujeitos aos deveres compatíveis com a sua natureza*<sup>3</sup>. A doutrina portuguesa não tem, contudo, realizado uma leitura ampliativa e construtiva da previsão do art. 12, 2, transcrito. Jorge Miranda, por exemplo, chega a afirmar que o fato de a Constituição portuguesa ter acrescentado direitos às pessoas coletivas não representa equiparação aos direitos individuais<sup>4</sup>.

A Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, ao contrário, utiliza-se de termo mais adequado e amplo, colocando no mesmo patamar *Direitos Individuais e Direitos Coletivos* (Título II, Capítulo I). Ao invés de utilizar o termo pessoa, dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, a Constituição brasileira vale-se do termo Direitos Coletivos no plural, de forma a abranger, em uma dimensão constitucional objetiva, todas as espécies de direitos ou interesses coletivos.

As assertivas acima não significam que não possa haver proteção do Direito Coletivo ante a Constituição de outros países. Sustenta-se, isso sim,

- 
- 3 Sobre as pessoas coletivas, aduz ANDRADE, Manuel A. Domingues de: "(...) são organizações constituídas por um agrupamento de pessoas ou por um complexo patrimonial (massa de bens), tendo em vista a prossecução dum interesse comum determinado, e às quais a ordem jurídica atribui a qualidade de sujeitos de direito, isto é, reconhece como centros autônomos de relações jurídicas (...)". Acrescenta o jurista português: "(...) Pessoa colectiva é desde logo o próprio Estado (art. 37º). São pessoas colectivas os concelhos (Cód. Adm., art. 14º), as freguesias (Cód. Adm., art. 196º, parágrafo único) e as províncias (Cód. Adm., art. 284º, parágrafo único), as Misericórdias (Cód. Adm., arts. 416º e 433º), as associações religiosas (Cód. Adm., arts. 416º e 449º), as sociedades comerciais (Cód. Com., art. 108º). E os exemplos poderiam multiplicar-se". *Teoria da relação jurídica*: sujeitos e objeto, v. I, p. 45-6.
- 4 Afirma MIRANDA, Jorge: "Não se trata de uma equiparação. Pelo contrário, trata-se de uma limitação: as pessoas colectivas só têm os direitos compatíveis com a sua natureza, ao passo que as pessoas singulares têm 'todos' os direitos, salvo os especificamente concedidos apenas a pessoas colectivas ou a instituições (v.g., o direito de antena) (...)". *Manual de Direito Constitucional*: direitos fundamentais, t. IV, p. 219.



que a Constituição brasileira atual inovou na proteção dos direitos e interesses massificados, conferindo-lhes dignidade constitucional própria para uma Nação democrática que tem como seus objetivos fundamentais a criação de uma sociedade justa, livre e solidária. Não há como transformar a realidade social, sem a eliminação das desigualdades e injustiças sociais, sem a proteção integral e efetiva dos direitos coletivos, amplamente considerados. A proteção predominantemente individualista é própria de um Estado Liberal de Direito, que se obriga a conviver com as injustiças e desigualdades sociais e permanece de mãos atadas.

José Afonso da Silva, ao comentar a inserção, no Brasil, do *Direito Coletivo* no plano da *teoria dos direitos e garantias constitucionais fundamentais*, declarou ter faltado explicitação adequada de quais seriam efetivamente esses direitos<sup>5</sup>. Todavia, entende-se que essa falta de explicitação, presente no Capítulo I, Título II, da CF/88, ao invés de restringir, amplia a própria dimensão constitucional do Direito Coletivo. Trata-se de uma *cláusula constitucional aberta sobre o próprio Direito Coletivo*, como direito constitucional fundamental, com o condão de incorporar todas as dimensões constitucionais sobre direitos coletivos previstas expressa ou implicitamente na CF/88. Por isso, a previsão em questão está em perfeita sintonia com a *cláusula geral aberta* dos direitos e garantias constitucionais do § 2º do art. 5º da CF/88, tanto que o próprio José Afonso da Silva arrola inúmeras espécies de Direito Coletivo presentes ao longo do texto constitucional<sup>6</sup>.

A aferição em abstrato e de forma genérica do Direito Coletivo não é uma técnica interpretativa perfeita. O mais adequado é procurar aferir se determinado direito é realmente de dimensão coletiva, levando-se em consideração o plano concreto da tutela jurídica, deduzida ou a ser deduzida<sup>7</sup>.

5 Aduziu SILVA, José Afonso da: “A rubrica do Capítulo I do Título II anuncia uma especial categoria dos direitos fundamentais: os coletivos, mas nada mais diz a seu respeito. Onde estão, nos incisos do art. 5º, esses direitos coletivos?”. *Curso de Direito Constitucional positivo*, p. 195.

6 SILVA, José Afonso da: “Muitos desses ditos direitos coletivos sobrevivem ao longo do texto constitucional, caracterizados, na maior parte, como direitos sociais, como a liberdade de associação profissional e sindical (arts. 8º e 37, VI), o direito de greve (arts. 9º e 37, VII), o direito de participação de trabalhadores e empregadores (nos colegiados de órgãos públicos (art. 10), a representação de empregados junto aos empregadores (art. 11), o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225); ou caracterizados como instituto de democracia direta nos arts. 14, I, II e III, 27, § 4º, 29, XIII, e 61, § 2º; ou, ainda, como instituto de fiscalização financeira, no art. 31, § 3º. Apenas as liberdades de reunião e de associação (art. 5º, XVI a XX), o direito de entidades associativas de representar seus filiados (art. 5º, XXI) e os direitos de receber informações de interesse coletivo (art. 5º, XXXIII) e de petição (art. 5º, XXXIV, a) restaram subordinados à rubrica dos direitos coletivos. Alguns deles não são propriamente direitos coletivos, mas ‘direitos individuais de expressão coletiva’, com as liberdades de reunião e de associação”. *Curso de Direito Constitucional positivo*, p. 194.

7 Nesse sentido, NERY Jr., Nelson, *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, p. 159-60.

O fato de o Direito Coletivo pertencer, no Brasil, à teoria dos direitos constitucionais fundamentais, impõe que se imprima à expressão uma leitura aberta e ampliativa, própria da interpretação dos direitos constitucionais fundamentais do pós-positivismo. Destarte, a cláusula constitucional *Direito Coletivo* (Título II, capítulo I, da CF/88) abrange os direitos e interesses difusos, os direitos e interesses coletivos, em sentido restrito, e os direitos e interesses individuais homogêneos, integrando também, em um plano geral e abstrato, o conjunto de garantias, regras e princípios que compõem o Direito Coletivo positivado no País, bem como, e especialmente, a Constituição, cuja proteção, em abstrato e na forma concentrada, é uma exigência do constitucionalismo brasileiro e se legitima por um inquestionável *interesse coletivo objetivo legítimo*.

### 3 – UMA NOVA *SUMMA DIVISIO* CONSTITUCIONALIZADA: DIREITOS INDIVIDUAIS E DIREITOS COLETIVOS

A partir dessa nova diretriz constitucional, concluiu-se que a *summa divisio* clássica, *Direito Público* e *Direito Privado*, não foi recepcionada pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Também, pelas mesmas razões, não foi acolhida a classificação tripartite sustentada por alguns doutrinadores, os quais sustentam a existência das seguintes dimensões do Direito: *Público*, *Privado* e *Transindividuais*. A nova *summa divisio* constitucionalizada no País é *Direito Individual* e *Direito Coletivo*. Trata-se de *summa divisio* constitucionalizada relativizada, pois no topo encontra-se o Direito Constitucional, representado pelo seu objeto formal: a Constituição, composta tanto de normas de Direito Individual quanto de normas de Direito Coletivo<sup>8</sup>.

O Capítulo I do Título II da CF/88 explicita o fundamento da nova *summa divisio* ao fazer constar do texto constitucional, em cláusula expressa, as seguintes expressões: *Dos Direitos e dos Deveres Individuais e Coletivos*.

Além disso, cabe destacar a incompatibilidade do dualismo clássico, que separa Estado da Sociedade, com as concepções atuais em torno do Estado Democrático de Direito, compreendido como o Estado da justiça material e da transformação da realidade social e inserido na Sociedade.

Acrescenta-se, ainda, a necessidade de se estabelecer o enquadramento metodológico dos direitos, levando-se em conta os planos da titularidade e, especialmente, o plano da proteção e da efetivação do direito, para os quais se volta uma ciência jurídica de dimensão também prática.

8 ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito material coletivo: superação da summa divisio* direito público e direito privado por uma nova *summa divisio* constitucionalizada, p. 22-57.

Assim, a exploração metodológica da nova *summa divisio* faz-se necessária para a devida compreensão da própria teoria dos direitos constitucionais fundamentais positivada na Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, que compõe o núcleo de uma Constituição democrática, como a brasileira, a partir da qual devem ser construídos os novos modelos explicativos. Os direitos fundamentais possuem eficácia irradiante de ordem jurídica e força vinculativa de todos os operadores jurídicos oficiais e não oficiais.

#### 4 – A IMPORTÂNCIA DA NOVA *SUMMA DIVISIO* CONSTITUCIONALIZADA E A NECESSIDADE DE CONSTRUÇÃO DE NOVOS PRINCÍPIOS E DIRETRIZES A PARTIR DA INSERÇÃO DOS DIREITOS OU INTERESSES COLETIVOS COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS

A partir da nova *summa divisio* constitucionalizada, torna-se possível a construção de novos paradigmas da relação entre sociedade e Estado ou entre indivíduos e Estado. A nova abertura permite a reconstrução de novos princípios e diretrizes para a administração pública, impondo-se uma atuação vinculada ao atendimento dos direitos fundamentais, individuais ou coletivos. Muitos *privilégios* do Poder Público resultam de uma visão autoritária e distorcida do Estado e do seu papel na sociedade. A própria atuação descomprometida de determinados administradores, que banalizam muitos direitos fundamentais, individuais e coletivos, tem amparo em um direito público elaborado com base em parâmetros inconciliáveis com o paradigma do Estado Democrático de Direito. Supremacia do interesse público sobre o particular, insindicabilidade do mérito dos “denominados atos administrativos discricionários”, presunção de legitimidade dos atos administrativos, entre outras diretrizes que regem a atuação do Poder Público, precisam ser revisitados à luz da nova *summa divisio* constitucionalizada.

No plano do direito processual, verifica-se que a Constituição impõe uma verdadeira mudança de paradigma, pois não é razoável e adequado tutelar direitos coletivos fundamentais por intermédio de um direito processual voltado para a tutela de direitos individuais. É necessária a construção de um conjunto de princípios, garantias e regras processuais adequados às necessidades do direito material coletivo como direitos fundamentais, conforme será observado no próximo tópico.

Os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, arrolados no art. 3º da CF/88, dependem da devida compreensão da nova *summa divisio* constitucionalizada no Brasil. Todos os direitos fundamentais, individuais ou

coletivos, possuem aplicabilidade imediata, nos termos do art. 5º, § 1º, da CF. O *princípio da aplicabilidade imediata* não impede, porém, que seja aferida a impossível realização, muitas vezes provisória, do direito fundamental, quando houver impedimento real ou fático. Entretanto, é descabida a alegação de impedimento formal, ou meramente de teor jurídico, como barreira à realização dos direitos fundamentais, individuais ou coletivos. Afirmou-se anteriormente que o impedimento puramente jurídico não existe porque a Constituição é clara e contundente ao prever a aplicabilidade imediata dos direitos e garantias constitucionais fundamentais. Portanto, é insustentável, por exemplo, a tese de necessidade de reserva de orçamento como alegação formal impeditiva à imposição ao Estado de implementação de políticas públicas para cumprir as exigências do art. 3º da CF/88.

Entende-se que para provocar a devida expansão de todas as potencialidades da teoria dos direitos fundamentais, consagrada na CF/88, torna-se imprescindível o estudo e a exploração metodológica da *summa divisio* Direito Coletivo e Direito Individual, constitucionalmente adotada.

Para o constitucionalismo democrático, os direitos e garantias constitucionais fundamentais contêm valores que devem irradiar todo o sistema jurídico, de forma a constituírem-se a sua essência e a base que vincula e orienta a atuação do legislador constitucional, do legislador infraconstitucional, do administrador, da função jurisdicional e até mesmo do particular, conclui-se que no contexto do sistema jurídico brasileiro a dicotomia Direito Público e Direito Privado não se sustenta. Outros argumentos de fundamentação, tanto constitucional quanto teórica, também dão embasamento às assertivas acima.

Apesar da autonomia metodológica e principiológica do Direito Material Coletivo brasileiro, não se sustenta que ele seja um novo ramo do Direito; como não se sustenta que o Direito Individual, que compõe a outra dimensão da *summa divisio* constitucionalizada no País, seja um outro ramo do Direito. Na verdade, o Direito Coletivo e o Direito Individual formam a *summa divisio* consagrada na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. No Direito Coletivo existem ramos do Direito, tais como o Direito do Ambiente, o Direito Coletivo do Trabalho, o Direito Processual Coletivo e o próprio conjunto, em regra, do que é denominado de “Direito Público”, que estaria dentro do Direito Coletivo, existindo, contudo, exceções. Da mesma forma, no Direito Individual há vários ramos do Direito como o Direito Civil, o Direito Processual Civil, o Direito Individual do Trabalho, o Direito Comercial, etc.

O Estado Democrático de Direito, na hipótese, especialmente o brasileiro (art. 1º da CF/88), está inserido na Sociedade<sup>9</sup>, regido pela Constituição, com função de proteção e de efetivação tanto do Direito Coletivo quanto do Direito Individual. É um Estado, portanto, da coletividade e do indivíduo ao mesmo tempo<sup>10</sup>. Com isso, conclui-se que existem dimensões do que é denominado, pela concepção clássica, de “Direito Público”, também dentro do Direito Individual, como é o caso do Direito Processual Civil, de concepção individualista<sup>11</sup>.

O Direito Coletivo e o Direito Individual formam grandes blocos do sistema jurídico brasileiro, integrados por vários ramos do Direito. Entretanto, não se insere o Direito Constitucional na *summa divisio* constitucionalizada. O Direito Constitucional, na sua essência substancial e principiológica, está acima e representa o ponto de união e de disciplina da relação de interação entre esses dois grandes blocos. A Constituição, que estrutura o objeto formal do Direito Constitucional, é composta tanto de normas, garantias e princípios de Direito Coletivo quanto de normas, garantias e princípios de Direito Individual.

Ademais, existem outros argumentos de fundamentação teórica que dão embasamento às assertivas acima: em um Estado Democrático de Direito, como é o brasileiro (art. 1º da CF/88), não é possível separar de forma estanque os direitos do próprio Estado, de um lado, e os Direitos Coletivos e os Individuais, de outro; o Estado Democrático existe porque a sociedade, democraticamente, organizou-se e o constituiu. O Estado está inserido na sociedade que o constituiu e em seu nome e em sua defesa deve atuar. O que se chama de *Direito Público* compõe, na verdade, um dos capítulos do Direito Coletivo, mas também está presente no Direito Individual. A principiológica que rege o Direito Coletivo (princípio democrático, solidariedade coletiva, transformação social, aplicabilidade imediata dos direitos coletivos fundamentais, etc.) deve traçar a nova forma de atuação do Estado brasileiro e das suas instituições de defesa social, impondo o surgimento no País de um constitucionalismo inovador e comprometido com a implantação de uma sociedade mais livre, justa e

9 No mesmo sentido, sustentando que o dualismo clássico (Estado e sociedade) não subsiste no Estado Democrático de Direito, ZIPPELIUS, Reinhold: “A distinção entre Estado e sociedade provém de uma época histórica durante a qual a centralização do poder político na mão de um soberano absoluto e respectiva burocracia dava origem à novação de que o Estado constituía uma realidade autônoma em face da sociedade”. *Teoria geral do Estado*, p. 158.

10 ZIPPELIUS, Reinhold: “(...) no processo de formação da vontade estadual cada indivíduo surge, perante os outros, na posição de igual e livre. Mas a orientação do Estado não tem de ser marcada pelo egoísmo dos interesses particulares que domina a vida social, mas em vez disso – deve-se concluir – pelo justo equilíbrio daqueles interesses”. *Teoria geral do Estado*, p. 159.

11 Também é inquestionável que a Constituição contém tanto normas de “Direito Público” quanto de “Direito Privado” e, assim, não é tecnicamente, nem metodologicamente adequado, o enquadramento do Direito Constitucional como um dos capítulos do Direito Público, conforme, assim, o faz a *summa divisio* clássica.

solidária, nos termos dos Objetivos Fundamentais da República Federativa do Brasil, consagrados expressamente no art. 3º da CF/88.

Para essas conclusões, parte-se do pressuposto de que, para a identificação do Direito, não é suficiente a análise da natureza da norma jurídica ou da relação jurídica ou a sua utilidade. É determinante que também sejam analisados o plano da titularidade do Direito e a forma de sua proteção e efetivação material. Com base nesses dois últimos elementos, conclui-se que, ou a norma jurídica se destina à proteção ou efetivação de Direito ou Interesse Individual, ou a norma Jurídica visa à proteção ou efetivação de Direito ou Interesse Coletivo. Estes dois tipos de normas compõem o sistema jurídico constitucional. Mesmo em relação à divisão das normas constitucionais em normas jurídicas constitucionais materiais e normas jurídicas constitucionais processuais, observa-se que ambas as categorias das referidas normas voltam-se para a proteção e efetivação, ora de Direito Individual, ora de Direito Coletivo<sup>12</sup>. Contudo, no plano abstrato, todas essas normas do direito positivo constitucional são de interesse coletivo (difuso) de toda a coletividade. É exatamente este interesse que apoia e justifica o controle abstrato e concentrado da constitucionalidade, interesse esse denominado de *interesse coletivo objetivo legítimo*<sup>13</sup>.

## 5 – O DIREITO PROCESSUAL COLETIVO BRASILEIRO COMO UM NOVO RAMO DO DIREITO PROCESSUAL E A IMPORTÂNCIA DOS PRINCÍPIOS PARA A SUA COMPREENSÃO E APLICAÇÃO

### 5.1 Surgimento como um novo ramo

O *direito processual coletivo* é um novo ramo do *direito processual*, pois possui objeto e método próprios<sup>14</sup>. No caso do Brasil, o direito processual

12 ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito material coletivo: superação da summa divisio* direito público e direito privado por uma nova *summa divisio* constitucionalizada, p. 13.

13 ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*, p. 159-65.

14 Tivemos a oportunidade de sustentar, em nossa dissertação de mestrado, defendida em 2000, depois publicada (2003), que o *direito processual coletivo brasileiro* surgiu como novo ramo do direito processual com a CF/88, a qual implantou no País uma nova ordem jurídica, dinâmica, aberta e de proteção jurídica ampla e irrestrita a direitos individuais e coletivos, inseridos como direitos fundamentais (Título II, Capítulo I, da CF/88). Assim, o *direito processual coletivo*: “(...) é o ramo do direito processual que possui natureza de direito processual-constitucional-social, cujo conjunto de normas e princípios a ele pertinente visa disciplinar a ação coletiva, o processo coletivo, a jurisdição coletiva, a defesa no processo coletivo e a coisa julgada coletiva, de forma a tutela, no ‘plano abstrato’, a congruência do ordenamento jurídico em relação à Constituição e, no ‘plano concreto’, pretensões coletivas em sentido lato, decorrentes dos conflitos coletivos ocorridos no dia a dia da conflituosidade social”. ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro – um novo ramo do direito processual*, p. 22.

coletivo surgiu com a Constituição Federal de 1988, que inseriu os direitos coletivos na teoria dos direitos fundamentais (Título II, Capítulo II) e conferiu dignidade constitucional à maioria das ações coletivas (art. 5º, LXIX, LX-XIII, art. 14, §§ 10 e 11, art. 36, III, art. 102, I, *a*, §§ 1º e 2º, art. 103, art. 114, §§ 2º e 3º, art. 129, III, todos da CF/88), além de dispor sobre outras diretrizes processuais pertinentes.

Em edição recente de 2005, Ada Pellegrini Grinover, Antônio Carlos de Araújo e Cintra e Cândido Rangel Dinamarco, juristas de renome, também passaram a sustentar, na clássica obra *Teoria geral do processo*, que sendo caracterizado por princípios e institutos próprios, o *direito processual coletivo* pode ser separado, como disciplina processual autônoma, do direito processual individual<sup>15</sup>.

O sistema pátrio é apontado, no contexto da tutela jurisdicional dos direitos massificados, como um dos mais avançados do mundo. É esta a visão atual que propõe a classificação das tutelas processuais de acordo com as tutelas materiais. Entre o direito material e o direito processual deve existir uma relação de correta e perfeita *interligação* ou de *integração* mútua. E mais: essa relação de integração e interligação deve ser direcionada com base nos direitos e garantias constitucionais fundamentais<sup>16</sup>.

Ora, se vivemos em uma sociedade massificada, se o sistema jurídico brasileiro já consagra de forma ampla a tutela jurídica material massificada, torna-se imprescindível também a concepção de um direito processual massificado.

### 5.2 Divisão e objeto material

O *direito processual coletivo* surge como um novo ramo do direito processual no Brasil com a CF de 1988. É o que se extrai dos seguintes dispositivos constitucionais: art. 1º; art. 5º, XXXV; art. 129, III e § 1º; art. 102, I, *a*, § 1º, art. 103, §§ 1º, 2º e 3º, dentre outros.

O *direito processual coletivo brasileiro*, no plano do seu *objeto material*, divide-se em *especial* e *comum*. O *direito processual coletivo especial*

15 Concluem os renomados juristas: “Aplicam-se-lhe todos os ‘princípios gerais’ do direito processual (v. cap. IV), mas, além desses, tem ele princípios próprios ou, ao menos, em relação a ele os princípios gerais devem passar por uma releitura e revalorização. Assim, por exemplo, a interpretação das normas sempre em benefício do grupo (quanto à legitimidade ‘ad causam’ e aos poderes do juiz etc.), a atenuação do princípio dispositivo e do princípio da estabilização da demanda, um novo conceito de indisponibilidade objeto e subjetiva, uma maior liberdade das formas”. *Teoria geral do processo*, p. 133. Também, no mesmo sentido, GRINOVER, Ada Pellegrini. Direito processual coletivo. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos (Coord.). *Tutela coletiva: 20 anos de Lei da ação civil pública e do fundo de defesa de direitos difusos – 15 anos do código de defesa do consumidor*, p. 302-308.

16 MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*, p. 27.



se destina ao controle concentrado ou abstrato da constitucionalidade (ação direta com pedido declaratório de inconstitucionalidade por ação, ação direta com pedido declaratório de inconstitucionalidade por omissão, ação direta com pedido declaratório de constitucionalidade, arguição de descumprimento de preceito constitucional fundamental) e o seu objeto material é a tutela de *interesse coletivo objetivo legítimo. Especial* porque em sede de controle concentrado ou abstrato de constitucionalidade não há, pelo menos em tese, lide. O processo é do tipo objetivo. A tutela é de direito objetivo e é levada a efeito no plano abstrato e da confrontação da lei ou ato normativo impugnado em face da Constituição. Não há aqui a tutela de direitos subjetivos. A finalidade precípua do *direito processual coletivo especial* é a proteção, em abstrato, de forma potencializada, da Constituição, aqui englobando, especialmente, o Estado Democrático de Direito e os direitos e garantias constitucionais fundamentais.

Por outro lado, o *direito processual coletivo comum* se destina à resolução dos conflitos coletivos ou de dimensão coletiva ocorridos no plano da concretude. É o que se dá pela via da ação civil pública, do mandado de segurança coletivo, da ação popular, etc. O objeto de tutela do *direito processual coletivo comum* são os direitos coletivos subjetivos (difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos). O *direito processual coletivo comum* é instrumento de efetivação concreta e de forma potencializada da Constituição e, especialmente, do Estado Democrático de Direito e dos direitos e garantias constitucionais fundamentais.

Neste contexto, a ação civil pública, a ação popular, o mandado de segurança coletivo, etc., estão inseridos dentro do *direito processual coletivo comum*.

### 5.3 Conceito e natureza jurídica

O direito processual coletivo é o ramo do direito processual que possui natureza de *direito processual-constitucional-social*, cujo conjunto de normas e princípios a ele pertinente visa disciplinar a ação coletiva, o processo coletivo, a jurisdição coletiva, a defesa no processo coletivo e a coisa julgada coletiva, de forma a tutelar, no plano abstrato, a congruência do ordenamento jurídico em relação à Constituição e, no plano concreto, pretensões coletivas, em sentido *lato*, decorrentes dos conflitos coletivos ocorridos no dia a dia da conflituosidade social<sup>17</sup>.

---

17 ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro* – um novo ramo do direito processual, p. 22.



A *natureza jurídica* do direito processual coletivo, portanto, é de direito processual constitucional-social, de sorte que ele não nega a teoria geral do processo ou a unidade do direito processual, as quais estão fundamentadas no plano do direito constitucional processual<sup>18</sup>. O seu método não é só o técnico-jurídico, mas o *pluralista*, que é próprio da visão instrumentalista do direito processual, mas com leitura essencialmente constitucionalizada. Esse método pluralista é composto de vários elementos, tais como o sistemático-teleológico, o político, econômico, histórico, ético e social, os quais formam um *megaelemento*: proteção potencializada da Constituição e do Estado Democrático de Direito e a transformação da realidade social com justiça.

### 5.4 A intensificação da importância dos princípios no Direito Processual Coletivo

Como nova disciplina jurídica, o *direito processual coletivo* ainda não é portador de um conjunto de normas processuais bem delineadas e sedimentadas. Tanto isso é verdade que o movimento mais atual no plano do direito processual coletivo é o da sua codificação<sup>19</sup>. Ademais, no plano da eficácia a tutela jurídica no direito processual coletivo é potencializada, o que evidencia a grandeza da sua relevância jurídica, social e política<sup>20</sup>.

Assim, os princípios assumem uma função nuclear extremamente intensificada no âmbito do direito processual coletivo, o que é reforçado em razão dos seguintes fatores: a) a sua natureza processual-constitucional-social; b) a sua importância jurídica, social e política; c) a potencialidade da sua tutela jurídica; d) a carência de um conjunto de normas processuais específicas bem

---

18 ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro* – um novo ramo do direito processual, p. 18-19.

19 Sobre o movimento pela codificação, ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Codificação do direito processual coletivo brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. Também, em obra excelente que está sendo lançada, GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de Processo Civil coletivo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008 (no prelo). Outro trabalho que merece consulta: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coords.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processo Coletivo*. São Paulo: RT, 2007. Também não pode ser esquecida a grandeza da seguinte obra coletiva: GIDI, Antonio; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (Coords.). *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos: hacia un código modelo para iberoamérica*. México: Editorial Porrúa, 2003.

20 ALMEIDA, Gregório Assagra de. A natureza da ação civil pública como garantia constitucional fundamental: algumas diretrizes interpretativas. In: MILARÉ, Édís (Coord.). *A ação civil pública após 25 anos*. São Paulo: RT, p. 241-272.

sedimentadas<sup>21</sup>; e) a generalização, a relativização, a força normativa e superioridade vinculante e irradiante dos princípios sobre as simples regras jurídicas, conforme proposições contidas no novo constitucionalismo.

Em relação a esse último item, convém destacar que, no neoconstitucionalismo, os princípios são diretrizes normativas gerais do sistema jurídico. São diretrizes relativas, já que um princípio deve conviver harmonicamente com outros princípios da mesma ordem jurídica. São valorativos, tendo em vista que são portadores de dimensões éticas e morais que dão amparo para a fundamentação das simples regras jurídicas. Os pontos de tensão entre eles devem ser solucionados na dimensão do peso, a partir da aplicação do princípio da proporcionalidade. Eles possuem força normativa e irradiante que vincula a interpretação e aplicação das simples regras jurídicas<sup>22</sup>.

5.4.1 *Princípios processuais específicos do direito processual coletivo comum*<sup>23</sup>: vários são os princípios específicos do *direito processual coletivo comum*, os quais não negam e nem inibem a aplicabilidade dos demais princípios constitucionais fundamentais do direito processual no campo do direito processual coletivo, mas, ao contrário, eles confirmam a incidência desses princípios constitucionais neste novo ramo do direito processual. Assim, apontaremos abaixo de forma sucinta os princípios específicos do *direito processual coletivo comum*.

5.4.1.1 *Princípio do interesse jurisdicional no conhecimento do mérito do processo coletivo*: esse princípio decorre do fato de o Poder Judiciário, como órgão do Estado Democrático de Direito, ter o compromisso de transformador da realidade social e por ser o guardião dos direitos e garantias constitucionais sociais fundamentais (arts. 1º, 2º, 3º e 5º, XXXV, da CF/88). Com base neste

21 ALMEIDA, Gregório Assagra de: “Diante da carência legislativa em determinadas matérias ou da inflação legislativa em relação a outras, os princípios constitucionais expressos ou implícitos constituem, na visão do novo constitucionalismo, parâmetros sob os quais devem ser orientados o estudo, a reforma e a aplicação do direito no plano de uma ordem jurídica democrática”. Execução coletiva em relação aos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos: algumas considerações reflexivas. In: *Temas atuais da execução civil*: estudos em homenagem ao Professor Donaldo Armelin. CIANCI, Mirna; QUARTIERI, Rita (Coords.). São Paulo: Saraiva, 2007. p. 324

22 Para uma análise do confronto entre duas das grandes concepções sobre princípios no neoconstitucionalismo, a de Dworkin e a de Alexy, conferir PULIDO, Carlos Bernal: *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003. p. 569-76.

23 ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro – um novo ramo do direito processual*, p. 567-579. Em texto com publicação recente, intitulado *Direito processual coletivo*, Ada Pellegrini Grinover aponta os princípios e institutos fundamentais do direito processual coletivo, naquilo em que eles se diferenciam dos que regem o direito processual individual. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos (Coord.). *Tutela coletiva: 20 anos de Lei da ação civil pública e do fundo de defesa de direitos difusos – 15 anos do Código de Defesa do Consumidor*, p. 279-391.

princípio, o Juiz deve flexibilizar os requisitos de admissibilidade processual para enfrentar o mérito do processo coletivo e legitimar a função social da jurisdição. O interesse no caso não é em decidir a favor de quaisquer das partes interessadas, mas o interesse em enfrentar o mérito das demandas coletivas. Com isso, não há qualquer risco ao princípio da imparcialidade como garantia constitucional.

*5.4.1.2. Princípio da máxima prioridade da tutela jurisdicional coletiva comum:* o princípio em questão decorre do art. 5º, § 1º, da CF, que determina a aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, e tem fundamento também na regra interpretativa do sopesamento como subespécie do princípio da proporcionalidade. Assim, a supremacia do interesse social (presente sempre no processo coletivo) sobre o particular (que é próprio do processo individual) justifica esse princípio e demonstra a sua relevância no direito processual coletivo.

*5.4.1.3 Princípio da presunção de legitimidade ad causam ativa pela afirmação de direito coletivo tutelável:* por força de previsão da Constituição, como ocorre em relação ao Ministério Público (arts. 127, *caput*, e 129, incisos II e III), dentre outros legitimados (art. 129, § 1º, da CF), e da legislação infraconstitucional (arts. 82 do CDC e 5º da LACP), extrai-se que é suficiente a afirmação de direito ou interesse coletivo para presumir a legitimidade ativa provocativa; não há necessidade de se questionar a real titularidade do direito coletivo alegado para se concluir pela legitimidade.

*5.4.1.4 Princípio da máxima amplitude da tutela jurisdicional coletiva comum:* com base no princípio da máxima amplitude da tutela jurisdicional coletiva comum são admitidos todos os tipos de ações, procedimentos, proventos e medidas necessárias e eficazes para a tutela dos direitos coletivos. Tem esse princípio previsão expressa na lei (art. 83 do CDC, em sua combinação com o art. 21 da LACP, que lhe confere hipereficácia na sua condição de *norma de superdireito processual coletivo comum*). Este princípio também está presente nos arts. 212 do ECA (Lei nº 8.069/90) e art. 82 do Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/03).

*5.4.1.5 Princípio do máximo benefício da tutela jurisdicional coletiva comum:* esse princípio decorre do próprio espírito do *direito processual coletivo comum*, visto que, por meio da tutela jurisdicional coletiva, busca-se revolver em um só processo um grande conflito social ou inúmeros conflitos interindividuais, evitando-se, neste caso, a proliferação de ações individuais e a ocorrência de situações conflitivas que possam gerar desequilíbrio e insegurança na sociedade, tanto que foi justamente esse o espírito do CDC ao disciplinar a coisa

judgada coletiva (art. 103). Esse dispositivo do CDC deixa expressa a adoção desse princípio no seu § 3º, quando prevê a admissibilidade da transferência *in utilibus* da coisa julgada coletiva formada nas demandas de tutela dos direitos e interesses difusos e coletivos para o plano individual.

*5.4.1.6 Princípio da máxima efetividade do processo coletivo:* por força desse princípio deve ser alcançada a verdade processual em seu grau máximo de probabilidade sobre os fatos alegados na demanda coletiva. Assim, o juiz, para alcançá-la, deverá determinar de ofício a produção de todas as provas pertinentes, para que a tutela jurisdicional se esgote de forma legítima. O interesse social, sempre presente nas variadas formas de tutelas jurisdicionais coletivas, faz com que se esgotem, no processo coletivo, todos os meios de provas, no sentido de enfrentar o mérito, com a pacificação social com justiça.

*5.4.1.7 Princípio da não taxatividade da ação coletiva:* qualquer direito ou interesse coletivo (arts. 5º, inciso XXXV, e 129, inciso III, da CF, e art. 1º, inciso IV, da LACP) poderá ser objeto de ação coletiva; não mais subsiste a regra da taxatividade, para efeitos de ajuizamento, por exemplo, de ação civil pública (art. 129, inciso III, da CF), como ocorria no sistema anterior à atual Constituição e ao CDC.

*5.4.1.8 Princípio da disponibilidade motivada e da proibição do abandono da ação coletiva:* a desistência infundada ou o abandono da ação coletiva impõe controle por parte dos outros legitimados ativos e especialmente do Ministério Público (art. 5º, § 3º, da LACP), que deverá, quando infundada a desistência, assumir a titularidade da ação. Se a desistência for levada a efeito pelo Órgão do Ministério Público, o Juiz, dela discordando, poderá aplicar analogicamente o disposto no art. 28 do CPP, submetendo a desistência ou o abandono ao conhecimento e à apreciação do Chefe da respectiva Instituição do Ministério Público. Também o *abandono* não é admissível, de sorte que não é compatível com o direito processual coletivo a extinção do processo sem julgamento do mérito com base no art. 267, II ou III (contumácia bilateral ou unilateral, respectivamente), do CPC, de sorte que não é compatível também a ocorrência de *perempção* em sede de demandas coletivas (art. 5º, § 3º, da Lei nº 7.347/85 e art. 9º da Lei nº 4.717/65).

*5.4.1.9 Princípio da obrigatoriedade da execução coletiva pelo Ministério Público:* por imposição decorrente desse princípio, em caso de desídia dos outros legitimados ativos, o Ministério Público deverá promover a execução coletiva (art. 15 da LACP). Esse princípio inclusive tem previsão também na Lei da Ação Popular (LAP, Lei nº 4.717/65), que confere legitimidade ativa provocativa subsidiária ao Ministério Público para a execução coletiva; deve

ele assim agir em caso de desídia do cidadão autor ou de outro legitimado ativo (art. 16 da Lei nº 4.717/65).

5.4.1.10 *Princípio da legitimidade ativa concorrente ou pluralista*: no direito processual coletivo a legitimidade ativa é, por imposição constitucional (arts. 129, § 1º, 125, § 2º, e 103 da CF/88), *concorrente e pluralista*. É o que está presente também nos arts. 5º da LACP e 82 do CDC. Assim, a legitimidade ativa no direito processual coletivo não deve ser interpretada de forma fechada ou restritiva, mas de forma aberta e flexível, em razão de decorrer de princípio constitucional. A mesma orientação também está presente no art. 103 da CF/88, em relação ao direito processual coletivo especial (controle abstrato e concentrado da constitucionalidade).

5.4.1.11. *Princípio da interpretação aberta e flexível da causa de pedir e do pedido*: por intermédio deste princípio, observa-se que a interpretação do pedido e da causa de pedir no direito processual coletivo é aberta e flexível. Tendo em vista que os direitos coletivos são, no Brasil, direitos fundamentais (Título II, Capítulo I, da CF/88) e tendo em vista, ainda, que a Ação Civil Pública tutela direitos coletivos, a interpretação do pedido e da causa de pedido nela formulados deverá ser flexível, aberta e ampliativa, o que é próprio da multifuncionalidade da teoria dos direitos e garantias fundamentais no sistema jurídico.

### 5.5 Regras interpretativas do direito processual coletivo comum<sup>24</sup>

No sistema pátrio podemos encontrar várias regras relativas à interpretação e à aplicação do *direito processual coletivo comum*. Apontaremos abaixo algumas das principais.

a) *A da completa e perfeita interação entre o CDC e a LACP*. O CDC e a LACP se interagem formando um microssistema de normas gerais e básicas sobre o direito processual coletivo comum (art. 21 da LACP e art. 90 do CDC).

b) *A da exigibilidade de compatibilidade necessária para a aplicação subsidiária do CPC no direito processual coletivo comum*, visto que a aplicação subsidiária do CPC no direito processual coletivo comum, conforme prevista no art. 90 do CDC e no art. 19 da LACP, somente é possível se não ferir as disposições desses diplomas (*compatibilidade formal*) e nem impedir ou colocar em risco a devida efetividade da tutela jurisdicional coletiva (*compatibilidade substancial ou teleológica*).

---

24 ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro* – um novo ramo do direito processual, p. 580-585.

c) *A do CDC e da LACP como diplomas fixadores de normas de superdireito processual coletivo comum.* Esses diplomas formam um conjunto de regras processuais principiológicas e gerais que se aplicam, em regra, a todas as formas de tutelas jurisdicionais coletivas do direito processual coletivo comum (art. 21 da LACP), como a da disciplina tripartite da coisa julgada coletiva prevista no CDC (art. 103), a do conceito tripartite de direitos e interesses coletivos estabelecido pelo art. 81, parágrafo único, do CDC, a da não taxatividade das hipóteses de admissibilidade de ação coletiva prevista no art. 1º, IV, da LACP; a da não existência de litispendência entre ações coletivas e individuais (art. 104).

d) *A da aplicabilidade de todas as regras interpretativas principiológicas do direito constitucional ao direito processual coletivo.* Essa regra decorre da própria natureza de direito processual constitucional-social deste novo ramo do direito processual; assim, lhes são aplicáveis as regras principiológicas da interpretação conforme a Constituição, da interpretação constitucional evolutiva, da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, da máxima efetividade das normas constitucionais, além de outras diretrizes principiológicas, tais como as decorrentes da supremacia da Constituição e a da unidade constitucional.

#### 5.6 *Obstáculos relacionados à interpretação e à aplicação ao direito processual coletivo comum*<sup>25</sup>

Inúmeros são os obstáculos no plano da interpretação e da aplicação do *direito processual coletivo comum*, mas iremos apontar aqui apenas os principais.

Assim, seriam os fatores que dificultam a efetividade das variadas formas de tutela jurisdicional coletiva no Brasil: a) a resistência, muitas vezes infundada, à concepção coletiva do direito processual; b) a formação liberal-individualista do profissional do direito no Brasil; c) o apego às regras ortodoxas liberais individualistas constantes do CC e do CPC, que são diplomas legais elaborados para a resolução tão somente de conflitos interindividuais; d) a questão do ensino jurídico e dos próprios currículos universitários, os quais, dentro de uma visão unidimensional de ensino do fenômeno jurídico, demonstram que a maioria das faculdades de direito no Brasil não estão cumprindo a sua verdadeira função social para a efetivação do Estado Democrático de Direito, pois ainda não preparam os seus bacharéis para o enfrentamento e a

---

25 ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro – um novo ramo do direito processual*, p. 586-608.

conscientização dos grandes conflitos sociais; e) a resistência à legitimidade ativa do Ministério Público para o ajuizamento de ações coletivas, presente em determinado setor da doutrina e principalmente da jurisprudência – essa resistência, na verdade, é inconstitucional, pois a legitimidade do Ministério Público para a defesa dos direitos e interesses coletivos é a mais ampla dentre os legitimados (art. 127, *caput*, e art. 129, II, III e IX, da CF) essa que decorre, na maioria das vezes, de uma visão distorcida do papel do Ministério Público no cenário brasileiro atual); e) a tímida atuação, com exceção do Ministério Público, dos demais legitimados ativos no direito processual coletivo comum, os quais não são responsáveis pelo ajuizamento certamente nem de 10% (dez por cento) das ações coletivas já propostas no Brasil, o que demonstra a fragilidade da democracia participativa no País; f) a ilegítima e inconstitucional resistência oferecida, mediante a elaboração arbitrária de medidas provisórias pelo Poder Executivo da União, o qual, postando-se na contramão da história de evolução dos canais jurisdicionais de tutela dos direitos fundamentais da sociedade, elaborou inúmeras medidas provisórias para tentar dificultar a tutela dos interesses massificados como as que foram publicadas para restringir os efeitos da coisa julgada coletiva e dificultar o ajuizamento de ações coletivas pelas associações legitimadas em face dos órgãos e entidades públicos; g) a equivocada compreensão dos Tribunais quanto aos direitos coletivos, especialmente quando negam legitimidade ao Ministério Público sustentando que os direitos individuais homogêneos disponíveis não podem ser tutelados por essa instituição, quando na realidade é patente o interesse social na tutela coletiva desses direitos ou interesses coletivos; h) a falta de estrutura organizacional do Poder Judiciário, que ainda não se especializou para o enfrentamento dos conflitos massificados, bem como não disponibilizou estrutura de apoio técnico e material necessários; i) a interpretação restritiva que vem recebendo a ação civil pública por parte da jurisprudência e pela doutrina, hoje já minoritárias, que não têm aceitado o controle difuso (incidental) da constitucionalidade pela via da ação civil pública; j) decisões judiciais e a postura do Governo Federal que têm procurado limitar o campo de aplicabilidade da ação civil pública, de forma a impedir que ela seja instrumento útil de tutela jurisdicional coletiva de questões tributárias, previdenciárias, etc., o que afronta o texto constitucional, que garante a tutela jurisdicional coletiva pela ação civil pública de forma irrestrita (art. 129, III e art. 5º, XXXV, da CF).

### 6 – CONCLUSÕES

Como citado nas linhas anteriores, muitas das atuações deficitárias do Poder Público resultam de uma visão autoritária e distorcida do Estado e seu



papel na sociedade. Deixar esse modo de pensamento prevalecer significa consentir com a ideia de um Estado apático e afastado da sociedade e de seus integrantes.

O Estado Democrático de Direito é caracterizado por seu potencial de transformação da realidade social, entendido como sendo, simultaneamente, um Estado da coletividade e do indivíduo ao mesmo tempo.

O direito é o meio. É a ponte que liga o Estado e a Sociedade. E os direitos coletivos são a base de sustentação desse caminho de ligação entre os dois polos.

Identificou-se neste artigo que os obstáculos à ascensão dos direitos coletivos, como direitos fundamentais, começam desde a formação do profissional de direito e estão muito presentes na visão de cunho liberal-individualista dos que lidam com essa área do conhecimento.

O fato de os direitos coletivos estarem inseridos na Constituição Federal de 1988 como direitos fundamentais faz surgir no País um novo constitucionalismo e exige uma leitura aberta e ampliativa em torno da tutela coletiva, material e processual, própria da hermenêutica constitucional atual, comprometida não só com a proteção abstrata, mas principalmente com a concretização efetiva dos direitos e das garantias constitucionais fundamentais.

Impõe-se, assim, uma maior flexibilidade nas diretrizes da administração pública e na interpretação e concretização jurídica, para que esses direitos ganhem o espaço e a importância necessários, a fim de se constituir um caminho legítimo de real efetividade, orientado pelo princípio da transformação social, que caracteriza a função essencial do Estado Democrático de Direito na condição de Estado da Justiça Material (arts. 1º e 3º da CF/88).

Para tanto, o estudo, a reforma e a concretização dos direitos no Brasil deve levar em conta, de um lado, a nova *summa divisio* constitucionalizada (Título II, Capítulo I, da CF/88 – direito individual e direito coletivo) e, de outro, o *direito processual coletivo* como novo ramo do direito processual, onde sobressai o novo e inovador compromisso constitucional do Poder Judiciário com a efetivação do princípio da transformação social (arts. 2º e 3º da CF/88).

### 7 – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Traducción de Jorge M. Seña. 2. ed. Barcelona: Editorial Gedisa, 1997.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. A natureza da ação civil pública como garantia constitucional fundamental: algumas diretrizes interpretativas. In: MILARÉ, Édís (Coord.). *A ação civil pública após 25 anos*. São Paulo: RT, 2010. p. 241-272,



## 70 ANOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO

\_\_\_\_\_. *Codificação do direito processual coletivo brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

\_\_\_\_\_. *Direito material coletivo: superação da *summa divisio* clássica direito público e direito privado por uma nova *summa divisio* constitucionalizada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

\_\_\_\_\_. *Direito processual coletivo brasileiro – um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_. *Manual das ações constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

ANDRADE, Manuel A. Domingues. *Teoria geral da relação jurídica: sujeitos e objecto*. Coimbra: Almedina, v. I, 1992.

BENDA, Ernst; MAIHOFER, Werner; VOGEL, Hans-Jochen; HESSE, Konrad (Orgs.). *Manual de Derecho Constitucional*. 2. ed. Tradução de Antonio López Pina. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2001.

BERIZONCE, Roberto; GRINOVER, Ada Pellegrini; SOSA, Angel Landoni. Código-modelo de processos coletivos para Ibero-América: Exposição de Motivos. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, v. 121:132-140, 2005.

BONAVIDES, Paulo. *Direito Constitucional*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

\_\_\_\_\_; ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil*. 4. ed. Brasília: OAB Editora, 2002.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: 2002.

CAPPELETTI, Mauro; GARTY, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

FRANCIULLI NETTO, Domingos; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira (Coords.). *O novo Código Civil – Estudos em homenagem ao Prof. Miguel Reale*. São Paulo: LTr, 2003.

GARCIA, Emerson. *Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico*. 2. ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GIDI, Antonio. *A “class action” como instrumento de tutela coletiva dos direitos – as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: RT, 2007.

\_\_\_\_\_. Código de processo civil coletivo – um modelo para países de direito escrito. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, v. 111:192-208, 2003.

\_\_\_\_\_. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1996.

\_\_\_\_\_. *Rumo a um Código de Processo Civil coletivo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

\_\_\_\_\_; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (Coords.). *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos: hacia un código modelo para Iberoamérica*. México: Editorial Porrúa, 2003.

GOMES Jr., Luiz Manoel. *Curso de Direito Processual Civil coletivo*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

## 70 ANOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO

GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 21. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

\_\_\_\_\_; MENDES, Aluisio de Castro; WATANABE, Kazuo (Coords.) *Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos*. São Paulo: RT, 2007.

HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução da 20ª edição alemã de Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: RT, 2003.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos (Coord.). *Tutela coletiva: 20 anos de Lei da ação civil pública e do fundo de defesa de direitos difusos – 15 anos do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2006.

LUÑO, Antonio E. Perez. *Los derechos fundamentales*. 6. ed. Madrid: Tecnos, 1995.

MACIAL Jr., Vicente de Paula. *Teoria das ações coletivas: as ações coletivas como ações temáticas*, p. 178. São Paulo: LTr, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: RT, 2004.

MILARÉ, Édis (Coord.). *Ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: RT, 2005.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 3. ed. rev. e actual. Coimbra: Coimbra Editora, t. IV, 2000.

NERY Jr., Nelson. Entrevista concedida ao Ministério Público do Estado de Minas Gerais ao boletim informativo *MPMG Jurídico*, edição 3, dez. 2005 e jan. 2006 – também disponível no site [www.mp.mg.gov.br](http://www.mp.mg.gov.br) – Boletins MPMG.

\_\_\_\_\_. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8. ed. rev., amp. e atual. São Paulo: RT, 2004.

\_\_\_\_\_; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2009.

PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

RITT, Eduardo. *O Ministério Público como instrumento de democracia e garantia constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

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

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001.

VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo*. São Paulo: Malheiros, 2007.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de justiça*. São Paulo: Malheiros, 1999.

ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria geral do Estado*. Tradução de Antônio Cabral de Moncada. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984.

# NORMAS CONSTITUCIONAIS E RELAÇÕES PRIVADAS NA EXPERIÊNCIA DAS CORTES SUPERIORES BRASILEIRAS

Gustavo Tepedino\*

Em paradigmático julgamento proferido pela segunda Turma do Superior Tribunal Federal, sedimentou-se entendimento de que “os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares”<sup>1</sup>. O reconhecimento da força normativa da Constituição, a vincular o legislador e operar eficácia independentemente de legislação infraconstitucional, em especial no que concerne às relações jurídicas de direito privado, é hoje uma realidade no âmbito dos Tribunais brasileiros. Trata-se de resultado de longo processo, que pode ser dividido em três fases distintas.

O primeiro desses períodos caracteriza-se pelo abandono das normas constitucionais na solução de controvérsias envolvendo particulares. Compreendidos como representantes de áreas estanques no âmbito do Direito (o Direito Público e o Direito Privado), Constituição e Código Civil não dialogavam entre si, de modo que não recorria o Supremo Tribunal Federal à Carta Constitucional para a resolução desses conflitos. Desprovidas de eficácia normativa, as normas constitucionais eram tidas como mero programa, sem conteúdo vinculante<sup>2</sup>. Quando suscitadas, apresentavam-se tão somente como limite às normas infraconstitucionais. Avaliava-se, assim, a constitucionalidade das regras de “direito privado”, afastando-as quando em confronto com a Constituição<sup>3</sup>, mas negava-se a esta força normativa autônoma.

---

\* Professor Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ.

- 1 STF, RE nº 201.819, 2ª T., Rel.<sup>a</sup> Min.<sup>a</sup> Ellen Gracie, Rel. p/ Acórdão Min. Gilmar Mendes, j. 11.10.05.
- 2 É farta a literatura que descreve essa fase. Confira-se, por exemplo, SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004; BARROSO, Luis Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000; SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- 3 A título exemplificativo, confira-se o RE nº 44.994, 1ª T., Rel. Min. Oscar Saraiva, j. 06.10.60.

Em um segundo momento, com o advento da Constituição de 1988 e o amplo debate político que envolveu sua elaboração, os juristas brasileiros passaram a se preocupar um pouco mais em conferir efetividade às normas constitucionais. Contudo, tal perspectiva não ensejou de imediato o reconhecimento, pelo Supremo Tribunal Federal, da aplicação direta das normas constitucionais no âmbito das relações privadas. Apesar de já se ouvirem vozes contrárias à classificação das normas constitucionais como “normas programáticas”<sup>4</sup>, a ampliação de sua eficácia não se estendeu ao Direito Civil, onde esses dispositivos permaneceram considerados como dotados de eficácia limitada, a depender sua aplicação pelo Judiciário da promulgação de normas infraconstitucionais. Dessa forma, o conteúdo dos diversos princípios consagrados pela Carta – dentre os quais se pode ressaltar o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) – acabou sendo preenchido através de eventuais manifestações do legislador ordinário.

Nesse contexto, travou-se ampla discussão acerca da aplicação – direta ou não – do § 3º do art. 192, que estabelecia que: “As taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito, não poderão ser superiores a doze por cento ao ano; a cobrança acima deste limite será conceituada como crime de usura, punido, em todas as suas modalidades, nos termos que a lei determinar”<sup>5</sup>.

O Supremo Tribunal Federal foi chamado a decidir sobre a eficácia do dispositivo logo após a elaboração da Constituição de 1988, quando afirmou, por maioria de seus membros, tratar-se de norma de eficácia limitada, nos seguintes termos:

“Tendo a Constituição Federal, no único artigo em que trata do sistema financeiro nacional (art. 192), estabelecido que este será regulado por lei complementar, com observância do que determinou no *caput*, nos seus incisos e parágrafos, não é de se admitir a eficácia imediata e isolada do disposto em seu § 3º, sobre taxa de juros reais (12 por cento ao ano), até porque estes não foram conceituados”.

---

4 Confira-se arguta crítica elaborada por Eros Roberto Grau: “As consequências da adoção do pensamento da doutrina acima apontada (...) são desastrosas. (...) A verdade é que, na atribuição de caráter meramente programático a determinadas disposições constitucionais, o que se pretende é transformá-las em estereótipos ou meros termos de efeito. (...) Assim, penso possamos afirmar que a construção que nos conduz à visualização das normas como tais – programáticas – no texto constitucional tem caráter reacionário. Nelas se erige não apenas um obstáculo à funcionalidade do Direito, mas, sobretudo, ao poder de reivindicação das forças sociais” (A Constituição brasileira e as normas programáticas. In: *Revista de Direito Constitucional e Ciências Políticas*, n. 4, 1985, p. 41-42).

5 O artigo foi objeto de reforma pela Emenda Constitucional nº 40, de 29 de maio de 2003, a qual suprimiu o parágrafo em comento.

Tal posicionamento restou pacificado no Tribunal, sendo repetido em diversas decisões posteriores. É ver-se:

“O Supremo Tribunal Federal, ao analisar o tema ora debatido em sede de ação direta de inconstitucionalidade, estabeleceu que o preceito inscrito no art. 192, § 3º, da Carta Política – por qualificar-se como estrutura normativa aberta e incompleta – não se reveste de auto-aplicabilidade, o que impede o Poder Judiciário, sem que exista o ato de concretização legislativa reclamado pelo texto constitucional, de conferir executoriedade imediata a essa regra de nossa Carta.”<sup>6</sup>

É possível afirmar que, apesar da evolução, a aplicação das normas constitucionais às relações privadas deu-se somente de forma retórica, no sentido de que, apesar de invocadas as normas constitucionais, restavam não aplicadas ao caso concreto em virtude de ausência de legislação infraconstitucional a dar “plena eficácia” ao dispositivo constitucional.

É certo, contudo, que o germe de uma nova fase já se encontrava presente quando o Pleno decidiu sobre o § 3º do art. 192 já pela primeira vez, como expressa o voto do Ministro Carlos Velloso, um dos que ficou vencido na decisão supracitada, o qual vaticinou:

“As normas constitucionais são, de regra, autoaplicáveis, vale dizer, são de eficácia plena e aplicabilidade imediata. Já foi o tempo em que predominava a doutrina no sentido de que seriam excepcionais as normas constitucionais que seriam, por si mesmas, executórias”.

Hoje, como já afirmado, tal posicionamento encontra-se superado. A maturação dos estudos acerca da CR, de 1988, e suas potencialidades, bem como a superação do entendimento, segundo o qual Direito Público e Privado seriam opostos e incomunicáveis, levou à gradual aplicação das normas constitucionais às relações privadas. Vive-se, então, uma terceira fase, na qual se admite amplamente a aplicação direta das normas constitucionais.

Percebe-se essa transformação gradual ao longo de diversas decisões do Tribunal que, apesar de não mencionarem expressamente a aplicação direta, utilizaram-se de princípios constitucionais relevantes para a decisão de lides envolvendo particulares. A primeira dessas decisões é o Recurso Extraordinário nº 160.222, em que se discutia a legitimidade de revista íntima efetuada por empresa produtora de peças íntimas femininas em suas empregadas, procedi-

---

6 RE nº 186.594, 1ª T., Rel. Min. Celso de Mello, j. 28.04.95. No mesmo sentido: RE nº 161.541, 2ª T., Rel. Min. Paulo Brossard, Rel. p/ Acórdão Min. Francisco Rezek, j. 22.02.94; e RE nº 170.131, 1ª T., Rel. Min. Celso de Mello, j. 08.02.94.

mento este previsto em cláusula contratual<sup>7</sup>. Na hipótese, não foi possível ao relator apreciar o mérito da questão, em virtude da verificação da prescrição. Contudo, a questão não lhe passou despercebida:

“Lamento que a irreversibilidade do tempo corrido faça impossível enfrentar a relevante questão de direitos fundamentais da pessoa humana, que o caso suscita, e que a radical contraposição de perspectivas entre a sentença e o recurso, de um lado, e o exacerbado privatismo do acórdão, de outro, tornaria fascinante.”<sup>8</sup>

Pouco tempo depois, o Tribunal foi instado a decidir sobre exclusão de associado de cooperativa, a qual se verificou através de processo em que não foram observadas as regras previstas no estatuto. O Ministro-Relator Marco Aurélio, ao julgar a questão, afirmou que o princípio do devido processo legal, consagrado no art. 5º, inciso LIV, da Constituição, em conjunto com os princípios da legalidade (art. 5º, II) e da ampla defesa (art. 5º, LV), tornaria inválidos os atos da Assembleia que resultaram na exclusão do cooperativado. Ficou assentado, portanto, que “na hipótese de exclusão de associado decorrente de conduta contrária aos estatutos, impõe-se a observância ao devido processo legal, viabilizado o exercício amplo da defesa”<sup>9</sup>.

Ainda sem mencionar expressamente estar aplicando normas constitucionais de forma direta às relações entre particulares<sup>10</sup>, julgou o Supremo Recurso Extraordinário em que se propugnava o reconhecimento de alguns direitos trabalhistas em face de empresa estrangeira. Na hipótese, ex-empregado

7 Confira-se a ementa do julgado em questão: “Recurso extraordinário: legitimação da ofendida – ainda que equivocadamente arrolada como testemunha –, não habilitada anteriormente, o que, porém, não a inibe de interpor o recurso, nos quinze dias seguintes ao término do prazo do Ministério Público, (STF, Súmulas ns. 210 e 448). II – Constrangimento ilegal: submissão das operárias de indústria de vestuário a revista íntima, sob ameaça de dispensa; sentença condenatória de primeiro grau fundada na garantia constitucional da intimidade e acórdão absolutório do Tribunal de Justiça, porque o constrangimento questionado à intimidade das trabalhadoras, embora existente, fora admitido por sua adesão ao contrato de trabalho: questão que, malgrado a sua relevância constitucional, já não pode ser solvida neste processo, dada a prescrição superveniente, contada desde a sentença de primeira instância e jamais interrompida, desde então”.

8 STF, RE nº 160.222, 1ª T., Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 11.04.95.

9 STF, RE nº 158.215, 2ª T., Rel. Min. Marco Aurélio, j. 30.04.96.

10 A doutrina, contudo, já anotava, com base nessas decisões, que o STF estava a aplicar diretamente tais normas constitucionais às relações privadas. Nesse sentido, confira-se Daniel Sarmento: “Por estes acórdãos, infere-se que o STF aceita a aplicação de direitos fundamentais na resolução de conflitos interprivados, independentemente da mediação do legislador. Embora o Pretório Excelso não tenha chegado a discutir em seus julgados as diversas teorias sobre a forma de vinculação dos particulares aos direitos constitucionais, é possível extrair dos seus posicionamentos a adesão à tese mais progressista, da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas” (*Direitos fundamentais e relações privadas*, cit., p. 294).

brasileiro de empresa francesa alegava não ter recebido diversos benefícios concedidos pela empregadora a funcionários de nacionalidade francesa, por ser este requisito previsto no estatuto do pessoal da companhia para a concessão das benesses pleiteadas. O Supremo entendeu que a previsão afrontava o princípio constitucional da isonomia (art. 5º, *caput*), pois “a discriminação que se baseia em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo, como o sexo, a raça, a nacionalidade, o credo religioso, etc., é inconstitucional”. Uma vez mais, fez incidir o Supremo norma de natureza constitucional a relação eminentemente privada, como se denota do voto do Ministro Maurício Corrêa:

“Evidentemente, como o tom da nossa Constituição é o da igualdade de tratamento, não podendo haver desigualdade entre iguais, razão pela qual quem aqui se instala há que obedecer ao nosso ordenamento legal, máxime no que diz respeito aos ditames ordenados pela Constituição Federal. Tanto mais que essa discriminação que foi feita não se coaduna com a razoabilidade, e muito menos não se coaduna com o ordenamento constitucional brasileiro.”

A argumentação utilizada pelos ministros para fundamentar a linha adotada deixa nítida a compreensão da eficácia direta das normas constitucionais, vez que aludem a uma interpretação sistemática do ordenamento, a prescindir a eficácia da Constituição de intervenção legislativa, como evidencia o voto do Ministro Nelson Néri da Silveira:

“Mas o princípio do nosso sistema é o da igualdade de tratamento. Em consequência, não pode uma empresa, no Brasil, seja nacional ou estrangeira, desde que funcione, opere, no território nacional, estabelecer discriminação decorrente da nacionalidade para seus empregados, em regulamento de empresa, a tanto correspondendo o estatuto dos servidores da empresa, tão só pela circunstância de não ser um nacional francês. (...) Nosso sistema não admite essa forma de discriminação, quer em relação à empresa brasileira, quer em relação à empresa estrangeira.”

A tendência já expressada pelos acórdãos citados consolidou-se com a apreciação do Recurso Extraordinário nº 201.819, julgado em 11 de outubro de 2005, quando o Tribunal aludiu expressamente à aplicação direta de normas constitucionais às relações privadas. Tratava-se de hipótese de exclusão de sócio através de procedimento no qual não lhe foi conferida possibilidade de se defender das acusações que lhe eram imputadas e sequer de se manifestar antes de ser punido com a exclusão. O Tribunal, rejeitando o argumento de que o princípio da ampla defesa não se aplicaria aos procedimentos internos das instituições privadas, entendeu que, apesar de se regerem pelas normas do



Código Civil, “a ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais”. Concluiu, então, a Corte, em paradigmática passagem citada ao início, que “os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados”<sup>11</sup>.

Corroborando o voto do Relator, o Ministro Joaquim Barbosa enumerou os motivos pelos quais defendia a aplicabilidade direta do dispositivo constitucional:

“O primeiro deles, o paulatino rompimento das barreiras que separavam até final do século XIX o Direito Público e o Direito Privado. Por outro lado, um fenômeno facilmente observável em sistemas jurídicos dotados de jurisdição constitucional – a chamada ‘constitucionalização do direito privado’, mais especificamente do direito civil. Noutras palavras, as relações privadas, aquelas que há até bem pouco tempo se regiam exclusivamente pelo Direito Civil, hoje sofrem o influxo dos princípios de Direito Público, emanados predominantemente das decisões proferidas pelos órgãos de jurisdição constitucional.”

Em conclusão ao julgamento, anotou o Ministro Celso de Mello o impacto dessa nova visão em um dos pilares do Direito Civil, qual seja, a autonomia privada que, segundo ele, “não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia de vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais”. Assim, como consequência dessa percepção, decidiu a questão afirmando que “a ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir, como a parte ora recorrente o fez, à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais”.

---

11 STF, RE nº 201.819, 2ª T., Relª Minª Ellen Gracie, Rel. p/ Acórdão Min. Gilmar Mendes, j. 11.10.05.



Paralelamente a esse processo de reconhecimento da eficácia do texto constitucional nas relações privadas, tem-se verificado outra mudança relevante no posicionamento da Corte, dessa vez em relação ao mandado de injunção (remédio constitucionalmente previsto para sanar omissões legislativas essenciais para a concretude de direitos conferidos pela Constituição). Outrora utilizado tão somente para reconhecer a mora do legislador ordinário na elaboração de normas necessárias para permitir o exercício de direitos constitucionalmente consagrados<sup>12</sup>, tal remédio passou a dar base a decisões nas quais o Supremo Tribunal Federal, ciente de sua vinculação à Constituição, vem solucionando casos independentemente da edição das normas legais infraconstitucionais<sup>13</sup>. Reconhece-se, assim, a força normativa da Constituição, a vincular o próprio aplicador do direito que, em respeito aos seus ditames, deve buscar dirimir a questão independentemente da existência de norma infraconstitucional regulamentadora.

Nesse contexto, passaram os princípios-chave da Constituição a influir significativamente no julgamento de questões envolvendo a legislação cível do país, tornando possível listar importantes Acórdãos do Superior Tribunal de Justiça (Corte Suprema para assuntos infraconstitucionais) em que esta é interpretada em conjunto com tais princípios. Assim, entendeu discriminatória disposição de estatuto social que impedia que menor sob guarda de um dos sócios, mas que não fosse seu filho, se tornasse dependente, entendendo que, apesar de se garantir “aos associados dispor, nos estatutos do clube, da forma que mais conveniente lhes parecer quanto ao acesso ao quadro social”, encontra tal possibilidade limites de razoabilidade, não se mostrando possível “estabelecer discriminação que a lei não admite”<sup>14</sup>.

Dentre esses princípios, assume especial relevância o princípio da dignidade da pessoa humana. Recentemente, o princípio serviu de base para

---

12 “Mandado de injunção: ausência de regulamentação do direito ao aviso-prévio proporcional previsto no art. 7º, XXI, da Constituição da República. Mora legislativa: critério objetivo de sua verificação: procedência, para declarar a mora e comunicar a decisão ao Congresso Nacional para que a supra” (STF, MI nº 695, Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 01.03.07).

13 A nova orientação foi fixada no âmbito do Mandado de Injunção nº 721, julgado pelo Tribunal Pleno em 30.08.07, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, no qual se assentou: “A natureza da citada ação constitucional – mandado de injunção –, procedente a causa de pedir versada na inicial, leva o pronunciamento a ganhar contornos mandamentais, a ganhar eficácia maior, a ponto de viabilizar, consideradas as balizas subjetivas da impetração, o exercício do direito, da liberdade constitucional ou das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Eis que surgiu, no cenário normativo-constitucional, o instrumento capaz de revelar a lei fundamental como de concretude maior, abandonada visão simplesmente lírica”. A Corte, posteriormente, ratificou o entendimento no julgamento do Mandado de Injunção nº 758, Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 01.07.08.

14 REsp nº 93.634, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 24.08.99.

importante decisão em que se concedeu a portadores de HIV o benefício de tramitação especial de processos previsto pelo art. 1.211-A do Código de Processo Civil para beneficiar pessoas com idade superior a sessenta e cinco anos<sup>15</sup>. Reformando decisão do Tribunal *a quo*, que havia compreendido que não se poderia usar de interpretação extensiva ou analógica na norma em questão por se tratar de norma excepcional, afirmou o Superior Tribunal de Justiça que “não há necessidade de se adentrar a seara da interpretação extensiva ou da utilização da analogia de dispositivo legal infraconstitucional de cunho processual ou material, para se ter completamente assegurado o direito subjetivo pleiteado pelo recorrente. Basta buscar nos fundamentos da República Federativa do Brasil o princípio da dignidade da pessoa humana que, por sua própria significância, impõe a celeridade necessária peculiar à tramitação prioritária do processo em que figura parte com enfermidade como o portador do vírus HIV, tudo isso pela particular condição do recorrente, em decorrência de sua moléstia”<sup>16</sup>.

No mesmo diapasão, construiu o Tribunal entendimento, ora sedimentado, de que é possível o levantamento do saldo do FGTS mesmo no caso de doenças graves não previstas na lei, pois “o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, com assento no art. 1º, III, da CF/88, é fundamento do próprio Estado Democrático de Direito, que constitui a República Federativa do Brasil, e deve se materializar em todos os documentos legislativos voltados para fins sociais, como a lei que instituiu o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço”<sup>17</sup>.

Ainda atendendo aos ditames do princípio da dignidade da pessoa humana, decidiu o Tribunal aplicar o conceito de bem de família e, por conseguinte, a garantia de impenhorabilidade conferida pela Lei nº 8.009<sup>18</sup>, a imóvel sede de empresa familiar na qual residiam os membros da família. Ao assim decidir, ressaltou o Ministro Luiz Fux que “ao aplicar a lei, o julgador não pode, tão somente, restringir-se à subsunção do fato à norma. Deve estar atento aos princípios maiores que regem o ordenamento jurídico e aos fins sociais a que a lei se dirige”. Tal perspectiva levou o julgador à conclusão de que “iluminado pelo princípio da dignidade da pessoa humana, o art. 1º da Lei nº 8.009/90 precisa

15 Dispõe o artigo: “Os procedimentos judiciais em que figure como parte ou interveniente pessoa com idade igual ou superior a sessenta e cinco anos terão prioridade na tramitação de todos os atos e diligências em qualquer instância”.

16 STJ, REsp nº 1.026.899, 3ª T., Relª Minª Nancy Andrighi, j. 17.04.08.

17 REsp 853.002, 2ª T., Relª Minª Eliana Calmon, j. 19.09.06. No mesmo sentido, v. STJ, 2ª T., REsp nº 670.027, Relª Minª Eliana Calmon, j. 16.11.04.

18 Eis o teor do dispositivo: “O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei”.

ser interpretado no sentido de que a proteção deve ser estendida à habitação familiar, ainda mais quando o imóvel onde reside a família é da propriedade de uma empresa pequena e familiar”<sup>19</sup>.

O Supremo Tribunal Federal também não se manteve alheio aos efeitos causados no ordenamento pátrio pela previsão da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental na República. A questão foi ressaltada em recente julgado, no qual se avaliou a constitucionalidade de norma elaborada por um dos estados da Federação (o Estado de São Paulo) que proibia o uso de determinada substância (crisotila) na composição de produtos, materiais e artefatos. Alegava-se a incompatibilidade de tal dispositivo com o art. 24, inciso V, da Constituição da República, por entender exorbitada competência supletiva do Estado-membro para legislar sobre produção e consumo.

Entendeu o Tribunal que a relevância das questões em debate – direito à vida e à saúde dos expostos ao produto – deveria prevalecer em face de eventual restrição à competência do Estado-membro. Nos termos do voto vencedor do Ministro Joaquim Barbosa, a defesa da inconstitucionalidade da norma com base no exercício exorbitante da competência concorrente do Estado de São Paulo não se coaduna com os valores defendidos pela Constituição, em especial por visar a norma à eficaz proteção da pessoa humana.<sup>20</sup> Assim, a aplicação direta dos direitos constitucionais à saúde e à vida (integridade psicofísica) autoriza o legislador estadual, mesmo no âmbito de sua competência supletiva, a expandir e aperfeiçoar, progressivamente, a tutela dos valores constitucionais, não circunscrevendo sua atuação a suprir lacunas derivadas da omissão da legislação federal<sup>21</sup>.

No âmbito das relações trabalhistas, o Tribunal Superior do Trabalho tem liderado semelhante tendência.

---

19 STJ, REsp nº 621.399, 1ª T., Rel. Min. Luiz Fux, j. 19.04.05.

20 O acórdão ainda não se encontra publicado, mas é possível obter referências do julgado no Informativo de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal nº 509, de 2 a 6 de junho de 2008.

21 “Dentro do contexto pertinente ao direito à moradia, torna-se relevante observar, na linha da reflexão feita pelo eminente Professor Luiz Edson Fachin, que se impõe, ao Estado, dispensar tutela efetiva às grandes conquistas sociais, assegurando-lhes, mediante adoção de medidas apropriadas, a proteção do patrimônio mínimo fundada em postulados inderrogáveis, como o princípio da dignidade da pessoa humana, que representa – enquanto um dos fundamentos da República (CF, art. 1º, III) – valor revestido de centralidade em nosso sistema constitucional. Esse princípio fundamental, valorizado pela fiel observância da exigência ético-jurídica da solidariedade social – que traduz um dos objetivos fundamentais do Estado Social de Direito (CF, art. 3º, I) – permite legitimar interpretações que objetivem destacar, em referido contexto, o necessário respeito ao indivíduo, superando-se, desse modo, em prol da subsistência digna das pessoas, restrições que possam injustamente frustrar a eficácia de um direito tão essencial, como o da intangibilidade do espaço doméstico em que o ser humano vive com a sua família” (Voto vencido do Ministro Celso de Mello).

Assim, por exemplo, considerou-se atentatória à privacidade e à honra a prática, não incomum, de restrição ao uso do toalete por seus funcionários durante a jornada de trabalho: “Restrições ao uso de toalete. Dano moral. Configuração. A CLT consagra o poder diretivo do empregador (art. 2º), que se manifesta por meio do controle, vigilância e fiscalização dos seus empregados. Tal poder encontra limites também legalmente traçados. *Ninguém pode tudo. Os poderes de qualquer indivíduo, de qualquer instituição, para além do que trace o ordenamento, estão limitados não só pelo que podem os outros indivíduos e instituições, mas, ainda, pelo que, legitimamente, podem exigir na defesa de seus patrimônios jurídicos. A Constituição da República (arts. 1º, inciso III, e 5º, caput e incisos III e X) tutela a privacidade e a honra, coibindo práticas que ofendam a dignidade da pessoa humana e constituam tratamento degradante. (...) A restrição ao uso de toaletes não pode ser considerada conduta razoável, violando a privacidade e ofendendo a dignidade, ao tempo em que expõe o trabalhador a constrangimento desnecessário. A necessidade de continuidade dos serviços, pela sua natureza, não pode ser alcançada pelo sacrifício e humilhação do empregado, cabendo tal ônus, obviamente, à empresa, que há de conceber rotinas que a assegurem, com postos de trabalho suficientes e ferramentas hábeis. (...) Não há nada e nenhuma norma que autorize o empregador ou seus prepostos a restringir o uso de toalete, no modelo sob exame, resultando a prática em repudiado tratamento degradante (Constituição Federal, arts. 1º, III e 5º, III e X)”<sup>22</sup>.*

A afronta aos princípios e valores constitucionais também serviu de base à identificação de ato discriminatório na dispensa imotivada de trabalhador portador do vírus HIV. A decisão, afirmou, na esteira do entendimento consolidado daquele Tribunal, que “o exercício do direito potestativo de denúncia vazia do contrato de trabalho sofre limites, na hipótese de ato discriminatório, em função dos princípios da função social da propriedade (art. 170, III, da CF), da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho (art. 1º, III e IV, da CF), por manifesta incompatibilidade”<sup>23</sup>.

22 TST, RR 144200-71.2007.5.03.0091, 3ª T., Rel. Min. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, j. 22.09.2010, publ. DEJT 01.10.2010, grifou-se. V., ainda: TST, RR 1525200-90.2008.5.09.0029, 3ª T. Relª Minª Rosa Maria Weber, j. 06.10.2010, publ. DEJT 15.10.2010; TST, AIRR 137940-94.2007.5.01.0038, 6ª T., Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado, j. 01.12.2010, publ. DEJT 10.12.2010; TST, E-ED-RR 159600-47.2007.5.03.0020, SDI-1, Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga, j. 23.09.2010, publ. DEJT 01.10.2010; TST, RR 1300-49.2008.5.15.0074, 2ª T., Rel. Min. Caputo Bastos, j. 23.02.2011, publ. DEJT 11.03.2011.

23 Confira-se o inteiro teor da ementa: “Empregado portador do vírus HIV. Dispensa imotivada. Presunção relativa de discriminação. Reintegração. A ordem jurídica pátria repudia a discriminação, cuja presença na *voluntas* que precede o ato da dispensa implica a sua ilicitude, ensejando nulidade. O exercício do direito potestativo de denúncia vazia do contrato de trabalho sofre limites, na hipótese

Da mesma forma, presumiu o TST discriminatória a dispensa imotivada de portador de cardiomiopatia grave, apesar de não existir “lei específica asseguradora da permanência no emprego de empregado portador de cardiopatia grave, a reintegração em face de dispensa arbitrária e discriminatória, devido à ausência de motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro, não afronta o art. 5º, II, da Constituição Federal”<sup>24</sup>.

Percebe-se, pois, através da análise das decisões das Cortes Superiores brasileiras, o impacto da Constituição de 1988 na aplicação do Direito Civil.

de ato discriminatório, em função dos princípios da função social da propriedade (art. 170, III, da CF), da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho (art. 1º, III e IV, da CF), por manifesta incompatibilidade. A jurisprudência desta Corte Superior evoluiu no sentido de presumir discriminatória a dispensa sempre que o empregador tem ciência de que o empregado é portador do vírus HIV, com a consequente inversão do encargo probatório (*praesumptio juris tantum*)” (TST, RR 721340-83.2006.5.12.0035, 3ª T., Relª Minª Rosa Maria Weber, j. 26.05.2010, publ. DEJT 22.10.2010). Na mesma direção: TST, AIRR 69440-93.2007.5.02.0087, 3ª T., Rel. Min. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, j. 12.05.2010, publ. DEJT 28.05.2010; TST, E-RR 36600-18.2000.5.15.0021, SDI-1, Rel. Min. Horácio Raymundo de Senna Pires, j. 06.11.08, publ. DEJT 14.11.08; TST, RR-317800-64.2008.5.12.0054, 6ª T., Rel. Mauricio Godinho Delgado, j. 03.08.2011, publ. DEJT 12.08.2011.

- 24 TST, RR 18900-65.2003.5.15.0072, 1ª T., Rel. Min. Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, j. 17.03.2010, publ. DEJT 06.08.2010. Além dos exemplos destacados, verificam-se vários julgados do TST que demonstram a evolução delineada.

Com fulcro no princípio da isonomia, por exemplo, reconhece-se que o empregado da empresa prestadora de serviços que desempenhar iguais funções às desenvolvidas pelo empregado da empresa tomadora faz jus aos mesmos direitos e ao mesmo patamar remuneratório: “Recursos de Revista da segunda e do terceiro reclamados. Isonomia entre os empregados da empresa prestadora e tomadora dos serviços. OJ nº 383 DA SBDI-1 DO TST. O Regional confirmou que o reclamante realizava tarefas típicas de bancário, determinou seu enquadramento nessa categoria profissional e deferiu as diferenças salariais pleiteadas e os benefícios previstos nas normas coletivas inerentes aos bancários. Contudo, esta Corte, por intermédio da Orientação Jurisprudencial nº 383 da SBDI-1 firmou entendimento no sentido de que, desde que observado o exercício das mesmas funções, são devidos aos empregados da prestadora de serviços os mesmos direitos da empresa tomadora, em face do princípio da isonomia, situação que se amolda ao caso concreto. Recurso de revista não conhecido” (TST, RR 13200-71.2007.5.18.0012, 8ª T., Relª Minª Dora Maria da Costa, j. 06.10.2010, publ. DJET 08.10.2010. No mesmo sentido: TST, AIRR-81900-04.2009.5.03.0059, 8ª T., Relª Minª Dora Maria da Costa, j. 25.05.2011, publ. DEJT 27.05.2011; TST, RR-57200-50.2010.5.13.0026, 3ª T., Relª Minª Rosa Maria Weber, j. 25.05.2011, publ. DEJT 23.06.2011).

Nesse diapasão, aplicou-se diretamente o princípio constitucional da liberdade de associação em diversos precedentes para reconhecer a vedação à cobrança de contribuições assistencial e confederativa a empregados não associados à entidade representativa de sua respectiva categoria: “Contribuição assistencial e confederativa. Desconto. Limitação. Não filiados. Incidência. 1. Diferentemente do que se verifica em relação à contribuição sindical, que se afigura como tributo exigível de toda a categoria, tem-se que as contribuições assistencial e confederativa apenas são devidas pelos empregados efetivamente associados à entidade sindical, em respeito ao direito de livre associação e sindicalização, previsto nos arts. 5º, inciso XX, e 8º, inciso V, da Constituição Federal. Entendimento que se encontra perflhado no Precedente Normativo nº 119 da SDC do TST. 2º” (TST, E-RR 20.956/2002, SBDI-I, Rel. Min. João Oreste Dalazen, publ. DJU 23.04.04). Confira-se também: TST, E-RR-499.248/1998, SBDI-I, Rel. Min. João Oreste Dalazen, publ. DJU 26.09.03; TST, AIRR 182840-86.2007.5.01.0022, 3ª T., Relª Minª Rosa Maria Weber, publ. DEJT 03.06.2011. O entendimento coaduna-se com o verbete nº 666 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, *verbis*: “A contribuição confederativa de que trata o art. 8º, IV, da Constituição só é exigível dos filiados ao sindicato respectivo”.

Cada vez mais se defende, em consonância com a lição do Professor Perlingieri, que “a norma constitucional pode, também sozinha (quando não existirem normas ordinárias que disciplinem a *fattispecie* em consideração), ser a fonte da disciplina de uma relação jurídica de Direito Civil”<sup>25</sup>.

Contudo, ainda se encontram, não obstante a evolução traçada, algumas resistências à aplicação direta das normas constitucionais às relações privadas.

– A unidade do ordenamento mostra-se incompatível com a noção de microsistema.

– É equivocada a chamada civilização do Direito Constitucional, que pretende indicar a suposta influência do Direito Civil e de suas categorias na interpretação constitucional: são os valores constitucionais que devem impregnar cada categoria do direito infraconstitucional, sob pena de se obstaculizar o projeto constitucional em nome de soluções legislativas da práxis judiciária ou do próprio mercado, incompatíveis com o sistema.

– Mostra-se insustentável o vetusto processo hermenêutico silogístico conhecido como subsunção, que pressupõe a dualidade inexistente entre a norma jurídica (premissa maior) e a hipótese fática (premissa menor). A norma jurídica é um *posterius* e não um *prius*. Produz-se, do processo interpretativo, a um só tempo, a norma interpretada e o fato qualificado. Daí a imprescindibilidade da fundamentação das decisões e da argumentação que as legitimam.

– Não há espaços de não direito: a liberdade não é um dado pré-jurídico. Esta concepção supõe a dualidade entre o fato social e a norma. Contrapõe a liberdade à intervenção legislativa (papel repressor do direito). Tal visão autoriza aprioristicamente certos comportamentos humanos, desresponsabilizando seus titulares.

– Encontra-se superada a discussão acerca da aplicação direta ou indireta. Se o ordenamento é unitário, a norma constitucional há sempre de prevalecer, direta ou indiretamente<sup>26</sup>.

25 *Perfis de Direito Civil: uma Introdução ao Direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 11.

26 Esclarece o professor Perlingieri: “La stessa espressione ‘rilettura degli istituti del diritto civile alla luce della Costituzione’, pur se con una certa dose di ambiguità, intende sottolineare non già che oggetto dell’interpretazione a fini applicativi sia la disposizione ordinaria, regolatrice del singolo istituto, adeguata o conformata alla norma costituzionale, ma che oggetto dell’interpretazione sono le disposizioni di rango ordinario unitamente alle norme costituzionali: le une in funzione delle altre e viceversa, in coordinamento le une e le altre secondo la collaudata tecnica del combinato disposto. Tecnica, questa, volta ad evitare che la Costituzione sia letta e interpretata alla luce della legge ordinaria, in una sorta di bidirezionalità ermeneutica foriera di grosse ambiguità” (*La dottrina del diritto civile nella legalità costituzionale*, Relazione introduttiva al Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro. “Interpretação do Direito Civil Contemporâneo: Novos problemas à luz de legalidade constitucional”, proferida em 21 de setembro de 2006).

– Funcionalização dos institutos de Direito Privado não é expressão de comunitarismo (fascismo, comunismo), mas traduz o reconhecimento dos valores existenciais constitucionalmente estabelecidos, que privilegiam a pessoa humana e impõem deveres aos titulares de situações jurídicas patrimoniais.

– Não há teorias setoriais de interpretação (interpretação constitucional, interpretação do Direito Penal, interpretação do Direito Administrativo, e assim por diante), porque isso faria supor que nem toda interpretação é constitucional e esfacelaria a unidade do ordenamento. A teoria da interpretação é, portanto, uma.

– As normas infraconstitucionais, pelo fato de conterem maior densidade analítica, não devem servir de decodificadores ou tradutores dos princípios constitucionais. Tal seria a forma oblíqua de se esmorecer ou aniquilar a aplicação direta das normas constitucionais.

– O reconhecimento do papel criativo dos magistrados não importa em apoio ao *decisionismo*, ou à atribuição de ilimitado poder aos juízes. Trata-se de fixar limites axiológicos para a atuação da magistratura, com apoio na teoria da argumentação. Há de se reconstruir, assim, o princípio da segurança jurídica.

– Há de se separar a lógica proprietária da lógica da pessoa humana: o ter do ser. Tal promíscua superposição acaba por impedir a promoção dos valores existenciais, reduzindo-os aos paradigmas das relações patrimoniais no âmbito das quais o conceito de direito subjetivo foi construído.



# A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS: O CASO DA RELAÇÃO DE EMPREGO

Ipojucan Demétrius Vecchi\*

## 1 – INTRODUÇÃO

No presente texto, far-se-á uma breve abordagem sobre um tema de grande relevância na atualidade, que é o da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, em especial nas relações de emprego.

Para isso, analisar-se-á o assunto tendo por pano de fundo uma concepção hermenêutica do Direito, na qual interpretação e aplicação estão intimamente ligadas, fazendo parte do processo de concretização do Direito e somente sendo possíveis diante do caso concreto e de seu contexto.

Far-se-á, num primeiro momento, uma abordagem geral do tema para, então, logo após, adentrar-se na análise da eficácia dos direitos fundamentais “inespecíficos” nas relações de emprego, finalizando com a análise da aplicação do devido processo legal nas relações de emprego.

## 2 – A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS – UMA BREVE NOÇÃO

Para que se possa adentrar na análise do tema, cumpre que seja precisada em que sentido se emprega a expressão “eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas”. Esta expressão significa, aqui, a afirmação de que esses direitos vinculam também os sujeitos privados; que esses direitos são passíveis de serem invocados e aplicados em determinada situação em que não esteja presente o poder estatal. Portanto, que esses direitos geram posições passivas (obrigações, deveres) frente a determinados entes, que estão obrigados, vincu-

---

\* Mestre em Direito Público; professor de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo; advogado.



lados, por esses direitos. Significa a ampliação do espectro de proteção destes direitos, vinculando sujeitos públicos e privados<sup>1</sup>.

Dentro desta ótica, necessário ainda esclarecer que o problema da eficácia dos direitos fundamentais em relações privadas não se apresenta sempre. Ele só surge realmente como tema em algumas circunstâncias, pois, em outras, estes direitos são aplicados nas relações privadas sem maiores questionamentos. Por outro lado, também em certas circunstâncias, cumpre salientar que sequer é cabível falar de uma eficácia desses direitos em relações privadas.

Com efeito, existem determinados direitos fundamentais que, sem a menor sombra de dúvida, são aplicáveis nas relações privadas. Como exemplos, podem ser citados: a indenização por dano moral e o direito de resposta (inciso V do art. 5º da CF de 1988); a maior parte dos direitos fundamentais dos trabalhadores, como o gozo de férias anuais remuneradas (inciso XVII do art. 7º da CF de 1988). Por outro lado, existem direitos fundamentais que somente são dirigidos ao Estado, pois não há qualquer possibilidade de um privado violar tais direitos. Como exemplos podem ser citados: a proibição de juízo ou tribunais de exceção e o direito do brasileiro nato de não ser extraditado (previstos respectivamente nos incisos XXXVII e LI do art. 5º da CF de 1988).

Feitos estes esclarecimentos é necessário contextualizar qual é a realidade atual de violações dos direitos fundamentais e quem pode as patrocinar.

### 2.1 – O fenômeno do poder e os direitos fundamentais

Entende-se que a pergunta que coloca em foco os direitos fundamentais é a seguinte: *como proteger a pessoa humana frente ao poder, à violência, à arbitrariedade, à opressão?*

Ora, se os direitos fundamentais são verdadeiros “trunfos frente ao poder”, a resposta à pergunta só pode ser dada levando-se em conta o seu caráter histórico. A violência, a arbitrariedade, a opressão, o poder apresentam-se de forma diferenciada ao longo do processo histórico e, portanto, a maneira de se proteger a pessoa humana também terá que levar em conta esta variabilidade histórica.

---

1 Nesse sentido, ver: ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2001, p. 507 e ss.; SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: *A constituição concretizada – construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 109, 112 e 115; FACCHINI NETO, Eugênio. “Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado”. In: *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado. p. 44 e ss.

Assim, faz-se necessário que os intérpretes-aplicadores do Direito tomem consciência das mudanças contextuais que mostram que o fenômeno do poder não se restringe à esfera estatal, cabendo, assim, a abertura de novos sentidos para os direitos fundamentais, como verdadeiros “trunfos frente ao poder”. Os intérpretes não podem ficar atrelados a uma concepção liberal dos direitos fundamentais, que congelou o sentido desses direitos impedindo-os de fundar não só as relações indivíduo-Estado, mas, também, as relações entre privados.

Ora, a doutrina e a jurisprudência têm constatado que, não raras vezes, não é o Estado o “grande vilão” frente aos direitos fundamentais, mas, sim, sujeitos privados, especialmente quando dotados de poder (social ou econômico) que se apresentam como “inimigos” desses direitos. Aliás, nas sociedades e Estados Democráticos de Direito com cunho social<sup>2</sup>, o Estado deve atuar como “amigo e protetor” dos direitos fundamentais, até porque muitos deles somente podem ser concretizados com a intervenção estatal.

A constatação de que sujeitos privados podem ser efetivos e poderosos inimigos dos direitos fundamentais ganha em importância quando o fenômeno da globalização, sob o viés neoliberal, impõe graves restrições ao poder estatal e aumenta, de forma geométrica, o poder de grandes grupos privados.

Cabe lembrar, de acordo com Steinmetz, que o poder, nas sociedades capitalistas, pode ser delineado como a capacidade que um sujeito tem de condicionar, restringir ou eliminar a liberdade de outra pessoa<sup>3</sup>, não se encontra concentrado apenas no Estado, mas sim está espalhado nas diversas relações sociais.

É de se ter presente a advertência que Roberto Machado<sup>4</sup> nos faz na introdução à obra “Microfísica do Poder”, de Michel Foucault, um dos grandes estudiosos do fenômeno do poder. Com efeito, afirma o autor que Foucault, com sua genealogia do poder, demonstrou a insuficiência da ciência política ao limitar ao Estado sua investigação sobre o poder. Foucault evidenciou uma relação de não sinonímia entre Estado e poder, demonstrando toda uma rede de relações de poder (poder é relacional) que não são absorvidas ou criadas pelo Estado, mas que subjazem nas relações sociais. Como uma das formas mais características de aparecimento do fenômeno do poder nas relações sociais,

---

2 O cunho democrático e social da sociedade e do Estado Brasileiro é inegável diante do que se encontra no preâmbulo da CF de 1988; pelo que é previsto no art. 1º, *caput* e incisos III e IV, da CF de 1988; pelo rol de direitos fundamentais de primeira e segunda dimensão, conforme arts. 5º, 6º, 7º, todos das CF de 1988, bem como pelo que dispõem os arts. 170 e 193 da CF de 1988.

3 STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 86-87.

4 MACHADO, Roberto na introdução da obra de FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. 22. ed. São Paulo: Graal, 2006, p. IX-XVII.

Focault indicava o chamado poder disciplinar, sempre presente na estrutura empresarial e no controle dos comportamentos dos trabalhadores.

Não é à toa que foi justamente diante de relações assimétricas de poder que a doutrina e a jurisprudência alemãs, nos idos da década de 1950, começaram a trabalhar a chamada “*Drittwirkung* – eficácia perante terceiros ou eficácia horizontal” dos direitos fundamentais. E foi exatamente no campo do direito do trabalho que teve grande expressão por intermédio de Hans Carl Nipperdey, que além de reconhecido jurista foi Presidente do Tribunal Federal do Trabalho alemão. Com efeito, em 03.12.54, o Tribunal aplicou a um contrato de trabalho o direito fundamental de liberdade de expressão de um trabalhador, afirmando que a liberdade individual é garantida não somente contra o poder estatal, mas também diretamente nas relações entre os cidadãos<sup>5</sup>.

Com efeito, o poder nunca deixou de estar presente nas relações privadas do capitalismo, muito embora, com as recentes mudanças econômicas e sociais esse poder privado tenha se expandido e acentuado sua capacidade de condicionar condutas públicas e privadas.

Ubillos<sup>6</sup>, por exemplo, chama a atenção para a expansão do fenômeno do poder, o que torna uma ficção o entendimento de que nas relações privadas há o desfrute da liberdade pela simples proclamação do princípio da igualdade formal. Afirma o autor que:

“Hoy, como ayer, la realidad desmiente la existencia de una paridad jurídica en buena parte de los vínculos entablados entre sujetos privados. El derecho privado conoce también el fenómeno de la autoridad, del poder, como capacidad de determinar o condicionar jurídicamente o de facto las decisiones de otros, de influir eficazmente en el comportamiento de otros, de imponer la propia voluntad. Basta con mirar alrededor y observar atentamente la realidad que nos rodea. Es un hecho fácilmente constatable la progresiva multiplicación de centros de poder privados y la enorme magnitud que han adquirido algunos de ellos.”

Aliás, é tal o agigantamento do poder privado no contexto neoliberal que Juan Ramón Capella<sup>7</sup> chega a falar de um “soberano privado supraestatal

---

5 ABRANTES, José João. *Contrato de trabalho e direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 80-85.

6 UBILLOS, Juan María Bilbao. “¿En que medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?”. In: *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 301.

7 CAPELLA, Juan Ramón. *Fruto proibido – Uma aproximação histórico-teórica ao estudo do direito e do estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 257-258.

difuso”. Afirma o autor que a denominação de *soberano privado supraestatal difuso* se atribui ao titular “privado” de um poder supraestatal que produz efeitos de natureza pública ou política. Há, efetivamente, um novo poder que impõe aos estados determinadas políticas, sobretudo na configuração do âmbito econômico; esse poder possui um caráter supraestatal. Ao favorecer o monetarismo, a desregulação, o livre câmbio comercial, o fluxo de capitais sem travas e as privatizações massivas, os responsáveis políticos possibilitaram o traspasso de decisões capitais da esfera pública à esfera privada. A transferência de financiamento aos entes da esfera privada da etapa anterior já havia feito intensamente poderosos a estes entes.

Portanto, na sociedade atual, não é possível desconhecer que o fenômeno do poder alcança não só as relações entre indivíduos e Estado, mas que também perpassa as relações travadas na chamada “sociedade civil”, onde poderes privados atuam com desenvoltura e colocam em xeque, muitas vezes, as próprias estruturas e políticas estatais (sobre estas, basta lembrar a possibilidade do *dumping social* praticado cotidianamente pelas megacorporações privadas).

É nesse contexto que Pérez Luño defende que a necessidade de se estender a aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas é fruto de dois argumentos básicos. Um deles no plano teórico e outro no plano prático. O teórico é corolário da exigência de coerência interna do ordenamento jurídico e do princípio da segurança jurídica. Afirma o autor que não admitir a eficácia desses direitos em relações privadas, suporia reconhecer uma dupla ética no seio da sociedade, uma aplicável entre os sujeitos frente ao Estado e outra nas relações interindividuais, totalmente divergentes entre si e com valores diversos, o que é um absurdo. Já o argumento prático, segundo o autor obedece a um imperativo político contemporâneo e está ligado ao fato da existência de poderes privados (econômicos, sociais, fáticos) muitas vezes mais implacáveis que o Estado na violação desses direitos<sup>8</sup>.

Diante da ocupação dos espaços públicos por entes privados, implicando no crescimento dos chamados “poderes privados”, a preocupação na busca de proteção dos direitos humanos e dos direitos fundamentais começa a se fazer presente também no chamado Direito Internacional dos Direitos Humanos. Ora, a proteção dos direitos humanos, diante do agigantamento dos poderes privados, não pode mais se restringir ao campo estatal, pois, de outros centros de poder, podem provir atentados e violações a estes direitos.

8 PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. Derechos humanos, estado de derecho y constitución, op. cit., p. 314. Ver, também a posição de CAMPOS, Germán J. Bidart. *Teoría general de los derechos humanos*. Buenos Aires: Astrea, 1991, p. 12-14, 25 e 397.

Nesse sentido, afirma Cançado Trindade<sup>9</sup> que as fontes de violação dos direitos humanos se diversificam, havendo a necessidade de superação da rígida distinção entre Direito Público e Direito Privado para a proteção da pessoa humana. Essa distinção rígida não resiste ao imperativo de proteção dos direitos humanos, seja nas relações interindividuais ou nos atentados praticados por agentes não identificados, conglomerados econômicos, órgãos de comunicação ou outros entes não estatais. Afirma, ainda, que os Estados têm o dever de proteção dos direitos humanos de acordo com a normativa internacional, através de medidas positivas, cabendo a responsabilização do Estado no caso de omissão dessas medidas. Aliás, lembra que mesmo o pretenso enfraquecimento do Estado e a erosão de seu poder na atualidade não podem servir de excusas e não eximem a responsabilização do Estado nos casos de não proteção dos direitos humanos. Esta responsabilidade subsiste mesmo no caso de violação dos direitos humanos praticados por agentes não estatais, mesmo que de forma residual, por omissão.

Com efeito, o aumento do poder dos grandes grupos empresariais, bem como a fragilização da soberania estatal, faz com que sejam demandadas novas estratégias para a proteção dos direitos humanos e fundamentais. Isso não afasta o dever de proteção dos Estados, mas, por outro lado, não vincula somente o Estado, mas também os privados, principalmente os mais poderosos.

Cabe, todavia, uma advertência. A importância que se dá ao fenômeno do poder privado para a defesa dos direitos fundamentais nas relações privadas não significa dizer que estes direitos se apliquem apenas nas relações assimétricas<sup>10</sup>, mas, sim, que a existência de uma relação assimétrica, pela presença

---

9 CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de Direito internacional dos direitos humanos*. v. I. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 24 e 442, nota 71. Também Canotilho fala da *Drittwirkung* da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, p. 1.290. Cabe referir, ainda, a posição adotada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos na Opinião Consultiva nº OC-18/03, onde a Corte afirma a vinculação dos privados aos direitos humanos. O texto da opinião consultiva pode ser conferido no site [www.corteidh.or.cr](http://www.corteidh.or.cr). Sobre essa Opinião Consultiva e outros temas ligados à eficácia horizontal dos direitos humanos, ver COURTIS, Christian. “La eficacia de los derechos humanos en las relaciones entre particulares”. In: *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Ingo Wolfgang Sarlet. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 405 e ss.

10 Sobre esta questão, cabe lembrar Sarmento, que afirma: “De qualquer forma, é importante destacar que os direitos fundamentais não vinculam diretamente apenas os chamados “poderes sociais”, mas também os demais particulares, mesmo em casos de relações paritárias. De fato, mesmo em relações de tendencial igualdade, impõe-se uma proteção direta dos direitos fundamentais, sob pena de se proporcionar uma garantia incompleta à dignidade humana. (...) Todavia, nestes casos, a proteção à autonomia privada há de ser mais intensa no momento da ponderação de interesses, já que não mais prevalecerá aquela presunção de que a parte mais fraca não agiu livremente, no momento em que “consentiu” com determinada restrição ao exercício de certo direito fundamental de que era titular.” SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 306-307.

de um poder privado, é um dado a ser levado em conta e que pesa a favor da aplicação destes direitos de forma mais intensa nas relações privadas.

Com efeito, Ubillos<sup>11</sup> indica dois critérios que podem ser de grande valia, e que auxiliam o juiz na ponderação dos interesses em jogo diante do caso concreto, quando da concreção dos direitos fundamentais em relações jurídico-privadas. Afirmo o autor:

“De los criterios que pueden ayudar al juez a decidir, por ejemplo, en qué medida el consentimiento del afectado excluye la inconstitucionalidad de la autorregulación privada. En primer lugar, la capacidad de penetración de estos derechos en la esfera privada debería ser mayor cuando se detectase una relación asimétrica, análoga a la que se establece entre ciudadanos y poderes públicos. Es decir, cuando en la relación entre particulares una de las partes ostenta una posición de clara superioridad fáctica frente a la otra o cuando la própria relación jurídico-privada constituya en sí misma un ‘bien escaso’ (Alfaro), dadas las dificultades objetivas que encuentra el particular para satisfacer los objetivos que persigue a través de una relación alternativa. Cuanto mayor sea la desigualdad de facto entre los sujetos de la relación, mayor será el margen de autonomía privada cuyo sacrificio es admisible, porque falla entonces el presupuesto o fundamento de la protección de esa autonomía. (...) En segundo lugar, la incidencia de los derechos en el tráfico privado será más intensa cuando es la propia dignidad de la persona humana la que se ve directamente afectada.”

Ainda dentro de uma análise geral do tema, mesmo que incipiente, cabe citar o paradigmático acórdão proferido pelo STF no RE nº 201819-8 (julgado em 11.10.05), tendo como relator para o acórdão o Ministro Gilmar Mendes, pois nele a questão da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas foi enfrentada de frente pela mais alta corte do país<sup>12</sup>. No referido acórdão, o STF entendeu ser aplicável o disposto no inciso LV do art. 5º da CF de 1988 (direitos de ampla defesa e do contraditório) no âmbito de uma associação civil para ser legítima a punição de um associado (expulsão).

O acórdão é paradigmático porque rompe com um silêncio de anos da jurisprudência brasileira sobre o tema relativo à eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. Este silêncio não se dá porque esses direitos não tenham sido tantas vezes aplicados, mas, sim, porque o tema nunca foi

11 UBILLOS, op. cit., p. 334.

12 Este acórdão pode ser conferido no site [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br).

substancialmente discutido e fundamentado como tal. Dessa forma, o acórdão é paradigmático por buscar uma motivação consistente na aplicação desses direitos nas relações privadas, estendendo a aplicação do devido processo legal para casos nos quais, mesmo no interior de relações privadas, uma das partes, em virtude da “cogência” e “autoexecutividade” de seus atos, possa atingir a esfera jurídica de outrem.

Para o campo do Direito do Trabalho, por seu turno, o acórdão tem importância ainda maior, especialmente em virtude do fato de que mesmo os Ministros do STF que votaram contra a aplicação dos direitos fundamentais na relação privada objeto do caso se posicionaram no sentido de que aplicariam esses direitos se o caso envolvesse uma relação trabalhista, onde a subordinação é sempre presente. Com efeito, tanto a Ministra Ellen Gracie como o Ministro Carlos Velloso dão a entender, explicitamente, em seus votos, que aplicariam o devido processo legal e seus consectários (ampla defesa/contraditório), se no caso se tratasse de uma relação empregatícia, onde a assimetria de poder entre os sujeitos está sempre presente.

Cabe ainda salientar que os fundamentos constitucionais para a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas no ordenamento jurídico brasileiro são vários: a força normativa da Constituição; o reconhecimento do patamar hierárquico superior às normas constitucionais; o caráter unitário do ordenamento jurídico; o caráter objetivo (normativo) dos direitos fundamentais; a eficácia imediata dos direitos fundamentais (art. 5º, 1º, da CF de 1988); o reconhecimento da dignidade humana como fundamento da ordem jurídica e a consequente necessidade de proteção integral da pessoa humana (art. 1º, III, da CF de 1988); a função social da propriedade, do contrato, da empresa e da livre iniciativa (arts. 5º, XXIII; 170, *caput*, 186 e 1º, IV, da CF de 1988) e o valor social do trabalho (art. 1º, IV, da CF de 1988).

Feitas essas considerações, cabe a análise da questão da eficácia dos direitos fundamentais nas relações de emprego.

### 3 – A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES DE EMPREGO

Após a abordagem do tema da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas sob um prisma geral, faz-se necessário analisar esta eficácia nas relações de emprego. Para isso, em primeira mão, cabe fazer uma distinção entre os direitos fundamentais que são “específicos dos trabalhadores” daqueles que podem ser chamados, na trilha da doutrina espanhola, de “inespecíficos”.



Os direitos fundamentais específicos dos trabalhadores (direitos fundamentais sociais) são aqueles direitos expressamente destinados aos trabalhadores e que têm, em regra, como sujeito passivo os empregadores, públicos ou privados. Como exemplo, pode ser citado a quase totalidade dos direitos fundamentais previstos no art. 7º da CF de 1988 (limitação da jornada de trabalho, férias acrescidas de 1/3, proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, décimo terceiro salário), cuja aplicação nas relações privadas sequer é questionada. Por outro lado, os direitos fundamentais inespecíficos são aqueles direitos não destinados de forma especial aos trabalhadores nas relações de trabalho ou de emprego, mas, sim, os direitos fundamentais que são destinados a qualquer pessoa humana, a qualquer cidadão. Como exemplos, podem ser citados os direitos à intimidade e vida privada, direito de expressão, liberdade religiosa, devido processo legal e direito à honra.

É para estes últimos (direitos fundamentais inespecíficos) que deve ser dirigida a atenção. É claro que não é rara a aplicação desses direitos nas relações de emprego, o que pode facilmente ser constatado pela análise da jurisprudência. Ocorre que essa aplicação tem sido feita sem uma fundamentação consistente, o que acaba por acarretar sua incidência, ou não, ao arrepio de fundamentos dogmáticos (não dogmatistas) sólidos, dando margem para o arbítrio, o qual é incompatível com um ordenamento jurídico democrático.

Dito isso, é preciso ter presente que uma das questões mais importantes para a análise do tema em foco é a configuração da relação de emprego como uma relação assimétrica, uma relação de poder, na qual o empregado se encontra vulnerável/subordinado frente ao poder empregatício. Não se deve esquecer, conforme demonstrado na análise do tema sob um aspecto geral, que é justamente o fenômeno do poder privado um dos fundamentos para a defesa da aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Com efeito, nas relações de emprego de um regime capitalista é inegável que o empregado se encontra em posição de subordinação/vulnerabilidade frente ao empregador, configurando uma relação assimétrica, na qual ao empregador é reconhecido o que pode ser chamado de “poder empregatício ou poder de direção”. Aliás, a subordinação do empregado ao empregador é nota primacial, entre outras, para a existência ou não de relação de emprego.

Basta lembrar, o que sequer seria necessário, que o art. 2º, *caput*, da CLT, ao definir o empregador, dispõe que ele dirige a prestação de serviços. Por outro lado, não podemos fechar os olhos ao fato de que num regime capitalista, de livre iniciativa, mesmo que pautada pelo seu valor social (art. 1º, inciso IV, e art.



170, *caput* e incisos, ambos da CF de 1988) o poder de comando da atividade econômica cabe ao proprietário ou controlador dos bens (meios) de produção.

Portanto, o fenômeno do poder privado é uma realidade que atinge toda a sociedade, todos os ramos do direito e, em especial, o Direito do Trabalho. Tanto é assim que nas relações de emprego não só as megacorporações têm poder, mas empregadores individuais, micro, pequenas e médias empresas também são dotados de poder empregatício, devido ao fato de que essas relações serem sempre marcadas pela assimetria.

Em razão disso, a eficácia dos direitos fundamentais nas relações de emprego deveria surgir como algo absolutamente “natural”, como sustenta Abrantes<sup>13</sup>, devido justamente ao fato de que nelas existe a desigual distribuição de poder econômico e social, entre empregadores e empregados, o que representa riscos potenciais para a liberdade e direitos dos empregados.

É diante do poder empregatício, assim, que a questão da eficácia dos direitos fundamentais nas relações de emprego ganha relevo, pois revelado o caráter de sujeição em que se encontra o empregado, resta evidenciada a necessidade de proteção desses direitos frente ao poder do empregador<sup>14</sup>.

Feitos estes delineamentos, cabe analisar a eficácia dos direitos fundamentais “inespecíficos” na relação de emprego, como são os direitos à liberdade de expressão, intimidade, vida privada, liberdade religiosa, imagem e devido processo legal, como exemplos. Diante deste problema, surgem questionamentos sobre se esses direitos incidem nas relações de emprego, em que medida e de que maneira podem ser exercidos frente ao empregador e no local de trabalho<sup>15</sup>.

As perguntas fundamentais a serem feitas aqui, ao que se entende são: o trabalhador pode ser despedido de seus direitos fundamentais que lhe são reconhecidos como pessoa humana, como cidadão, enquanto figura na posição de empregado? Esses direitos, configurados como de primeira dimensão, se aplicam ou não dentro da relação de emprego?

Ora, ao adentrar numa relação de emprego, o empregado não perde sua condição de pessoa humana, de cidadão. Nas relações de emprego, o empregado necessita que os vários aspectos de sua personalidade, como emanações/

---

13 ABRANTES, op. cit., p. 17.

14 Tanto é assim que a STC 292/1993 do Tribunal Constitucional Espanhol assim dispôs: “el poder de dirección y gestión de la empresa tiene como limite infranqueable el respecto a los derechos fundamentales de los trabajadores”. Ver esta sentença em ESCARTÍN, Ignacio García-Perrote. “Ley, convenio colectivo, contrato de trabajo y derechos fundamentales del trabajador”. *Revista de Derecho Social*. Espanha: Editorial Bomarzo, 1998, p. 40, nota 96.

15 Ver sobre o assunto ESCARTÍN, op. cit., p. 37 e ss.

projeções de sua dignidade, sejam respeitados. Não basta receber salário e ter assegurados os direitos sociais, mas é impostergável ser tratado com dignidade e respeito<sup>16</sup>. Ora, num ordenamento jurídico democrático de direito fundado na dignidade da pessoa humana o que se requer é a proteção integral da pessoa humana, visto a unidade e indivisibilidade de todas as dimensões dos direitos fundamentais.

É claro que essa temática impensada nos primórdios do Direito do Trabalho, mas já embrionariamente presente<sup>17</sup>, deve provocar uma reestruturação da própria dogmática trabalhista, com a reformulação da própria teoria contratual trabalhista. Nesse sentido, afirma Abrantes que:

A progressiva tomada de consciência da necessidade de proteger os direitos e valores constitucionais, como sendo inerentes à dignidade do ser humano, obriga, porém, a reconsiderar a dogmática do contrato de trabalho à luz desses princípios. A dignidade do trabalhador faz aderir à sua posição contratual um conjunto de direitos e interesses que podem condicionar profundamente a mera lógica contratualista.

Aceitar a eficácia dos direitos fundamentais no âmbito da relação de trabalho tem consequências importantes. O reconhecimento do direito como a reserva da intimidade da vida privada, a liberdade de expressão, a proibição de discriminação, a liberdade ideológica, a proibição de assédio sexual, etc., não pode deixar inalterada uma relação jurídica que foi concebida sem os ter em conta ou, pelo menos, sem os colocar em plano de destaque.

Portanto, os direitos fundamentais inespecíficos são, sim, aplicáveis nas relações de emprego, o que não significa afirmar que sempre devam prevalecer,

---

16 Cabe citar aqui o estudo de Barbara Ehrenreich, jornalista e escritora norte-americana, que realizou uma experiência pessoal ao trabalhar nos empregos ocupados pelas classes mais baixas nos EUA. A autora descreve a rotina torturante de testes de personalidade, testes de uso de drogas, vigilância, revistas no emprego e pressão psicológica, além dos baixos salários, vividos por grande camada da população americana. Ver EHRENREICH, Barbara. *Miséria à americana* – Vivendo de subempregos nos Estados Unidos. Tradução de Maria Beatriz de Medina. Rio de Janeiro/São Paulo: Record, 2004.

17 Ora, apesar do caráter paradoxal do Direito do Trabalho num regime capitalista, este ramo sempre teve como norte a melhoria das condições de vida dos trabalhadores. Aliás, Häberle lembra que foi o movimento trabalhista que incorporou, trazendo para o campo da prática jurídica, as especulações filosóficas sobre a ideia de dignidade humana, fonte e fundamento dos direitos fundamentais. Com efeito, afirma o autor que: “Na metade do século XIX a dignidade humana se tornou ‘ideia-motriz política do movimento trabalhista’: Lassalle exige a melhoria das condições materiais das classes trabalhadoras e que se lhes proporcione uma existência verdadeiramente digna; Proudhon dá um passo adiante, ao incluir a dignidade da pessoa na ideia de justiça. Com isso, o pensamento da dignidade humana abriu-se a uma nova dimensão, a do Direito e da justiça, transitando do reino do ‘pensamento puro’ para a prática jurídica”. HÄBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. In: *Dimensões da dignidade* – Ensaios de filosofia do Direito e Direito Constitucional. Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 117-118.

pois há que se reconhecer que o problema de aplicação desses direitos no âmbito laboral é um problema de conflito de direitos, de concordância prática<sup>18</sup>, de estabelecer um equilíbrio entre esses direitos e os interesses patronais que sejam dignos de proteção. Isto impõe a defesa de uma “eficácia ponderada dos direitos fundamentais nas relações de emprego”<sup>19</sup>.

Com efeito, quando da eficácia dos direitos fundamentais nas relações de emprego, não raro ter-se-á que enfrentar problemas de colisão entre os direitos fundamentais do empregado e interesses patronais que também são protegidos pelo ordenamento jurídico. Apesar disso, não se pode perder de vista que muitas vezes, quando se debate a questão da liberdade, são confundidas as liberdades pessoais e as chamadas “liberdades econômicas” (liberdades contratual e de empresa), colocando-as no mesmo patamar, o que é um erro.

Ferrajoli<sup>20</sup> sustenta o equívoco tanto dos liberais que, equivocadamente, valorizam o direito de propriedade como direito do mesmo tipo que as liberdades, como dos marxistas que, por seu turno, desvalorizam as liberdades por considerarem as mesmas desacreditadas como direitos “burgueses” do mesmo plano que a propriedade. O autor afirma que os únicos direitos essenciais para o capitalismo e que não podem ser separados da economia de mercado é o direito de propriedade e a liberdade de contratar, ou seja, os direitos ligados à autonomia negocial. Assim, sustenta:

“(…) derechos de libertad, autonomía contractual y derecho de propiedad son derechos diferentes no sólo desde el punto de vista estructural, sino también porque corresponden a sistemas sociales y políticos diferentes y en todo o caso independientes. Para empezar, los derechos de libertad no tienen nada que ver con el mercado, que puede tranquilamente prescindir de ellos, tal como se ha comprobado durante los diversos fascismos y en las diversas involuciones autoritarias de las democracias de nuestro siglo. Además estos derechos se encuentran virtualmente en conflicto no solamente con el Estado sino incluso con el mercado: no es posible alienar la propia libertad personal, al igual que no es posible vender el propio voto. Los derechos de libertad, como todos los demás derechos fundamentales, incluidos los derechos de autonomía privada, son, en efecto, inatacables e indisponibles y representan un límite no

18 Ver, neste sentido, ABRANTES, op. cit., p. 210-211.

19 Para mais considerações sobre o assunto seja permitido remeter para VECCHI, Ipojuca Demétrius. *Noções de Direito do Trabalho – Um enfoque constitucional*. 3. ed. Passo Fundo: UPF, 2009, p. 189 e ss.

20 FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías*. La ley del más débil. Madrid: Editorial Trotta, 1999, p. 45, 101 e 103.

sólo frente a la política y a los poderes públicos, sino también frente al mercado y a los poderes privados.”

O estabelecimento destas diferenças é importante, pois ao mesmo tempo em que afasta pré-compreensões falsas sobre a equivalência das liberdades pessoais e liberdades econômicas, abre espaço para que seja percebida a importância da imprescindibilidade da defesa de uma eficácia integral dos direitos fundamentais de todas as dimensões em todas as relações, públicas e privadas, como estratégia para enfrentar as graves questões postas por um mundo que tem se apresentado hostil aos mais vulneráveis.

Escartín<sup>21</sup>, analisando a posição do Tribunal Constitucional Espanhol sobre a matéria, chega a algumas conclusões. Segundo o autor, os chamados direitos inespecíficos são aplicáveis dentro da relação laboral, em virtude da chamada eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Assim, estes direitos não ficam na “porta da fábrica” esperando o trabalhador quando sai. Estes direitos são exercidos dentro da relação laboral, embora sujeitos a limitações, modulações. Essas limitações aos direitos fundamentais, todavia, somente tornam-se aceitáveis se passarem por um juízo de proporcionalidade.

Aliás, ao compulsar as diretrizes, os parâmetros de duas decisões do Tribunal Constitucional Espanhol, fica clara a necessidade de ponderação dos interesses em jogo em casos de eficácia dos direitos fundamentais “inespecíficos” nas relações laborais, sempre preservando o núcleo essencial em dignidade desses direitos. Trata das sentenças STC 98/2000, de 10 de abril de 2000 e STC 196/2004, de 15 de novembro de 2004<sup>22</sup>.

Na primeira delas (STC 98/2000), se tratava do caso de instalação de microfones em determinados locais de uma empresa (Cassino), onde já havia câmeras de vídeo. Neste caso, a discussão se plantou em torno do direito à intimidade dos trabalhadores em confronto com o poder de comando do empregador. O Tribunal assentou certas premissas que serviram para a decisão do caso:

– a celebração de um contrato de trabalho não implica, de modo algum, a privação para uma das partes, o trabalhador, dos direitos que a Constituição reconhece aos cidadãos (doutrina já assentada na STC 88/1985);

– o contrato de trabalho não pode considerar-se com um título legitimador de recortes no exercício dos direitos fundamentais que cabem ao trabalhador como cidadão, que não perde essa condição ao se inserir no âmbito de uma or-

21 ESCARTÍN, op. cit., p. 45 e ss.

22 Estas sentenças podem ser conferidas no endereço eletrônico [www.tribunalconstitucional.es](http://www.tribunalconstitucional.es).

ganização privada (doutrina já assentada na STC 99/1994), sendo inaceitáveis as manifestações de “feudalismo industrial” (doutrina assentada na STC 88/1985);

– o direito à intimidade decorre da dignidade da pessoa humana, implicando a existência de um âmbito próprio e reservado frente à ação e conhecimento dos demais, de acordo com a cultura de uma determinada comunidade, tendo como objetivo manter uma qualidade mínima de vida humana (doutrina assentada já em várias sentenças, como exemplo, a STC 209/1988). O direito à intimidade, embora não seja absoluto, pois pode ceder frente a outros bens constitucionalmente protegidos e desde que para alcançar fins legítimos, só pode sofrer restrições se respeitado um juízo de proporcionalidade, bem como preservado o seu núcleo essencial (doutrina assentada em várias sentenças, como exemplo, a STC 57/1994);

– a limitação dos direitos fundamentais só é admissível na medida necessária para a tutela de outros interesses constitucionalmente previstos, como as faculdades organizativas empresariais (poder empregatício), cabendo um juízo de ponderação no qual o princípio da proporcionalidade se faz presente;

– não basta a mera utilidade para a empresa a fim de justificar a restrição a um direito fundamental, pois para a restrição se mostrar legítima, ela deve se mostrar imprescindível para a tutela dos interesses empresariais constitucionalmente legítimos.

Na segunda das decisões (STC 196/2004), tratou-se do caso da despedida de uma trabalhadora, considerada não apta ao trabalho pelo setor médico da empresa, visto ter sido flagrada em exame de urina por uso de maconha (*cannabis sativa*). Também entrou em conflito, no caso, a discussão sobre o direito à intimidade e os interesses organizativos da empresa (poder empregatício). Nesta decisão, as premissas já referidas, acima, quando da análise da STC 98/2000 foram ratificadas, razão pela qual não voltaremos a demonstrá-las, e foram assentados mais alguns parâmetros:

– o uso de exames médicos na relação laboral não pode ser um instrumento empresarial para o controle dispositivo da saúde dos trabalhadores; também não pode ser uma faculdade que se reconheça ao empregador para verificar a capacidade profissional ou a aptidão psicofísica de seus empregados, com o propósito de seleção de pessoal ou similar, mas, sim, tem por fim a própria proteção da saúde dos trabalhadores;

– não há necessidade de intencionalidade para que a lesão a um direito fundamental possa produzir-se, pois o Tribunal entende que a vulneração dos direitos fundamentais não está condicionada à ocorrência de dolo ou culpa na

conduta do sujeito ativo, ou à indagação de fatores psicológicos e subjetivos de árduo controle. O elemento intencional é irrelevante, bastando constatar um nexo de causalidade adequado entre o comportamento antijurídico e o resultado lesivo proibido pela norma (doutrina já assentada, entre outras, pela STC 225/2001);

– o ato de livre determinação que autoriza uma intervenção sobre o âmbito pessoal da intimidade do trabalhador requer que o trabalhador seja expressamente informado das provas médicas. Somente um conhecimento informado do trabalhador, com a ampla garantia de sua liberdade real de manifestação da vontade, poderia justificar a utilização dos exames pela empresa e, ainda, exclusivamente para os fins constitucionalmente legítimos e consentidos pelo trabalhador.

Entende-se que as linhas mestras das decisões acima são plenamente aplicáveis ao direito brasileiro, e seria enriquecedor se fossem seguidas. Como se percebe, o Tribunal faz uma análise complexa dos interesses em jogo, ponderando os interesses dignos de tutela segundo um juízo de proporcionalidade e preservando o núcleo essencial dos direitos fundamentais. Só então passa a decidir sobre o grau de eficácia dos direitos fundamentais e de suas restrições no caso concreto, o que é acertado, pois somente diante do caso concreto e de todas as suas circunstâncias é que se pode aferir a correção da resposta dada.

Pode-se afirmar, então, na linha sustentada por Abrantes<sup>23</sup>, que existe uma “presunção” de amplo direito às liberdades do trabalhador no âmbito das relações de emprego, gerando a incidência dos direitos fundamentais inespecíficos nestas relações. Estes direitos somente podem ser comprimidos quando em conflito com interesses empresariais dignos de tutela, como são os casos de limitações por motivos de segurança; funções contratuais exercidas pelo empregado, bem como aqueles que decorrem do poder de comando para a organização e direcionamento do processo produtivo. Todavia, mesmo nesses casos, os direitos fundamentais só poderão ser restringidos se observados os critérios de proporcionalidade (necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito) e de preservação do núcleo essencial em dignidade.

Por fim, cabe lembrar, ainda, que, como se está diante de uma relação contratual, embora assimétrica, como é a relação de emprego, pode comparecer e estar envolvida para a ponderação e para o juízo de proporcionalidade a própria concordância do afetado na restrição de seus direitos fundamentais. O empregado pode ter dado o seu assentimento para a restrição ou menoscabo

---

23 ABRANTES, op. cit., p. 196-197.

aos seus direitos fundamentais. Essa é uma questão crucial, pois não raro pode surgir este tipo de problema, ou seja: pode o trabalhador abrir mão de seus direitos fundamentais pela manifestação de sua autonomia privada?

Sobre o assunto, cabe citar Sarmento<sup>24</sup>, que lembra que a concordância do afetado a uma lesão aos seus direitos fundamentais é uma questão a ser levada em conta. Para o autor, nas relações privadas deve ser observada se a lesão a um direito fundamental tem base em uma decisão heterônoma do outro agente privado presente na relação, ou se está presente a concordância do afetado no ato de lesão. Assim, quando o atingido em seus direitos fundamentais não participa com sua concordância para o ato de lesão, está em jogo apenas a autonomia privada da outra parte; já quando participa, principalmente nos contratos, torna-se necessário apreciar a autonomia privada de ambas as partes. Estas são questões a serem apreciadas na ponderação, questões que se apresentam, principalmente, nas relações paritárias, em que se presume a liberdade real das partes. Assim, segundo o autor, surge o problema da validade da renúncia aos direitos fundamentais. Então continua:

“Sem embargo, nesta matéria, é incontroversa a existência de, no mínimo, dois limites muito claros que têm de ser respeitados: a vontade do titular do direito deve ser autenticamente livre, o que quase nunca ocorre nas relações privadas assimétricas, em que o consentimento do ofendido decorre em regra de condicionamentos heterônomos. Além disso, a renúncia ao exercício não pode importar em lesão ao princípio da dignidade da pessoa humana, nem ao núcleo essencial dos direitos fundamentais do indivíduo. Por mais livre que seja o agente, a ordem jurídica não admite que ele se submeta voluntariamente a situações que atendem contra a sua humanidade. Assim, mesmo em relações privadas paritárias e equilibradas, o livre consentimento da pessoa não legitima lesões ao

---

24 SARMENTO, Daniel, ob. cit., p. 311-312. Interessante lembrar a necessidade contemporânea de retomar a noção de inalienabilidade dos direitos fundamentais no sentido expreso por Martínez-Pujalte, que afirma: “En efecto, ahora de lo que se trata no es tanto de defender los derechos frente al Estado, como en el caso de la “libertad de los modernos”, o derechos de la primera generación, sino de defenderlos frente al mercado, e incluso frente a la propia voluntad individual del sujeto de los mismos. A mi juicio, la reivindicación de la inalienabilidad como nota esencial de los derechos humanos resulta de una radical importancia. Se trata en definitiva de, frente a la escisión entre derecho y deber característica de la tradición moderna, recuperar nuevamente la dimensión del deber como íntimamente ligada a la titularidad del derecho; de sustituir la noción puramente voluntarista y “judicialista” de los derechos humanos que predomina en el positivismo jurídico – para el que los derechos humanos aparecen ante todo como títulos de acción judicial o pretensiones ejercitables ante los Tribunales por el sujeto de los mismos: como *claims* – por una noción más completa, que permita contemplar la auténtica dimensión moral de los derechos: bienes de la persona que ésta se ve obligado a respetar, y no sólo facultado a exigir su respeto.” MARTÍNEZ-PUJALTE. Antonio-Luis. “Los derechos humanos como derechos inalienables”. In: *Derechos humanos*. Jesús Ballesteros – Editor. Madrid: Tecnos, 1992, p. 86.



núcleo essencial dos seus direitos fundamentais, nem tampouco à sua dignidade como pessoa humana, que são considerados irrenunciáveis.”

Portanto, a simples concordância do afetado, em muitos casos, não torna legítima a restrição ou o afastamento dos direitos fundamentais em um caso concreto. Aliás, isso se dá até porque qualquer restrição a um direito fundamental só pode ser levada a cabo para assegurar outros interesses constitucionalmente legítimos e, ainda assim, deve passar por um juízo de proporcionalidade, tendo em conta, ainda, o núcleo essencial dos direitos fundamentais. Cabe lembrar, também, que os efeitos (direitos, prerrogativas, interesses) ligados à dignidade humana são irrenunciáveis e indisponíveis, não podendo ser afastados mesmo pela vontade de seu titular.

Com efeito, o princípio da dignidade da pessoa humana, fonte da grande parte dos direitos fundamentais, estabelece o limite absoluto às restrições a esses direitos, pois é indisponível. Além disso, se irradia por toda a sociedade, ou seja, esse princípio atua não só nas relações entre Estado e indivíduo, mas também nas relações interindividuais<sup>25</sup>.

#### 4 – O DEVIDO PROCESSO LEGAL NAS RELAÇÕES DE EMPREGO

Para finalizar esse breve ensaio, cabe ainda centrar a atenção num caso exemplar do que significa a eficácia dos direitos fundamentais inespecíficos nas relações de emprego. Trata-se da questão da eficácia do direito fundamental ao devido processo legal na relação de emprego.

Para a doutrina e jurisprudência dominantes no campo do direito do trabalho existe a possibilidade de punição do empregado pelo empregador sem qualquer procedimento interno na empresa que garanta o devido processo legal

---

25 Ver HÄBERLE, Peter, op. cit., p. 94, 100, 106, 115, 119, 130. Na p. 113, ao analisar a jurisprudência dos Tribunais alemães sobre a dignidade humana, afirma Haberle: “A jurisprudência federal trabalhista prevalentemente trata de modo mais específico a irradiação do art. 1º da LF sobre as relações de emprego. Na verdade, trata-se aqui da proteção da esfera íntima e privada no sentido do direito geral de personalidade, embora fique, apesar disso, em primeiro plano uma configuração humanamente digna da relação de emprego, na qual também o empregador encontra-se obrigado por um dever de cuidado e assistência (*Fürsorgepflicht*). Trata-se como que de um direito da personalidade específico da esfera trabalhista. A configuração dessa relação de emprego, bem como o direito coletivo do trabalho, encontra seus limites no art. 1º da LF; ainda na negação de uma violação da dignidade humana à luz da vinculação comunitária do cidadão repousa também uma determinação de conteúdo específica do direito do trabalho.” Sobre a eficácia da dignidade humana frente a todos, ver, também, GARCÍA, Eusebio Fernández. *Dignidade humana y ciudadanía cosmopolita*. Madrid: Dykinson, 2001, p. 25. Ver, ainda, a análise feita por Barbosa Gomes do “caso do arremesso de anão” na jurisprudência francesa, em GOMES, Joaquim B. Barbosa. *O poder de polícia e o princípio da dignidade da pessoa humana na jurisprudência francesa*. Disponível em: <<http://www2.uerj.br/~direito/publicacoes/>>.



e os direitos de ampla defesa e ao contraditório, a menos que a própria empresa a isso se tenha voluntariamente obrigado por meio de regulamento (Súmula nº 77 do TST<sup>26</sup>). Assim, essa obrigação não se concretiza a partir da previsão constitucional do devido processo legal (art. 5º, LIV e LV, da CF de 1988).

Aliás, sequer é considerada necessária a comunicação ao empregado dos fatos concretos que lhe estão sendo imputados pelo empregador (informação sobre o conteúdo das acusações). O empregado pode ser despedido por justa causa sem tomar conhecimento dos fatos que fundamentam as acusações que estejam lhe sendo imputadas.<sup>27</sup>

Diante do tema proposto, cabe, então, um olhar crítico dessa posição, tendo em vista o princípio do devido processo legal e seus corolários que são o contraditório e a ampla defesa.

A CF de 1988 expressamente consagrou o devido processo legal, bem como os princípios (ou subprincípios) do contraditório e da ampla defesa<sup>28</sup> como direitos fundamentais, expressamente reconhecendo a fundamentalidade formal e material desses princípios para o alcance de uma sociedade pluralista e democrática num Estado Democrático de Direito, que tem como um de seus princípios fundamentais a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, da CF de 1988).

O devido processo legal, conforme afirma Canotilho, lembrando a construção da doutrina jurisprudência americanas, não pode ser entendido apenas

26 A Súmula nº 77 do TST prevê que: “Nula é a punição de empregado se não precedida de inquérito ou sindicância internos a que se obrigou a empresa por norma regulamentar.”

27 Esta postura atenta, a nosso ver, não só contra o devido processo legal, conforme abaixo será sustentado, mas atinge diretamente a dignidade da pessoa humana. Para isso, e com as devidas ponderações, visto estar direcionada para o âmbito penal, basta lembrar a posição adotada pelo STF no HC nº 84.409, decisão que pode ser conferida no site [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br), julgado em 19.08.05, Rel. Min. Gilmar Mendes, em que o Tribunal diz que acusações genéricas que não descrevem os fatos, além de ferir o direito de defesa ofendem, também, a própria dignidade humana. Esta decisão pode ser conferida no site [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br). Aliás, sobre a ligação do devido processo legal e a dignidade humana, Streck cita o pensamento de Tribe, quando esse autor afirma que o direito ao devido processo legal tem na sua base a dignidade pessoal, *pois ser ouvido é parte do que significa ser pessoa*. STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso – Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 20. Cabe lembrar, ainda, como nota histórica, que o Anteprojeto de Código de Trabalho de Evaristo de Moraes Filho, apresentado em 31 de março de 1963, previa toda uma sistemática para a utilização do poder disciplinar. No art. 544, por exemplo, estabelecia a obrigatoriedade de especificação dos motivos que fundamentaram a demissão por justa causa, permitindo ao empregado a ampla defesa quanto à falta imputada.

28 Entende-se que os princípios da ampla defesa e do contraditório são verdadeiras concretizações, princípios ou subprincípios que servem de apoio ao princípio do devido processo legal. São, assim, cooriginários ao princípio do devido processo legal, atuando como concretizações daquele, dando maior densidade em sua aplicação. Nesse sentido, ver LIMA, Maria Rosynete Oliveira. *Devido processo legal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 181.

em um sentido formal, mas também num sentido substancial. Assim, além de o princípio implicar a existência de um procedimento legal para que a vida, os bens, a liberdade das pessoas sejam restringidos, implica que esse processo deve ser justo, ou seja, deve haver um processo justo de criação das normas legais<sup>29</sup>. Assim, conforme o autor, surgem as teorias processual e substancial do devido processo legal: a primeira enfocando a ideia de que, para que uma pessoa seja privada de seus direitos, ela tem o direito de exigir que isso se faça de acordo com o processo especificado em lei; já a segunda se consubstancia na busca da ideia material de processo justo, não bastando ser apenas legal, mas legal, justo e adequado, ou seja, as autoridades legiferantes não podem, nem têm o direito de dispor arbitrariamente dos direitos das pessoas. Passa, então, o devido processo legal a ser utilizado como critério de apreciação da constitucionalidade das leis. Por fim, ambas as teorias se unificam servindo de critério de proteção dos direitos humanos fundamentais, através do *judicial review*<sup>30</sup>.

A doutrina brasileira pós CF de 1988 tem explorado as várias facetas do devido processo legal, visto já segundo um prisma constitucional, tanto no seu aspecto processual como no seu aspecto substancial. Dessa forma, o devido processo legal surge como parâmetro material e aberto de controle da constitucionalidade dos atos normativos, tendo como diretrizes condutoras os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade<sup>31</sup>.

O Supremo Tribunal Federal tem aplicado o *due process of law* como critério de aferição de legitimidade de atos normativos, por meio do qual se aferem a razoabilidade e a proporcionalidade de medidas adotadas pelo poder público. Por esse teste busca-se apurar a compatibilidade, a adequação ou não desses atos à Constituição Federal de 1988<sup>32</sup>.

A evolução da cláusula do devido processo legal levou à consagração de uma dupla exigência para o atendimento desse princípio: além dum processo legalmente previsto (devido processo legal processual), também se faz necessário que esse processo seja justo, razoável e proporcional (devido processo legal substancial).

---

29 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 493.

30 CANOTILHO, op. cit., p. 494-495.

31 OLIVEIRA LIMA, op. cit., p. 227 e 228; BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 228.

32 Nesse sentido, podem ser citadas como exemplos as decisões proferidas nas ADIn nº 1.407-2-DF, DJ de 24.11.00 e ADIn nº 1.511-MC, DJ 06.06.03, que podem ser consultadas no site [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br).

Essas duas faces se integram numa unidade de sentido, as quais se concretizam através de vários pontos de apoio, sendo básicos os direitos ao contraditório e à ampla defesa (de onde se concretizam uma série de direitos como: direito de ser citado e direito de tomar conhecimento da acusação; direito a um julgamento público em um prazo razoável; direito ao juiz natural; direito de produção de provas; direito à igualdade entre acusação e defesa; direito a não ser condenado em virtude de provas ilegítimas; direito de acesso ao processo, etc.), bem como da atuação dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade<sup>33</sup>.

Tendo presentes essas pré-compreensões, cabe, agora, analisar o devido processo legal no campo da relação de emprego e sua pertinência ou não no controle do poder disciplinar do empregador.

Não se pode deixar de ter em conta que as punições eventualmente aplicadas pelo empregador no âmbito da relação de emprego acarretam a perda de direitos do empregado, muitos deles previstos como direitos fundamentais sociais, e podem afetar, ainda, a esfera moral do empregado. Assim, o exercício do poder empregatício no âmbito disciplinar tem autoexecutoriedade, cogência e imperatividade semelhante aos atos da Administração Pública. O empregador pode imputar uma conduta, julgar e impor uma decisão com uma série de consequências jurídicas que são imediatamente desencadeadas.

Em virtude da aplicação de uma penalidade, vários direitos fundamentais sociais podem deixar de ser adimplidos, acarretando perdas patrimoniais ao empregado. Como exemplo disso, podem ser citados os efeitos de uma suspensão disciplinar ou de uma despedida por justa causa. Uma suspensão disciplinar implica a perda de salário dos dias não trabalhados, além de afetar o repouso semanal remunerado e a contagem de tempo de serviço. Já uma despedida por justa causa priva o empregado do aviso-prévio, do 13º salário proporcional, das férias proporcionais acrescidas de 1/3 (segundo a posição dominante), do FGTS, da multa de 40% sobre o FGTS e do seguro-desemprego. Além disso, os danos morais podem ser relevantes, inclusive numa simples advertência (sem efeitos patrimoniais), quanto mais numa suspensão ou despedida por justa causa (despedida por improbidade – art. 482, letra *a*, da CLT –, por exemplo).

Ao que parece, portanto, cabe formular duas perguntas: a) num Estado Democrático de Direito, fundado na dignidade da pessoa humana e no valor social do trabalho, entre outros valores, é legítimo o exercício de um poder sem a observância dos direitos fundamentais?; b) o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, como direitos e garantias fundamentais apenas

---

33 OLIVEIRA LIMA, op. cit., p. 263, 273-274 e 289.

se aplicam em processos onde houver a presença estatal ou se aplicam também perante poderes privados que em sua atuação possam afetar direitos?

Diante disso, é necessário investigar se o devido processo legal se constitui em direito fundamental diretamente aplicável no interior do contrato de trabalho, quando do exercício do poder disciplinar pelo empregador no contexto de um Estado Democrático de Direito, tal qual conformado no ordenamento jurídico brasileiro.

Ora, o fato de nossa sociedade ter assumido a conformação de um Estado que tem um regime político estruturado como Democrático e de Direito deve ocasionar uma reavaliação de toda a dogmática anterior, tendo em vista a mudança da base sobre a qual se ergue o contrato social constitucional<sup>34</sup>. Os operadores do Direito devem concretizar as normas constitucionais na prática, levando em conta a realidade da vida, mas buscando alterá-la no sentido das normas constitucionais, efetivando a “força normativa da Constituição”, como bem ensinou Hesse<sup>35</sup>.

Necessário se faz uma “filtragem constitucional” das noções antes tidas e “consagradas” sobre o poder empregatício, a fim de que esse poder se exerça não como um poder arbitrário e isolado dentro do contrato de trabalho, mas que se submeta aos ditames da ordem jurídica vigente. Afirmar que os direitos fundamentais e os princípios constitucionais são limites e condicionamentos ao exercício do poder disciplinar do empregador é afirmar que o ser humano é um fim em si, não um meio, sendo dotado de dignidade, bem como que o empregado não deixa de ser cidadão ao adentrar no “chão da fábrica”.

Ora, as posturas que simplesmente negam ou aplicam *ad hoc* os princípios constitucionais e os direitos fundamentais, inerentes ao paradigma do Estado Democrático de Direito fundado pela CF de 1988, explicitam compromissos ético-jurídicos estranhos ao novo paradigma constitucional e humanitário. Essas posturas acabam por impor sua subjetividade, que não raras vezes se apresenta prenhe de ideários ligados ao positivismo liberal e a uma concepção do Estado e da ordem jurídica que não têm qualquer compromisso com a transformação social, em clara oposição à concepção do Estado Democrático de Direito.

34 Como afirma Perlingieri, o “estudo do direito – e, portanto, também do direito tradicionalmente definido ‘privado’ – não pode prescindir da análise da sociedade na sua historicidade local e universal, de maneira a permitir a individualização do papel e do significado da juridicidade na unidade e na complexidade do fenômeno social. O Direito é ciência social que precisa de cada vez maiores aberturas; necessariamente sensível a qualquer modificação da realidade, entendida na sua mais ampla acepção.” PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil – Introdução ao Direito Civil constitucional*. 2. ed. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2002, p. 1.

35 HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 24.

Assim, como resposta à primeira pergunta, entende-se que não é possível que o poder empregatício continue a ser exercido sem se submeter aos ditames constitucionais de um Estado Democrático de Direito pautado pela dignidade da pessoa humana, pelos direitos fundamentais, pelo valor social do trabalho, bem como pela função social que deve presidir a livre empresa, a propriedade e o contrato.

Com relação à segunda pergunta, basta pensar que o STF já se manifestou sobre a questão no âmbito de relações privadas marcadas pela igualdade<sup>36</sup>, o que justifica ainda mais o questionamento aqui feito no tocante às relações marcadas pela assimetria, como ocorre nas relações de emprego. Assim, se mesmo em relações marcadas por um maior patamar de igualdade entre as partes houve a aplicação do devido processo legal, no campo do poder disciplinar do empregador, por ser a relação assimétrica, essa aplicação se torna ainda mais cogente.

Na doutrina, cabe lembrar o posicionamento de Bramante. A autora, destinando sua atenção mais especificamente aos subprincípios do contraditório e da ampla defesa, entende que o inciso LV do art. 5º da CF de 1988, ao tratar do direito à defesa, sugere que há dois destinatários desse direito, ou seja, aos litigantes em processo judicial e administrativo e aos “acusados em geral”. Assim, o direito de defesa dos litigantes está vinculado ao processo judicial e administrativo, e o direito de defesa dos acusados em geral não está associado ao processo e é referido de modo indeterminado. Conclui a autora que a Constituição estabeleceu que o direito à defesa não socorre o cidadão apenas quando litiga com o Estado ou perante o Estado em processo judicial ou administrativo, mas também que a Constituição pôs o cidadão a recato quando confrontado com o arbítrio de outras instâncias de poder, cujos atos sejam dotados de cogência suficiente para submetê-lo unilateralmente a seus desígnios, sem que haja a necessidade de interposição do legislador infraconstitucional para tanto<sup>37</sup>.

Ora, não é razoável nem proporcional que direitos fundamentais possam ser atingidos por uma decisão unilateral do empregador sem um procedimento prévio justo. A falta de qualquer procedimento para a aplicação de penalidades importa em desconsiderar totalmente aspectos processuais do devido proces-

---

36 Ver o RE nº 201.819-8 citado acima. Cabe lembrar, ainda, o disposto no art. 1.085, parágrafo único, do CCB, que prevê o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa em relações privadas marcadas por relativa posição de igualdade das partes, e não de subordinação como no contrato de trabalho, onde se contempla a informação sobre a acusação como fundamental para o exercício desses direitos.

37 BRAMANTE, Ivani Contini. “Eficácia do contraditório e da ampla defesa nas relações interprivadas”. *Revista LTr*, v. 64, n. 08. São Paulo: LTr, agosto de 2000, p. 1.009-1.016.

so legal, como seja, o contraditório, a ampla defesa e a informação dos fatos imputados.

Com relação ao devido processo legal no âmbito da relação de emprego, é oportuno recordar, ainda, a decisão do STF no julgamento da ADIMC nº 1.480-3/DF, em 25.09.96, tendo como relator o Ministro Celso de Mello<sup>38</sup>. Tratou-se do julgamento relativo à constitucionalidade da Convenção nº 158 da OIT, aprovada pelo Brasil através do Decreto Legislativo nº 68, de 16.09.92, promulgada pelo Decreto nº 1.855, de 10.04.96 e denunciada pelo Decreto de nº 2.100, de 20.12.96.

Nessa ação, o STF considerou inconstitucional a referida Convenção na parte em que previa estabilidade no emprego de forma geral aos empregados, pois entendeu, na época, que essa parte da Convenção contrariava o art. 7º, I, da CF de 1988. O que importa para o presente estudo, todavia, é a posição adotada no tocante à interpretação do art. 7º da Convenção, o qual foi considerado constitucional. Referido dispositivo prevê:

“Art. 7º Não deverá ser terminada a relação de trabalho de um trabalhador por motivos relacionados com seu comportamento ou seu desempenho antes de se dar ao mesmo a possibilidade de se defender das acusações feitas contra ele, a menos que não seja possível pedir ao empregador, razoavelmente, que lhe conceda esta possibilidade.”

Como é perceptível, o artigo dispõe sobre o devido processo legal em casos relacionados ao comportamento ou desempenho do empregado que possam levar à extinção do contrato de trabalho. Ao analisar o dispositivo, o Ministro-Relator Celso de Mello salientou alguns pontos que nos parecem cruciais:

(...) A Convenção nº 158/OIT, de outro lado, enuncia em seu art. 7º um princípio de fundamental importância, destinado a permitir que o empregado tenha ciência das causas que lhe são imputadas pelo empregador e de cuja comprovação poderá resultar ulterior ruptura do contrato individual de trabalho (...). O reconhecimento, em favor do empregado, da possibilidade de pronunciar-se, previamente, sobre a falta que lhe é imputada – e de cuja prática pode derivar a ruptura unilateral do contrato de trabalho – impõe-se, enquanto providência compatível com os princípios gerais de Direito, como medida indispensável à formalização desse ato revestido de gravíssimas consequências no plano jurídico e social.”

---

38 Esta decisão pode ser conferida no site [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br).

O Ministro Sepúlveda Pertence, em seu voto, concordou com o relator e afirmou que os “(...) arts. 7º, 8º e 9º da Convenção são garantias processuais, o primeiro extrajudicial e os dois últimos judiciais, plenamente harmônicos com as múltiplas garantias do *due process of law*, da Constituição Federal (...)”. Por seu turno, o Ministro Carlos Velloso afirmou em seu voto: “(...) O art. 7º consagra medida salutar, que se relaciona com o devido processo legal inscrito no art. 5º, LV, da CF. É dizer, ao empregado é concedido o direito de defesa, ou a possibilidade de se defender”.

Como é perceptível, o STF não anteviu nada de novo no dispositivo da Convenção nº 158 da OIT, pois entendeu que esse já fazia parte de nosso ordenamento jurídico de base constitucional. Portanto, parece correto concluir que é obrigatória a observância do devido processo legal para que o empregador possa punir um empregado no interior do contrato de trabalho, mesmo sem legislação infraconstitucional que regule a matéria.

Todavia, a aplicação desse direito não pode ser de tal forma que não leve em conta os aspectos ligados à situação e aos sujeitos envolvidos, o que envolve um juízo de proporcionalidade/ponderação dos interesses e das circunstâncias do caso, como se denota da própria redação dada ao art. 7º da Convenção nº 158 da OIT (proibição de excesso – faceta controladora do princípio da proporcionalidade), bem como não pode deixar de proteger o empregado (proibição de proteção deficiente – faceta promotora do princípio da proporcionalidade).

Não é possível, por exemplo, exigir de um empresário individual, que tenha apenas um empregado, que no exercício de seu poder punitivo viabilize um procedimento complexo, com uma ampla possibilidade de recursos processuais e probatórios para o empregado. Por outro lado, nada impede que se exija, numa situação dessas, que seja o empregador obrigado a comunicar ao empregado os motivos da punição e ouvi-lo sobre a mesma. Por outro lado, no caso de uma grande empresa, não se vê motivo para que não se exija um procedimento mais complexo, com direito a ser informado sobre a acusação, de manifestar-se sobre a mesma, de produzir provas e de ter a decisão proferida por uma comissão, por exemplo.

Com isso, se desvela mais uma aplicação para o devido processo legal, aliás, já entreaberta pela doutrina e pela jurisprudência, ou seja, estender seus efeitos para dentro do contrato de trabalho. Com efeito, diante da posição de superioridade em que se encontra o empregador e pela possibilidade que tem de aplicar punições ao empregado, não se justifica, salvo em hipóteses extremas (sumiço do empregado, por exemplo), que as punições sejam aplicadas

sem a observância de um procedimento mínimo que garanta ao empregado as concretizações básicas do devido processo legal.

É claro que seria salutar a edição de medidas legais infraconstitucionais que estabelecessem um procedimento adequado para a aplicação de punições no contrato de trabalho. Todavia, isso não impede que o juiz concretize nos casos concretos, a partir do princípio, da cláusula, do direito humano fundamental ao *due process of law*, certos mecanismos que garantam ao empregado a efetiva concretização desse direito, sob pena nulidade da punição aplicada.

Portanto, há a necessidade de uma revisão crítica da estrutura da relação de emprego, que deve passar por uma filtragem constitucional, adequando os seus mecanismos de poder aos contornos dos postulados do Estado Democrático de Direito e dos direitos fundamentais.

### 5 – CONSIDERAÇÕES FINAIS

Portanto, espera-se que, mesmo de forma sumária, tenha sido demonstrado que o tema da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas é tema em voga e que merece atenção especial da doutrina e jurisprudência brasileiras, em especial no campo do Direito do Trabalho, tendo em conta a necessidade de proteção integral da dignidade da pessoa humana em todas as suas relações e dimensões.



# DUMPING SOCIAL OU DELINQUÊNCIA PATRONAL NA RELAÇÃO DE EMPREGO?

José Augusto Rodrigues Pinto\*

## 1 – INTRODUÇÃO AO TEMA

Desde o século passado, mormente em sua segunda metade, o Direito passou por uma impressionante mutação estrutural que, disseminando-se por todos os seus ramos – clássicos ou emergentes – começa a consolidar resultados neste início do terceiro milênio.

Constituindo a ciência jurídica um complexo homogêneo, seria temerário dizer que a transformação se manifesta com mais rapidez e densidade em uns do que em outros dos seus segmentos. Mas, não é nenhum despropósito considerá-la mais nítida e enfática nos segmentos mais sensíveis ao anseio de efetivo equacionamento e solução dos conflitos humanos espicaçados pelas mudanças não menos impactantes ocorridas em áreas estreitamente afins do conhecimento, como as da Economia e da Sociologia.

Neste caso, sem nenhuma dúvida, estão o Direito Constitucional, por sua função de “direito-síntese”, na magnífica definição de *Chaves Junior*<sup>1</sup>; o Direito do Trabalho, por sua missão de sistematizar um tipo de relação jurídica diretamente conectada à dignidade material e moral da vida humana; e o Direito Processual, pela consciência de não poder continuar sendo “apenas *um meio* para obter a defesa do direito subjetivo e a paz jurídica”<sup>2</sup>, nem de ver a tramitação das lides no Judiciário “ser reduzida à sua dimensão técnica, socialmente neutra, como era comum ser concebido pela teoria processualista”<sup>3</sup>, sob pena de se reduzirem os novos direitos sociais e econômicos “a meras declarações políticas, de conteúdo e funções mistificadores”<sup>4</sup>.

---

\* *Desembargador Federal do Trabalho da 5ª Região (aposentado).*

1 CHAVES Jr. *Instituições de Direito Público e Privado*. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 142.

2 Aut. e ob. cits., p. 125.

3 SANTOS Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 12. ed. São Paulo, Cortez, p. 167.

4 Aut. e ob. cits., p. 168.

Essas rápidas reflexões se inspiram na estreita correlação que existe entre a mutação estrutural do Direito e a suposta figura do *dumping social*, cuja projeção trabalhista ocupou espaço rapidamente – como é típico dos fatos de nossa época – no Direito material e processual do Trabalho e chegou aos pretórios no seio de dissídios individuais.

A matéria ainda está em fase de maturação, considerando-se a medida do tempo necessário à absorção das inovações doutrinárias pela cautela jurisprudencial e pelo conservadorismo normativo até a completa cristalização em novos institutos e situações jurídicas. Daí comportar dúvidas e incertezas e justificar, como proposta de estudo, que se cobre resposta a duas perguntas que não conseguimos calar:

1ª A figura que vem sendo identificada pelo nome de *dumping social* no Direito do Trabalho corresponde ao conceito e ao conteúdo do verdadeiro *dumping* ou lhe é completamente estranha?

2ª As medidas de reação repressiva, preconizadas na doutrina e acolhidas em decisões judiciais, à sombra do conceito de *dumping social*, são as mais acertadas e eficazes?

## 2 – ORIGEM, CONCEITO, NATUREZA E OBJETIVO DO *DUMPING*

Iniciemos esclarecendo o conceito de *dumping* pelo magistério dos doutos:

“A expressão *dumping* provém do verbo inglês *dump*, significando desfazer-se de algo e depositá-lo em determinado local, como se fosse lixo. No mercado internacional uma empresa executa *dumping* quando: (a) detém certo poder de estipular preço de seu produto no mercado local (empresa em concorrência imperfeita); e (b) perspectiva de aumentar o lucro por meio de venda no mercado internacional. Essa empresa, então, vende no mercado externo seu produto a preço inferior ao vendido no mercado local, provocando elevada perda de bem-estar ao consumidor nacional, porque os residentes locais não conseguem comprar o produto a ser vendido no estrangeiro.”<sup>5</sup>

Em síntese, isso quer dizer:

Prática de comércio internacional consistente na venda de mercadorias em praça estrangeira por preço sistematicamente inferior ao

---

5 FRAHM Catarina; VILLATORE Marco Antônio César. *Dumping social e o Direito do Trabalho*. Disponível em: <<http://www.scribd.com>>. Acesso em: 30 jun. 2011.

do mercado interno ou ao de produtos concorrentes, tendo como fito a eliminação da concorrência.

O conceito próprio do *dumping*, e sua ambientação internacional, absolutamente claros na lição da doutrina, são estritamente econômicos, tanto quanto a natureza e o fim a cuja consecução serve. O avanço da prática se deve à face negativa do expansionismo industrial e da globalização das trocas, responsável pela grave deterioração da ética no comércio internacional. Não é difícil divisar seu impulso final na direção do monopólio da atividade na qual é exercido.

Os resultados proveitosos para os seus agentes, potencializados com o passar do tempo e a mudança da dinâmica econômica, se tornaram fatores responsáveis pela multiplicação e, dentro dela, pela maleabilidade formal que passou a dar a impressão de elasticidade conceitual. Para isso, contribuiu largamente o que chamaremos de *interiorização do dumping*, processo de absorção da figura para aplicação no âmbito exclusivamente nacional ou interno, e de alargamento da ação da esfera comercial para a industrial, transparente nessas variáveis ampliativas de seu primitivo alcance:

– Exportação por preço inferior ao vigente no mercado interno para conquistar novos mercados ou escoar excessos de produção.

– Venda por preço abaixo do custo para inviabilizar existencialmente a concorrência.

– Ato de venda de grandes quantidades a preço muito abaixo do normal no mercado, ou virtualmente desconsiderado, fora do alcance dos competidores.

Por esses atalhos se percebe a diversificação da prática de um ato de concorrência desleal, com a mesma finalidade, sem conservar, evidentemente, a origem e o conceito puro do *dumping*. Assim, embora sua configuração genuína jamais tenha fugido da esfera econômica de identidade e natureza, encorajou a falsa impressão de ter passado a admitir *extensões conceituais*, onde apenas devem ser vistos *meios* ou *efeitos* decorrentes de sua prática.

Antes de passarmos a isso, urge ponderar que nem toda oferta de produto a preço inferior ao de empresas concorrentes, no plano internacional ou *interiorizado*, se caracteriza como *dumping*, pois nenhuma patologia existe na adoção de métodos apropriados para diminuir o custo de atividade econômica por aumento de produtividade. São exemplos disso o investimento em modernização de equipamentos, o aperfeiçoamento de métodos e técnicas de produção de bens ou prestação de serviços, o treinamento e estímulo remuneratório de pessoal. A patologia de conduta só aparece na malignidade do propósito de sufocar a concorrência agredindo os fatores que a estimulam. É o que deixa claro

o preâmbulo do “Acordo” celebrado pelos países da Comunidade Econômica Europeia para a adoção de medidas *antidumping*:

“Há que distinguir o *dumping* das simples práticas de venda a preços baixos que resultam de custos inferiores ou de produtividade superior. O critério essencial na matéria não é, com efeito, a relação entre o preço do produto exportado e o do mercado no país da importação, mas a relação existente entre o preço do produto exportado e o seu valor normal.”<sup>6</sup>

### 3 – EXTENSÕES CONCEITUAIS

Repetimos que a rapidez evolutiva dos fatos de nossa época gera uma espécie de compactação dos ramos do conhecimento pela interação de concepções que antes criavam institutos de atuação hermética em cada qual.

O invulgar *boom* do domínio de recursos técnicos e científicos, impulsores de múltipla produção de riquezas, facultou uma profícua (para os seus beneficiários) diversidade de *meios* de exercício do *dumping*, assim entendidas as faixas mais fáceis de explorar para a compressão desleal de custos que, não sendo acompanhada por outras empresas, terminará expulsando-as do mercado.

No rol daninho desses meios propícios destaca-se, na área civil dos negócios jurídicos, a inadimplência de obrigações contratuais com fornecedores; na área tributária, a sonegação, e na área trabalhista, a fraude à legislação tutelar, tão mais rentável quanto menor seja a rede normativa protetora do trabalhador.

Por outra parte, malgrado o desiderato do *dumping* tenha determinação muito precisa, assestando sua mira apenas na empresa ou empresas que se deseja expulsar do mercado, é óbvio que, por tabela, tumultua a ordem jurídica, desequilibrando as relações de interesse e envolvendo terceiros nas manobras espúrias exigidas para sua consumação. Seguramente, a área mais dúctil ao êxito dessas manobras é a da relação de emprego, pelo flanco que o poder de direção, e sua face oposta, a subordinação jurídica e econômica do trabalhador, abrem ao encolhimento da planilha financeira impiedosamente expurgada de encargos trabalhistas e sociais com o mínimo de resistência do prejudicado, no mais das vezes.

Por outro lado, as piruetas jurídicas postas em prática em favor do *dumping* repercutem na ordem social, em sua dimensão genérica, pelo clima de insegurança e insatisfação a que dão lugar, e na dimensão específica do *consumo*,

---

6 Google, *Medidas antidumping, Europa, síntese da legislação da União Europeia*, verbete *Dumping*. Acesso em: 30 jun. 2011.

pela perda de bem-estar destacada por *Frahm* e *Villatore* em sua conceituação do verdadeiro *dumping*.

O óbvio enlaçamento dos *expedientes jurídicos* (civis, trabalhistas e consumeristas) usados para chegar ao *dumping* e dos malefícios sociais decorrentes de seu avanço e clímax, condicionou o raciocínio analítico a enxergar nesses expedientes uma propriedade de *extensão conceitual* do próprio *dumping*, quando não passam de *meios para consumá-lo* ou de *efeitos danosos de sua consumação*.

Essa enganosa característica merece análise extremamente atilada, principalmente pelas distorções de tratamento repressivo a um imaginário *dumping social trabalhista* (fusão das extensões *social e jurídica*), que iremos enfrentar proximamente em nossas especulações (ver n. 5 *infra*).

#### 4 – PRIMEIRA EXTENSÃO CONCEITUAL: *DUMPING SOCIAL*

Pelo até aqui raciocinado, acreditamos que ficou patente só caber no conceito próprio de *dumping* o conjunto de atos destinados a promover o estrangulamento da concorrência comercial, com o concurso industrial indispensável à produção dos produtos a serem comercializados. Entretanto, o alto teor predatório da natureza do *dumping* pode ter repercussão sob a forma de dano transindividual difuso que seus efeitos impõem ao organismo social, ou de dano individual que impõe aos sujeitos dos contratos que prejudicar. Apenas exemplificando, alternativamente: o fechamento forçado de empresas congêneres, e/ou a supressão de postos de trabalho pelo encolhimento do mercado, assim como a perda de clientela do fornecedor de matérias primas a empresas extintas por sua pressão.

Genericamente danoso à sociedade é o colonialismo econômico configurado pelo monopólio. Individualmente danoso ao empregado é o desemprego a que o lança o fechamento da empresa com a qual mantinha sua relação de emprego. As aparentes *extensões conceituais do dumping* (*social*, no primeiro aspecto do exemplo, *jurídica*, no segundo), não passam de *efeitos colaterais do dumping*, nas áreas sociológica e jurídica.

O que procuramos situar e ilustrar é a demonstração a não mais poder de que não é verdade existirem *extensões conceituais do dumping*, mas sim *efeitos colaterais* (sociais e jurídicos) de sua prática bem-sucedida. Efeitos – é bom acentuar-se – com potencial de despertar justo clamor reativo, pela deslealdade social e juridicamente censurável da conduta empresarial, porém diversos e distantes do efeito principal do *dumping*.

Então, se existisse a *extensão conceitual do dumping social* este seria o seu conteúdo:

– Deterioração da ordem social pelos efeitos econômicos do *dumping*.

Daí se percebe que o comprometimento da ordem social pode, sim, decorrer do *dumping* empresarial, e deve ser reprimido com ele. Mas, se decorrer do mero *exercício abusivo do direito na execução dos negócios jurídicos*, é de ser reprimido por si mesmo, com outros desdobramentos. A questão, que encararemos pouco mais adiante, é de *dimensão*, (ver n. 7, a). O que não nos parece cientificamente desejável é distorcer o conceito de *dumping* com extensões conceituais que não lhe cabem, quando o que se está testemunhando são *resultados colaterais de sua prática* sem nenhuma identificação com a *substância material* do instituto. Isso continuará a ser detalhado no item seguinte.

## 5 – SEGUNDA EXTENSÃO CONCEITUAL: *DUMPING JURÍDICO*

A prática do *dumping* tumultua a ordem jurídica do mesmo modo que a social.

Até diremos que o faz com intensidade bem maior porque, além dos danos diretos ou reflexos que impõe aos sujeitos dos negócios jurídicos, deles se serve como *ponte* para concretizar seu perverso projeto econômico.

O *dumping* atropela preferencialmente o Direito em três de seus mais importantes segmentos na dinâmica social moderna: civil, na medida em que invade a área das obrigações (contratos) e do direito de empresa; trabalhista, na medida em que manipula malignamente a relação individual de emprego; e consumerista, na medida em que tumultua as relações de consumo.

Aqui também defrontamos uma questão de *dimensão*, pois na maior parte das vezes o que *aparenta ser dumping* é mera malícia jurídica para obter vantagem do ilícito na execução do contrato, *à forfait* do dano que possam sofrer o outro contratante ou terceiros em face dos negócios jurídicos, além do próprio todo social.

Importante para a tese que procuramos firmar é a veemente repulsa do Direito à *confusão entre o fim e os efeitos dos atos que lhe incumbe disciplinar*. Em hipóteses como a que analisamos, os efeitos do *dumping* e da *inexecução abusiva dos contratos* são muito próximos da similaridade, mas o fim de cada um *denuncia naturezas totalmente distintas* – sendo muito estranho e inadequado forçá-los a partilhar uma só identidade.

## 6 – DUMPING SOCIAL NA RELAÇÃO DE TRABALHO

A extensão conceitual rotulada de *dumping social trabalhista*, na verdade, corresponde à deterioração do contrato individual de emprego em benefício do lucro do empregador com sacrifício das obrigações e encargos sociais tutelares do empregado. É óbvio que, indiretamente, isso atinge as empresas concorrentes, mas fica longíssimo do propósito de extermínio empresarial, este, sim, caracterizador do *dumping*.

Quando é intenção exercer o *dumping*, a relação de emprego aparece como *um dos meios* possíveis para o êxito do resultado, por duas razões:

“1ª As facilidades proporcionadas pela inexistência ou fragilidade da legislação social de determinados países, ou seu recorrente desrespeito num negócio jurídico em que a desigualdade econômica dos sujeitos torna um deles extremamente vulnerável às pressões ilícitas do outro.

2ª O considerável peso dos encargos contratuais e sociais da mão de obra na composição da planilha de custos do produto a ser oferecido ao mercado, devido a uma legislação preocupada em proteger a pessoa do trabalhador.”

No primeiro fator aparece, com o máximo de nitidez, o aspecto da *caracterização diferencial* entre o *dumping* e a simples *execução contratual abusiva*.

O comportamento nele firmado é oportunista da disparidade legislativa, no plano internacional, que move, por exemplo, a empresa a encerrar a atividade econômica num país para estabelecer-se em outro, de onde passa a exportar seu produto a preço irresistível pela concorrência interna, com o fim de extermínio. Isso é *dumping*, em toda a plenitude de sua *natureza econômica*, embora com inevitáveis *efeitos colaterais (social e jurídico)*. Seu conceito equivocado como *dumping social* transparece neste comentário:

“Governos e empregadores de países altamente desenvolvidos frequentemente acusam governos menos desenvolvidos de praticar o *dumping social* por deliberadamente negligenciar regras trabalhistas. Pode, então, ser o *dumping social* invocado com o intuito de proteger o mercado interno de países desenvolvidos das mercadorias produzidas pela mão de obra carente de direitos mínimos do trabalhador: longas jornadas de trabalho, utilização de mão de obra infantil, precário sistema previdenciário, etc.”<sup>7</sup>

7 FRAHM Carina; VILLATORE Marco Antônio César. “*Dumping Social...*” cit., p. 2. Acesso em: 30 jun. 2011.

O comportamento firmado no segundo fator não vai além do simples descumprimento ilícito de obrigações contratuais e encargos sociais, que produz, em escala proporcional, os mesmos *efeitos colaterais (social e jurídico)* do *dumping*, mas se distingue, expressivamente, pela *natureza* e pelo *fim*. As distinções se retratam na *diferença dimensional* (ver n. 7, *a*), que este comentário ressalta:

“(...) empresas que deixam de pagar direitos aos seus empregados acabam auferindo mais lucros e, conseqüentemente, possuem mais recursos para enfrentar as empresas concorrentes, podendo colocar seus produtos no mercado a um preço menor.”<sup>8</sup>

Por ambas as formas reprováveis de conduta a realidade mostra como é fácil utilizar o Direito (*in casu*, o do Trabalho), inescrupulosamente, no encaço do macrorresultado econômico do *dumping* pelo esmagamento da concorrência empresarial ou do microrresultado de ampliação do lucro pela inadimplência contratual. Esta última hipótese é que está sendo erradamente conceituada, *venia permissa*, como *dumping social*.

### 7 – REAÇÃO REPRESSIVA

Já foi referenciado que, no plano do comércio exterior, medidas de repressão ao *dumping*, no seu conceito próprio, são concertadas em tratados internacionais e resoluções de organismos supranacionais. Entretanto, no plano do que denominamos *interiorização do dumping*, quer em seu conceito próprio, quer em suas pretensas *extensões conceituais*, são patentes a inexistência de legislação protetora do trabalhador e a ineficiência de medidas assestadas contra o desrespeito à legislação tutelar, representada, em nosso Direito do Trabalho, pela CLT e leis complementares, cujo sistema de penalidades administrativas, além da irrisão dos valores, se notabiliza pela inoperância da apuração das transgressões e da execução judicial das escassas inscrições na dívida ativa da União a que devem reverter.

O mal-estar causado por essa desoladora paisagem instigou nossos doutrinadores ao preenchimento do vazio normativo com barreiras substitutivas do mesmo viés econômico do *dumping*, numa autêntica aplicação do princípio terapêutico *similia similibus curantur*. Eis o sumo da pregação doutrinária, respectivamente, no Direito material e processual do Trabalho:

---

8 ANDRADE Alexsander F.S. de. “*Dumping social sob a ótica da Justiça do Trabalho*”. Disponível em: <<http://www.parana-online.com.br>>. Acesso em: 15 jun. 2011.



## 70 ANOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO

“O fato é que (...) o Direito Social não é apenas uma normatividade específica. Trata-se, isso sim, de uma regra de caráter transcendental, que impõe valores à sociedade e, conseqüentemente, a todo o ordenamento jurídico.”<sup>9</sup>

“(...) a função jurisdicional passa a ser encarada como uma função essencial ao desenvolvimento do Direito, seja pela estipulação da norma jurídica do caso concreto, seja pela interpretação dos textos normativos, definindo-se a norma geral que deles deve ser extraída e que deve ser aplicada a casos semelhantes.”<sup>10</sup>

A correlação desses pensamentos com a matéria da nossa abordagem indica à reflexão seus próximos passos, atentos ao nexos crucial dessa *neo-liberação* com a *segurança da ordem jurídica*. Tais passos conduzem a três avaliações de acerto:

1. do comportamento doutrinário;
2. da repercussão judicial do comportamento doutrinário;
3. do desvio de bom-senso judicial quando identifica o *dumping* em situações de simples transgressão de normas trabalhistas e em impor e dosar sanções pecuniárias repressivas.

A resposta à primeira avaliação é positiva e se condensa no excerto seguinte:

“As agressões reincidentes e inescusáveis aos direitos trabalhistas geram um dano à sociedade, pois com tal prática se desconsidera, propositalmente, a estrutura do Estado social e do próprio modelo capitalista com obtenção de vantagem indevida perante a concorrência. A prática, portanto, reflete o conhecido ‘*dumping* social’, motivando a necessária do Judiciário trabalhista para corrigi-la.”<sup>11</sup>

“O desrespeito deliberado e inescusável da ordem jurídica trabalhista representa inegável dano à sociedade (...) Portanto, nas reclamações trabalhistas em que tais condutas forem constatadas (agressões reincidentes ou ações deliberadas, consciente e economicamente inescusáveis) de não respeitar a ordem jurídica trabalhista (...) deve-se proferir conde-

---

9 SOUTO MAIOR Jorge Luiz. O dano social e sua reparação. São Paulo, *Revista LTr – Legislação do Trabalho*, 71-1/1.317.

10 DIDIER Jr., Fredie. Cláusulas gerais processuais. *Revista da Academia de Letras Jurídicas da Bahia*, Salvador, n. 16, jun./dez. 2011.

11 Enunciado nº 04 da 1ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, Brasília, outubro 2007.

nação que vise à reparação pertinente ao dano social perpetrado, fixada *ex officio* pelo juiz da causa, pois a perspectiva não é de mera proteção do patrimônio individual.”<sup>12</sup>

Dos termos gerais dessas conclusões não temos por que discordar, na primeira avaliação, diante da já reconhecida evidência de ser possível uma efetiva manipulação do Direito do Trabalho como *meio* ou *instrumento auxiliar* para a obtenção do fim econômico do *dumping* e o profundo abalo que isso traz à ordem social.

A segunda avaliação aponta firme tendência das sentenças lidas para reprimir pecuniariamente o que se está entendendo caracterizar o suposto *dumping social* (no caso, *trabalhista*), ainda que, *et pour cause*, num avanço meio errático. Tal tendência, entretanto, não autoriza desprezar a adoção de posicionamento oposto, a teor do abaixo transcrito:

“Pedido de indenização pela prática de dano social feito em ação trabalhista contra empresas do ramo calçadista foi negado pelo juiz Luiz Carlos Roveda, titular da Vara do Trabalho de Brusque (...) O juiz negou o pedido por entender que não é da competência do Judiciário fixar multas não previstas na legislação. Esses pedidos são razoáveis e até se coadunam com os princípios gerais do direito, porém, na essência, elegem o Judiciário para suprimir as deficiências fiscalizadoras do Executivo e a inércia do Legislativo e das organizações sindicais, pondera o juiz.”<sup>13</sup>

De nossa parte, convimos em considerar que a ortodoxia (ou o conservadorismo) deste último entendimento trafega na contramão do trânsito do Direito em direção a uma atividade mais solta de preenchimento de vácuos normativos contrários ao interesse social, bastante perceptível nesta observação:

“(…) no campo mais tradicional do ressarcimento do dano, não se deve reparar só o dano sofrido (pelo autor presente em juízo), mas o dano *globalmente produzido* (pelo réu à coletividade inteira).”<sup>14</sup>

Todavia, é na terceira avaliação que reside o nó de toda a problemática perscrutada, bem merecedor do radicalismo de tratamento do rei Górdio. E, pelo que nos foi dado pesquisar e remoer, um nó que, no entrechoque de fundamentações titubeantes, não está sendo compreendido como conviria no

12 SOUTO MAIOR Jorge. *O dano social...*, cit., p. 1.319.

13 Indenização é indeferida na Justiça do Trabalho. In: *Notícias Jurídicas*, 21.09.2010. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br>>. Acesso em: 30 jun. 2011.

14 CAPELLETI Mauro, *Formações sociais e interesses coletivos diante da Justiça Civil*. Apud SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *O dano social...*, cit., p. 1.320, destaque do original.

confronto com três fatores vitais de equacionamento correto da matéria: *dimensão, valoração e destinação*.

Meditemos juntos sobre cada um deles.

### a) *Dimensão*

É notório que as sentenças que estão sendo proferidas na trilha doutrinária não distinguem a altura piramidal da figura do *dumping* da dimensão rasteira da inadimplência contratual como fonte de lucro ilícito.

Duas ilustrações nos parecem elucidar a miopia que embaça a clareza da compreensão.

Determinada empresa<sup>15</sup> foi condenada a pagar \$50.000,00 (cinquenta mil reais) a uma instituição beneficente *completamente estranha à lide trabalhista julgada*, sob pretexto de “indenização suplementar” da condenação em horas extraordinárias habituais. O juízo desconsiderou o fato provado de ter havido compensação pelo sistema de banco de horas, firmando-se na observância dos parâmetros da convenção coletiva que a autorizou e na ilação (por falta de apoio na instrução) das “inúmeras reclamações” de idêntico perfil em que já se envolvera a empresa.

Num outro caso, certa empresa foi condenada a pagar \$100.000.000,00 (*sic*, cem milhões de reais) por “danos coletivos” dos empregados, ao fundamento de que não pagava horas extraordinárias *in itinere*. Segundo a ilação da sentença, bastante clara na expressão supositiva, o lucro da empresa “teria sido” (*sic*) de \$200.000.000,00 (*sic*, duzentos milhões de reais) em cinco anos.<sup>16</sup>

As ilustrações refletem fielmente a conclusão já citada de que, *em tese*, empresas que assim transgridem a legislação do trabalho elevam ilicitamente seu lucro e superam as concorrentes com a colocação de seus produtos ou serviços a preços mais baixos (ver n. 5 *supra*).

Note-se que em nenhuma das ilustrações há o mínimo indício de prática de *dumping*, sendo claro que o descumprimento das obrigações contratuais foi *um fim em si mesmo* e não *um meio de extermínio de empresa(s) concorrente(s)*. Logo, o *dano social* que respaldou as sanções não foi *um efeito de dumping*, mas simples *reflexo de dano individual dos empregados* (no caso, à saúde, por excesso iterativo de jornada, e financeiro, por privação do pagamento de horas excedentes com adicional indenizatório).

15 Cf. Proc. nº 0000900-76.2009.5.20.0004, Rte. Anne Marília Santos da Silva, Rda. G. Barbosa Comercial Ltda.

16 Disponível em: <<http://www.dgcgt.com.br>>. Consultado em: 30 jun. 2011.

Os exemplos a seguir de caracterização do que está sendo chamado *dumping social*, lembrados por um dos mais vibrantes áulicos do enquadramento linear dos abusos contratuais do empregador nesse conceito: subcontratações, contratação de falsas pessoas jurídicas, transferência da atividade para localidades permissivas de concorrência desleal sufocante da concorrência<sup>17</sup>, evidenciam a essencialidade do *diferencial de dimensão* para identificar o verdadeiro *dumping*, cujo qualificativo *social* não compõe sua natureza, pois apenas denuncia um *efeito colateral*.

#### b) Valoração

É igualmente notório estar faltando um *critério de valoração* que oriente a quantificação do acréscimo condenatório *antidumping*, por assim dizer. Valoração em três sentidos: o da prova, o do peso da transgressão contratual e o da proporcionalidade entre esta e a reação repressiva.

Observe-se, na primeira ilustração feita acima, a ausência de definição e de prova consistente da omissão iterativa de pagamento de horas extraordinárias, única razão para reconhecer uma situação de suposto *dumping social*. Note-se, ademais, que nenhuma investigação processual sustentou o fundamento das “inúmeras reclamações” em que a empresa se envolveu, nem a proporção entre o número de empregados que não reclamaram e o de reclamações, e muito menos a correlação do número de processos com o quadro de pessoal. Observe-se, ainda, que o reconhecimento da prática do suposto *dumping* é desdito pela constatação, na mesma sentença, de que “a autora não se desincumbiu do ônus que lhe competia de demonstrar que continuava trabalhando após a batida de ponto” (*sic*), dúvida que repercutiu explicitamente na iliquidez da condenação. Veja-se, por fim, que o valor arbitrado *de toda a condenação* não passou de R\$7.781,30 – do qual, abatido o líquido de \$5.000,00, a título de danos morais, deixa pouco mais de dois mil reais para a condenação em horas extraordinárias, que foi a base da *indenização suplementar por dumping social de valor vinte e cinco vezes maior*.

Na segunda ilustração, a expressão conjectural “teria lucrado” desnuda o irretorquível empirismo da proporção entre o ganho sideral de duzentos milhões de reais e uma *reparação social* não menos astronômica equivalente à sua metade (cem milhões de reais).

#### c) Destinação

É notória a invariável definição da *natureza indenizatória de dano* dada às sanções ao chamado *dumping social*. Mas, as qualificações denotam a va-

17 SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *O dano social...*, cit., p. 1.318.

cilação em encontrar o adjetivo certo: *indenização “suplementar”*, *dano “à coletividade”*, *dano “coletivo”*. Esquisitíssimo é que a *destinação* dos valores favoreça entidades de direito público ou privado (organizações beneficentes, FAT etc.), inteiramente alheias à lide que os originou, e *à forfait* do empregado que sofreu *direta e individualmente* o dano de ordem material e moral.

Não há meio de conseguirmos alcançar a razão de ser da escolha.

Reflitamos, por amostragem, sobre o cerne fático-jurídico dos casos concretos que mais se repetem: não pagamento de horas extraordinárias habitualmente prestadas e seu adicional. Ora, o excesso de jornada, *remunerado ou não*, inflige um dano *material* de duas ordens, *inseparável do empregado que as prestou*: a) pelo desgaste orgânico irrecuperável, redutivo da vida útil de trabalho; b) pela inadimplência da contraprestação salarial indenizada. Se o juízo vê desproporção entre o abuso patronal e a condenação, a ponto de merecer uma *indenização suplementar*, só o empregado pode fazer jus a ela, pois foi ele *que sofreu diretamente o dano material e moral causado pela inadimplência*, nunca a sociedade em que *se reflete* o mal-estar provindo da inexecução faltosa do contrato. Mesmo que o reconhecimento seja de *dano coletivo*, a violência que o produz é a *direito individual homogêneo*, cuja reparação é devida ao conjunto dos titulares que o sofreram *direta e individualmente* – e não a instituições públicas ou privadas, escolhida aleatoriamente pelo juízo, que não sofreram dano de nenhuma espécie.

## 9 – REFLEXÕES DEDUTIVAS

Os dados até aqui reunidos, embora não deslindem, *per se*, o tema, já oferecem uma percepção parcial dedutiva, na medida em que permitem extrair algumas conclusões objetivas, a saber:

1ª) A aceitabilidade, numa ordem jurídica normativamente estruturada, da criação e aplicação pelo Poder Judiciário de sanções extralegais para reparar danos sociais insatisfatoriamente reprimíveis pelo sistema estabelecido. Por sua ousadia, a doutrinária exige extrema precisão de conceito, natureza, finalidade e alcance das providências que tomar e máximo comedimento de uso, a fim de manter incólume o sentimento da segurança jurídica – oxigênio da sociedade.

2ª) A evidente falta de formulação de uma teoria consistente em torno do que vem sendo chamado de *dumping social*. Essa falta compromete a firmeza da adoção pelo Judiciário trabalhista, exatamente por falta de precisão conceitual, de compreensão da natureza, de foco, de finalidade e de comedimento da repressão.

3ª) A sensível ausência de critério uniforme para fixação de valor de sanções pecuniárias, a título de reprimir o chamado *dumping social* nos dissídios individuais do trabalho, além de desvio de direcionamento da reparação do *sujeito passivo direto do dano* (o empregado) para o *indireto* (a sociedade).

Essas deduções, claros sintomas de descompasso entre a realidade fática e a percepção judicial, projetam tons negativos sobre a imagem do Judiciário trabalhista. De fato, uma das virtudes mais exaltadas da Justiça do Trabalho é o idealismo dos seus agentes – um idealismo que se equilibra perigosamente sobre o fio de navalha do sectarismo ideológico. Assim, o superdimensionamento da conduta contratual faltosa do empregador, ou o subdimensionamento do conceito de *dumping*, como se preferir, pode servir de salvo-conduto à constrição econômica arbitrária da empresa e adquire um viés de maniqueísmo ideológico, segundo o qual tudo que provier do capital é pecaminoso e tudo que provier do trabalho é seráfico.

A fim de poder caminhar sobre o fio da navalha sem cortar os pés é que tentaremos:

a) Nomear e conceituar, de modo juridicamente seguro, o descumprimento abusivo das obrigações da empresa na relação de emprego, distinguindo-o da figura econômica do *dumping*.

b) Justificar a construção teórica da indenização suplementar do dano que causa ao empregado esse descumprimento abusivo.

c) Indicar critérios sensatos de quantificação do dano e direcionamento do valor quantificado para quem diretamente o sofreu e, portanto, seja credor da reparação.

### 10 – DELIQUÊNCIA PATRONAL E CONDENAÇÃO PUNITIVA

O rumo para chegar onde queremos pode ser encontrado num substancial trabalho que lemos do professor e magistrado *Rodrigo Trindade de Souza*<sup>18</sup>. Nele palpitam ideias irretocavelmente cristalinas sobre comportamentos antissociais dos sujeitos dos negócios jurídicos, em geral, e de empregadores no contrato individual de emprego, em particular. Com certeza, elas se ajustam, a molde de luva, ao fecho conclusivo deste estudo.

---

18 DE SOUZA Rodrigo Trindade. Punitive damages e o Direito do Trabalho – Adequação das condenações punitivas para a necessária repressão da delinquência patronal. São Paulo, *Revista LTr – Legislação do Trabalho*, 75-05/573 usque 587.

Tais comportamentos, marcadamente antissociais, no campo da relação de emprego, receberam do Autor o duro e justíssimo rótulo de “delinquência patronal”. O castigo que merecem foi rotulado de “condenação punitiva” tradução livre do *punitive damage* do direito pretoriano ianque, que preferiríamos chamar *compensação punitiva*, para evitar o risco do pleonasma.

Como primeiro cuidado, estabeleçamos o conceito das figuras com as quais vamos trabalhar daqui por diante.

Por *delinquência patronal* entenda-se:

Descumprimento pelo empregador das obrigações triviais do contrato individual de emprego, tornado abusivo pela habitualidade de sua prática, e inflige ao empregado prejuízo muito superior ao valor das compensações que a Lei, porventura, lhe assegure.

Por *condenação punitiva (ou compensação punitiva)* entenda-se:

Reparação pecuniária do dano diretamente causado ao empregado, e indiretamente à sociedade, pelo descumprimento patronal abusivo do contrato individual de emprego, compensativa da insuficiência de reparações asseguradas por Lei.

Como segundo cuidado, estabeleçamos a procedência das figuras acabadas de conceituar.

Sua gênese e desenvolvimento vêm da condenação de uma indústria fabricante de veículos automotivos, que recondicionara certo número deles e os lançara no mercado como sendo novos, sem dar conhecimento disso às revendas e ao público consumidor. Provado o fato em ação promovida por um dos adquirentes, o juízo condenou a empresa a ressarcir-lhe o prejuízo pela desvalorização do bem adquirido, estimando-o em razoáveis US\$ 4.000,00. Indo além, todavia, considerou que essa indenização não bastava à reparação do *dano social reflexo* (no caso, a ameaça de lesão jurídica difusa) imanente na conduta astuciosa da ré; por isso, multiplicou-o pelo número de unidades recondicionadas (1.000) e acrescentou o resultado (US\$ 4.000.000,00) ao valor de ressarcimento da desvalorização, intitulado-a *punitive damage*. A Suprema Corte confirmou sua redução à metade (US\$ 2.000.000,00), decidida pelo segundo grau da jurisdição, mas firmou-a como *precedente* para julgamento de lides similares, estabelecendo três balizas de contenção do arbítrio judicial, a saber:

1. O grau de intensidade da injúria.
2. A equivalência do valor da indenização com o efetivo prejuízo.



3. O equilíbrio com sanções legais civis, penais e administrativas de repressão da mesma conduta.

Para enquadrar com segurança o alvo visado na terceira baliza, avocamos as ponderações do Professor Trindade, virtual paradigma das conclusões que enunciaremos ao final:

“(…) a comparação entre os valores das *punitive damages* e as penalizações civis e criminais que possam ser impostas por condutas ilícitas pode fornecer um indício de excesso de fixação (...) No julgamento do Exxon Valdez, houve a análise de todos os demais prejuízos experimentados pela ré lesionante por conta dos fatos determinantes dos pedidos condenatórios, em especial a perda do navio e da carga, custos com limpeza e diversas indenizações compensatórias a que foi condenada. Verificando que a Exxon teve de despendar mais de US\$ 3,4 bilhões entre multas e indenizações ressarcitórias, fixou a Corte que ‘é difícil imaginar mais adequada punição por conduta negligente’.”<sup>19</sup>

Este breve esboço da figura da *condenação (compensação) punitiva* e de seus limites de bom-senso, afinidades à parte, mostra a nítida diferença entre a *noção econômica do dumping* e a *noção jurídica da inexecução faltosa de relações bilaterais*: enquanto o primeiro visa à eliminação da concorrência empresarial por estrangulamento econômico, a segunda visa ao locupletamento ilícito por violação dos direitos de um dos sujeitos de um negócio jurídico pelo outro. Pensando nisso, atentamente, na área circunscrita da relação individual de emprego, a conclusão é inevitável: *enquanto a delinquência patronal pode ser um dos meios de exercício do dumping, o dumping dificilmente se completará com a simples prática da delinquência patronal*.

Daí deflui que a conduta antissocial destinada a aproveitar a ausência ou a debilidade da legislação trabalhista de determinado país para colocação de produtos cujo barateamento inviabilize a existência de empresa ou empresas concorrentes nacionais (*dumping*), causará *danos diretos à ordem econômica*, de que será vítima a sociedade atingida pela pressão monopolista, e à *ordem jurídica*, de que serão vítimas os trabalhadores cujas relações individuais de emprego deteriorar.

Ao contrário, a conduta antissocial que tiver por fim somente otimizar o lucro da empresa pelo descumprimento abusivo das obrigações oriundas das relações de emprego protegidas por legislação tutelar interna (*delinquência*

---

19 Aut. e obr. cits., p. 574-575, destaque nosso.



*patronal*), causará *dano direto aos empregados cujos direitos violar e indireto à ordem jurídica transgredida*.

Logicamente, o *dano social* extensivo do *dumping* deverá ser reparado à sociedade. Mas o *dano trabalhista intrínseco da delinquência patronal* só poderá ser reparado, com justiça, aos empregados que o sofreram diretamente. Isso entra pelos olhos, como acreditamos já ter demonstrado (ver n. 8 *supra*) nos casos de privação recorrente de salários, de prestação habitual de horas extraordinárias, *ainda que pagas*, de falta de atendimento às normas de proteção da saúde e segurança no trabalho, de sonegação de depósitos de FGTS e de sua multa por extinção imotivada do contrato etc. A dedução é tão instintiva que as próprias sentenças e a doutrina que as alimenta, apesar de proclamarem o fundamento no *dumping social*, estão denominando o pagamento punitivo pela natureza que realmente lhe corresponde: *indenização suplementar*.

### 11 – REFLEXÕES TERMINATIVAS

A exposição discursiva do tema cabe na síntese conclusiva abaixo:

1. O *dumping* é uma figura de natureza econômica inconfundível pela origem, conceito e objetivo, com o simples descumprimento abusivo das obrigações contratuais civis e trabalhistas pelo empregador.

2. A circunstância de sua prática produzir, sempre, efeito social danoso colateral não autoriza atribuir-lhe a extensão conceitual de *dumping social*.

3. As medidas de repressão ao *dumping*, tanto no plano internacional de sua origem quanto no plano interno a que sua prática se adaptou, são absolutamente distintas de medidas jurídicas de reparação dos danos social e individual que também colateralmente causar.

4. O descumprimento abusivo das obrigações trabalhistas pelo empregador, magnificamente cabível no severo conceito de *delinquência patronal*, inflige um *dano material e moral direto* ao empregado ou empregados, verdadeiro alvo da ilicitude empresarial, sem embargo de produzir o mesmo tipo de dano social colateral do *dumping*.

5. Assim, é pertinente dar à *delinquência patronal* o mesmo tratamento repressivo dispensado ao *dumping* para desestímulo de sua prática, fundado em *compensação punitiva*, além das indenizações porventura previstas na Lei trabalhista, com valor proporcional à intensidade do dano material e moral efetivamente infligido, como já vem sendo feito a título de *indenização suplementar por dumping social*.

6. Entretanto, é um lamentável equívoco destinar à *sociedade*, através de instituições de direito público ou privado, o valor da *compensação punitiva* imposta, como vem sendo feito, pois o *prejuízo real* a reparar é do empregado cujo direito individual a delinquência patronal violou diretamente.

7. Enquanto não regulamentada pela norma jurídica, a *compensação punitiva* (hoje denominada *indenização suplementar*) por dano decorrente de *delinquência patronal* (hoje classificado como *dumping social*) deverá ter sua quantificação balizada pelo juízo segundo os critérios de *gravidade da conduta reprimível, extensão e profundidade do dano causado e ponderação com sanções legais já previstas para a ilicitude da conduta*.

# A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E SEU SISTEMA ESPECIAL DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DO TRABALHO

José Felipe Ledur\*

## INTRODUÇÃO

A promulgação da Constituição de 1988 constitui evento único na história constitucional brasileira, resultado da mobilização social e política que levou à convocação da Assembleia Nacional Constituinte encarregada de dar conteúdo normativo às reivindicações de variada natureza que mobilizavam a sociedade civil do país, o qual emergia de longo período de arbítrio político. O objetivo do presente artigo é identificar e discorrer sobre alguns dos elementos que conformam o assim designado *sistema especial de direitos fundamentais do trabalho* introduzido no ordenamento jurídico pela Constituição de 1988.

Como questão preliminar, reporto de modo sucinto aspectos que dão configuração a um “sistema” jurídico, especialmente sob o ponto de vista interno, com a finalidade de fixar conceitos que sejam úteis para a compreensão do propósito do presente texto.

As motivações que levam ao reconhecimento do caráter fundamental de um direito em dado momento da vida de um país são objeto de consideração inicial. As implicações que a experiência estrangeira teve na recepção de direitos fundamentais clássicos por nossas constituições e na própria categorização jusfundamental de direitos do trabalho pela Constituição de 1988 justifica investigação a esse respeito.

Em seu sentido clássico, enquanto vinculados à consolidação do Estado Liberal do século XIX, os direitos fundamentais corresponderam a direitos de liberdade ou de defesa assegurados pela Constituição contra intervenções não autorizadas do Estado na esfera vital do indivíduo. No pós-guerra da segunda metade do século passado, o constitucionalismo social e democrático impôs nova feição aos direitos fundamentais que a sociedade se reserva ao constituir juridicamente o

---

\* Desembargador federal do trabalho da 4ª Região.

Estado. De constituições centradas na organização dos poderes do Estado, diante dos quais os direitos fundamentais se articulavam subjetivamente enquanto espaços de defesa contra intervenções não autorizadas, transitou-se para o reconhecimento da centralidade dos direitos fundamentais na ordem constitucional e a eles agregou-se dimensão jurídico-objetiva, na qual sobrelevam valores e princípios reitores da ordem jurídica em geral. Desdobramentos jurídicos desse renovado modelo de concepção de Estado, que segundo nossa Constituição é Democrático de Direito, serão examinados no intuito de clarificar a noção de direitos fundamentais, seja do ponto de vista estrutural, seja sob o ângulo de seu conteúdo.

O reconhecimento de direitos fundamentais do trabalho, de caráter individual e coletivo, que integram o rol dos direitos fundamentais da Constituição de 1988, constitui alteração inovadora porque posiciona particulares (empregadores/tomadores de trabalho) no polo passivo de direitos fundamentais, e por isso objeto de análise. A atribuição da titularidade de direitos fundamentais aos trabalhadores, concreção do próprio valor social do trabalho erigido, ao lado de outros, a fundamento da República Federativa do Brasil, é o ponto culminante da evolução jurídico-constitucional de aproximadamente um século no Brasil. Por isso, as consequências desse trânsito do núcleo dos direitos do trabalho da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e da legislação infraconstitucional para a Constituição, mais especificamente para o sistema especial de direitos fundamentais do trabalho nela consolidado, determinam a necessidade de dogmática jurídica que responda a essa nova normatividade juslaboral, o que também é tema deste trabalho.

A interpretação e a aplicação dos direitos do trabalho não devem ser determinadas pela legislação infraconstitucional, mas sim pela Constituição e seu catálogo de direitos fundamentais. Assim, a jurisdição trabalhista, encarregada de dar, com precedência, concreção a prestações materiais resultantes do direito fundamental ao trabalho, também merecerá breve atenção.

### 1 – QUESTÃO PRELIMINAR: CONCEITO DE SISTEMA

A organização de elementos comuns ou especiais que dão feição própria a determinada ciência não é exclusiva da ciência jurídica. No que diz respeito ao Direito, uma ordem jurídica não é feita de normas de direito unicamente justapostas. É a conexão sistemática de normas específicas com as demais normas que compõem um ordenamento ou ramo jurídico que vem a ser caracterizada como um sistema de direito<sup>1</sup>.

---

1 RÜTHERS, Bernd. *Rechtstheorie: Begriff, Geltung und Anwendung des Rechts*, München: C.H. Beck, 1999. p. 82.

Segundo Bernd Rùthers, o conceito de sistema é utilizado com significações diversas. De um lado, cuida-se de uma ordenação formal de sistema (sistema externo) quando se realiza a divisão formal da matéria jurídica (por exemplo, o direito do trabalho, o direito público etc.). A contraparte do sistema externo é o sistema interno, denominação que se deve a Philipp Heck, mediante o qual é considerada a ordenação material consistente num sistema de valores. Essa ordenação confere sentido ao todo, na medida em que se procura compreender o conjunto da ordem jurídica como uma unidade livre de contradições<sup>2</sup>.

Também Karl Larenz, dissertando acerca da conexão das normas jurídicas entre si, refere que “toda a interpretação de uma norma tem de tomar em consideração, como vimos, a cadeia de significado, o contexto e a sede sistemática da norma, a sua função no contexto da regulação em causa”<sup>3</sup>. O autor desenvolve extenso exame tanto do sistema externo quanto do sistema interno. Em relação a este último, cuida da importância que os princípios jurídicos exercem na sua formação, pondo ênfase na circunstância de haver um “jogo concertado, não totalmente ‘pré-programado’, dos diferentes princípios de igual peso nos diferentes graus de concretização”<sup>4</sup>. Dada essa concertação, o autor deixa claro que o sistema interno é um sistema “aberto” que permite alterações nesse jogo concertado dos princípios, do seu alcance e limitação recíproca, como também a descoberta de novos princípios. E quanto aos princípios em apreço, o autor arremata: “Os ‘princípios abertos’ e as bases de valoração neles expressas constituem os pontos de referência centrais para o ‘sistema interno’ do Direito, sistema que pretende trazer à luz uma Jurisprudência que se orienta a valores e ao mesmo tempo procede sistematicamente”<sup>5</sup>.

O exame que ora se empreende, relativo aos direitos fundamentais do trabalho enquanto expressão de um sistema especial, tem como pressuposto a sua categorização principiológica e valorativa, em consonância com as formulações doutrinárias relativas ao sistema interno. De fato, os direitos fundamentais do trabalho da Constituição de 1988 integram, em sentido amplo, uma ordenação jurídico-objetiva de valor e, em sentido estrito, constituem decisões jurídico-objetivas de valor. Cada norma jusfundamental do trabalho em particular está ancorada em base axiológica comum. De outro lado, o caráter aberto do referido sistema deriva tanto dos termos do § 2º do art. 5º quanto do *caput* do art. 7º, ambos da Constituição. Presentes esses pressupostos é que se prossegue no

---

2 RÜTHERS, *Rechtstheorie*, cit., p. 418-9.

3 LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito* [Trad.: José Lamego]. 2. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 531.

4 LARENZ, *Metodologia da Ciência do Direito*, cit., p. 579.

5 LARENZ, *Metodologia da Ciência do Direito*, cit., p. 586.

exame desse sistema especial de modo a identificar seus principais elementos, estes dirigidos a fornecer diretrizes para a efetivação dos referidos direitos fundamentais.

## 2—SIGNIFICADO HISTÓRICO E CONCEITO DE DIREITO FUNDAMENTAL

Qual será o significado da presença de determinados direitos no rol dos direitos fundamentais de uma constituição? A indagação para nós brasileiros por certo se justifica porque nossa tradição constitucional nos fala da importação, a partir de ordenamentos constitucionais estrangeiros, de direitos fundamentais classicamente identificados como individuais. Isso se confirma, por exemplo, pelo exame das “Garantias dos Direitos Cíveis e Políticos” da Constituição outorgada de 1824 e da “Declaração de Direitos” da primeira constituição republicana, de 1891<sup>6</sup>. Em confronto com a realidade à qual supostamente dirigidos, esses direitos mais se assemelharam a um ornamento agregado às regras de organização do poder político, relativamente ao qual ocuparam posição secundária. Em lugar de conquistas do povo reunido em assembleia constituinte, retrataram simples outorga ou concessões formais dos donos do poder, sem maior consequência do ponto de vista normativo. Nem os padrões políticos imperiais se dobraram à Constituição de 1891<sup>7</sup>.

A prevalente dimensão retórica, em detrimento da força normativa, que as constituições assumiram em nossa vida constitucional em parte se deve à importação acrítica de institutos jurídicos e políticos, em desconexão com nossa experiência histórica. Ainda assim, o conhecimento do direito comparado é útil para a presente análise, a qual busca identificar o significado da positivação dos direitos fundamentais nas constituições do mundo ocidental nos últimos

6 A Carta de 1824 foi outorgada pelo imperador após a dissolução da comissão encarregada de redigir o projeto. A de 1891 teve projeto elaborado pela “Comissão dos Cinco”, com o retoque final de Ruy Barbosa, recém-convertido ao credo republicano. Das constituições do século XX, anteriores à de 1988, a de 1946 foi a única que partiu do trabalho de comissão ampliada. Mesmo à Assembleia Constituinte de 1987-8 foi apresentado anteprojeto da designada “Comissão de Notáveis”, presidida por Afonso Arinos. Entretanto, a Assembleia acabou por dispensá-lo e elaborou projetos próprios por meio de suas comissões e subcomissões, os quais, no entanto, continham alguns dispositivos daquele anteprojeto.

7 Raymundo Faoro (*Os donos do poder – formação do patronato político brasileiro*, v. II. 13. ed. São Paulo: Globo, 1998. p. 468) assim se reporta à primeira constituição republicana: “a Constituição tem caráter puramente nominal, como se ela estivesse despida de energia normativa, incapaz de limitar o poder ou conter os titulares dentro de papéis prévia e rigidamente fixados”. Relativo a período posterior à República Velha, Gilberto Bercovici [Tentativa de Instituição da Democracia de Massas no Brasil: Instabilidade Constitucional e Direitos Sociais na Era Vargas (1930-1964). In: PEREIRA DE SOUZA NETO, Cláudio e SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos Sociais – fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 44 e ss.] disserta acerca da irrelevância das normas constitucionais como referência para a implementação de projetos nacionais e mesmo de direitos sociais, seja sob o Estado Novo, seja sob a Constituição democrática de 1946.

dois séculos e meio e a dogmática jurídica que a seu respeito se construiu ao longo desse tempo.

Os direitos fundamentais individuais, segundo a noção que acerca deles foi desenvolvida, encontram sua fonte nas declarações de direitos que se seguiram às revoluções norte-americana e francesa do final do século XVIII. O *Bill of Rights* do Povo de Virgínia, de 1776, e sobretudo a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, na França, são o embrião dos direitos fundamentais do indivíduo que as constituições passaram a incorporar. Seu significado consiste em reforçar situações ou posições individuais, especialmente no terreno da liberdade e da propriedade, que ficariam imunes à intervenção do soberano, a não ser em hipóteses previamente autorizadas na própria regra asseguradora do direito. Por isso é que os direitos fundamentais clássicos são qualificados como direitos de defesa ou de liberdade.

A constituição política e jurídica do Estado Moderno que emergiu das referidas revoluções impôs deveres ao soberano, o qual não mais podia dispor arbitrariamente acerca dos direitos de súditos, como sucedia no até então vigente Estado de Polícia, próprio do período do absolutismo monárquico. No Estado Moderno há cidadãos, aos quais “não se dá nem se retira direitos”, como ocorria no Estado de Polícia. No Estado de Direito, os direitos ou são devidos, ou indevidos, e ao exercente de poder estatal chamado a decidir a esse respeito cabe justificar decisões num ou noutro sentido.

É sabido que os direitos fundamentais clássicos acabaram por não contemplar entre seus beneficiários populações desprovidas de bens ou posições que pudessem defender na nova ordem social e econômica que foi sendo gestada *pari passu* com a nova ordem política. A propósito, vale recordar que os direitos fundamentais reconhecidos nas constituições que se seguiram ao período revolucionário francês deveriam servir não só à defesa de posições do indivíduo em face do soberano. Também visavam resguardar ao cidadão a prerrogativa de fazer uso desses direitos para transformar estruturas estamentais injustas da velha ordem<sup>8</sup>. Mas não foi isso que se viu com a consolidação do poder econômico e político pela classe burguesa. De fato, grandes segmentos populacionais de países europeus, desprovidos de educação e de outros bens vitais, a não ser a própria força de trabalho, tiveram de iniciar longo caminho de lutas dirigido ao reconhecimento de direitos sociais em geral e do direito

---

8 Quem menciona esse fato é o publicista alemão Horst Dreier, ao fazer observações prévias nos Comentários aos Direitos Fundamentais da Lei Fundamental alemã (DREIER, Horst. *Grundgesetz. Kommentar, Artikel 1-19*, v. I, Tübingen: Mohr Siebeck, 1996. p. 58, Rn 43). Com isso, o autor procura evidenciar que a função de defesa, normalmente associada aos direitos fundamentais clássicos, não atende propriamente a um juízo histórico, e sim sistemático.

do trabalho em particular, o qual converteram em seu estatuto jurídico, de modo a assegurar o fornecimento de prestações materiais dirigidas a prover existência digna e promover maior igualdade material, promessa revolucionária descumprida<sup>9</sup>.

Já no século XX, ainda no mundo europeu, a Constituição de Weimar foi pioneira no reconhecimento de direitos fundamentais sociais, dando origem ao constitucionalismo social que influenciou e influencia até o presente o ordenamento jurídico-constitucional, não só da Alemanha, mas também de outros países europeus e da América Latina, como é o caso do Brasil<sup>10</sup>. Enquanto herdeiras do constitucionalismo social de Weimar de 1919, como também da Constituição mexicana de 1917, as constituições brasileiras, a partir da de 1934, passaram a contemplar preceitos e direitos sociais, muito embora sem caráter fundamental. O tardio reconhecimento formal e o enorme déficit que experimentamos no terreno da efetivação dos direitos sociais e do trabalho no Brasil resultam do desenrolar de nossa própria história, marcada pelo domínio colonial, por séculos de escravidão e pela ausência, até o limiar do século passado, de sociedade com capacidade de se afirmar em face dos poderes estatais. Na medida em que também entre nós a urbanização, a industrialização e o consequente surgimento de organizações empresariais e de trabalhadores influenciou as relações socioeconômicas nas cidades, a legislação, ainda que editada por meio de decretos-leis, veio para reger os conflitos que essa realidade ocasionou<sup>11</sup>.

9 O art. 1º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão estabelecia que “as pessoas nascem e permanecem livres e iguais em direitos. As diferenças na sociedade só podem ser fundadas no proveito comum”. Uma vez hegemônica, a burguesia tratou de limitar o poder popular e de assegurar as vantagens trazidas pela revolução. À Constituição de 1795 coube legitimar a ordem burguesa e converter a igualdade da Declaração de 1789 em igualdade formal perante a lei... (Cf. FROTSCHER, Werner; PIEROTH, Bodo, *Verfassungsgeschichte*. 2. ed., München: C. H. Beck, 1999. p. 41-2).

10 A Constituição de Weimar de 1919 foi pioneira ao prever direitos fundamentais sociais. O seu art. 162 atribuía ao Estado o encargo de regular as relações de trabalho dos trabalhadores, visando um patamar mínimo de direitos sociais. Essa constituição continua objeto de análises e controvérsias na Alemanha mesmo após meio século de vigência da Lei Fundamental de 1949. Isso tanto para evidenciar sua influência no constitucionalismo como também para aprender com os motivos que determinaram o seu fracasso. Felix Hammer (*Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919 – die Weimarer Reichsverfassung*. *Jura*, Tübingen, 2000, (2): 63) aponta entre esses motivos a falta de compromisso da população com os novos valores constitucionais, mas sobretudo os erros e omissões daqueles que na vida estatal deveriam tê-la trazido à vigência. Também o ex-presidente do Tribunal Constitucional, Dieter Grimm (*Das Grundgesetz nach 50 Jahren*. *DriZ*, Berlin, abr. 2000, p. 151-2) ressalta que sob a Constituição de Weimar dominou concepção segundo a qual os direitos fundamentais valem no quadro das leis, e não o contrário, ou seja, que as leis é que valem no quadro traçado pelos direitos fundamentais. O autor também sublinha a falta de compromisso da ciência jurídica de então com os direitos fundamentais sociais, despindo-os de sua qualidade jurídica, assim como a ausência de instância jurídica que se ocupasse com a sua realização.

11 Apesar da controvérsia que ainda persiste acerca do significado dos direitos trabalhistas pela CLT em 1943 – se concessão ou conquista dos trabalhadores –, sua regulamentação estatal e a criação, em 1941,



Entretanto, é a Constituição de 1988 que introduz alterações no significado dos direitos fundamentais no Brasil. Na configuração constitucional compatível com o Estado Democrático e de Direito afirmado no art. 1º, o constituinte estabeleceu mudanças estruturais e de conteúdo. No que diz com a estrutura da Constituição, os direitos fundamentais passam a se situar no Título II, portanto, na sua abertura. Tem isso o sentido de evidenciar que os direitos fundamentais são princípio constitutivo, e não mero princípio organizativo do Estado brasileiro. A estrutura da atual Constituição, mais do que mera ordenação tópica de matérias, traduz a superação do formato constitucional clássico. O tradicional eixo gravitacional da Constituição desloca-se da precedência da organização estatal para a primazia da sociedade; da organização das esferas do poder político, para os direitos fundamentais. Assim, os direitos fundamentais assumem anterioridade em face dos órgãos estatais. Esses devem não só observância formal àqueles direitos, mas estão vinculados à sua efetivação, pois eles não se prestam como simples adorno da ordem jurídico-constitucional.

Do ponto de vista de seu conteúdo, a alteração de maior relevo da Constituição de 1988 foi o reconhecimento de direitos fundamentais sociais. Dentre esses direitos arrolados no art. 6º, a atenção do presente artigo volta-se aos *direitos do trabalho* previstos nos arts. 7º e seguintes. Esses direitos, além de traduzirem concreção do próprio *direito ao trabalho* do art. 6º, são concreções de valores, objetivos e princípios que figuram, expressa ou implicitamente, tanto no preâmbulo<sup>12</sup> e no Título I quanto nos Títulos VII e VIII, concernentes à Ordem Econômica e Financeira e à Ordem Social da Constituição. Enquanto os direitos fundamentais clássicos são posições jurídicas que preservam o sujeito da ingerência indevida do Estado, a Constituição de 1988 inova ao incorporar direitos dos trabalhadores na categoria dos direitos fundamentais, tendo como destinatários (obrigados) principais o empregador ou tomador do trabalho, obrigados a fornecer prestações materiais em contraprestação pelo trabalho<sup>13</sup>.

---

de instância judicial – a Justiça do Trabalho – encarregada de fazê-los valer, representou passo valioso para a afirmação social e política dos trabalhadores. Gilberto Bercovici (*Direitos Sociais – Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*, cit., p. 52), reportando-se a esses fatos de nossa história, afirma que “a cidadania dos trabalhadores, no Brasil, foi alcançada não pelos direitos políticos, mas pelos direitos sociais, definidos por lei”.

- 12 Ainda que o preâmbulo da Constituição não assegure direitos subjetivos, o fato dele integrar o texto constitucional evidencia que ele contém normas de dimensão jurídico-objetiva e, portanto, relevantes para o desdobramento havido nas demais normas constitucionais e também para sua interpretação e aplicação pelo intérprete.
- 13 Ingo Wolfgang Sarlet (*A eficácia dos direitos fundamentais*. 5. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 223) reporta o fato de os direitos dos trabalhadores do art. 7º da Constituição constituírem direitos prestacionais cujo destinatário (obrigado) primeiro não é o Estado, mas ainda assim inequívoca expressão de um Estado Social de Direito.

De par com esse dever de prestação, há também o dever de não discriminar fixado, por exemplo, nos incisos XXX a XXXII do art. 7º, além de assegurado no princípio/regra que é a dignidade da pessoa (art. 1º, III). De sua parte, também o Estado é destinatário (obrigado) de alguns direitos elencados no art. 7º, como por exemplo, os de natureza previdenciária e os relativos a normas de proteção ao mercado de trabalho da mulher (inciso XX) e normas de proteção à saúde, higiene e segurança (inciso XXII). E quanto às prestações devidas pelo empregador ou tomador dos serviços, o Estado continua destinatário (obrigado) desses direitos, mas sua prestação consiste em assegurá-los quando violados ou não fornecidos pelos destinatários diretos. No exercício de todas essas tarefas o Estado possui deveres de proteção.

Diversamente do que expressaram nas constituições anteriores, os direitos fundamentais da atual constituição, especialmente os direitos sociais e coletivos, foram resultado de intensa mobilização da sociedade civil dos anos 80 do século passado<sup>14</sup>. O porquê da atribuição de caráter jusfundamental, pelo constituinte de 1987-88, a série de *direitos do trabalho* constitui fato histórico ao qual o intérprete e aplicador devem permanente atenção. Em sua dimensão política e social, não se cogita da “outorga ou concessão” de direitos fundamentais. Ao contrário, eles resultaram de intensa participação e de mobilização social sem precedentes no país. De outro lado, o estatuto jurídico que a Constituição de 1988 atribui aos direitos sob exame possui sentido integrador, na medida em que os reconhece e integra aos direitos fundamentais em geral porque essenciais à vida e ao desenvolvimento e consolidação da personalidade do sujeito em sociedade livre, justa e solidária<sup>15</sup>. Os direitos fundamentais do trabalho destinam-se a promover a igualdade material e proporcionar “liberdade real” que os direitos clássicos não asseguraram ao não proprietário.

14 Em retrospectiva histórica, vale recordar a mobilização de organizações vinculadas à advocacia, a igrejas, à magistratura, a trabalhadores, que se empenharam na formulação de propostas a serem encaminhadas à Assembleia Nacional Constituinte. E no curso dessa foram admitidas 122 emendas populares, a maior parte dirigida a questões relacionadas a direitos sociais. Conferir, a propósito, os Anais da Assembleia Constituinte e Ingo Sarlet (*A eficácia dos direitos fundamentais*, cit., p. 74).

15 A ideia concernente ao sentido integrador de uma Constituição se deve ao jurista alemão Rudolf Smend. Narrativa acerca de suas concepções encontra-se em Paulo Bonavides (*Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 576-579). Esse sentido está claramente delineado nos princípios, valores, objetivos e direitos e garantias de nossa Constituição, o que não exclui a subsistência de paradoxos identificáveis, por exemplo, na ausência de iguais garantias jusfundamentais aos empregados domésticos, conforme parágrafo único do art. 7º. São resquícios de fundo político, econômico, social e cultural que subsistem no inconsciente da sociedade e de exercentes de funções estatais, motivo de justa crítica por organismos internacionais como a OIT. A própria subsistência de condições análogas às de escravo que aflige milhares de trabalhadores brasileiros e estrangeiros, seja em carvoarias e fazendas localizadas não tão longe dos centros urbanos do Sul ao Norte do país, seja em ateliês de grandes cidades, é incompatível com consciência jurídica que a estas alturas já deveria estar sedimentada em dirigentes e cidadãos, sobretudo por causa da mácula representada pela escravidão de mais de três séculos.

Portanto, segundo concepção emergente da categorização adotada pela Constituição de 1988, os direitos fundamentais não se destinam a assegurar exclusivamente posições subjetivas, de defesa do indivíduo em face do Estado. Isso continua a valer para direitos individuais que têm como destinatário (obrigado) o Estado. Já os direitos fundamentais do trabalho têm como principal destinatário (obrigado) imediato o empregador ou tomador de trabalho prestado por pessoa física, cabendo ao titular, no exercício do direito de ação (de defesa), demandar os deveres de proteção que remanescem com o Estado. Direitos fundamentais, então, são posições jurídicas de indivíduos e coletividades assim reconhecidos na Constituição os quais têm como destinatários (obrigados) quer o Estado, quer o empregador ou tomador de serviços prestados por pessoas naturais. Se violados, cabe sua defesa frente ao Estado<sup>16</sup>.

É certo que essa nova qualificação normativa impõe mudança na dogmática jurídica, esta dirigida a encontrar os meios mais eficazes à efetivação dos direitos fundamentais. Para essa finalidade, o elemento genético presente no reconhecimento dos direitos fundamentais sociais e do trabalho há de ser considerado por quem encarregado de sua interpretação e aplicação.

### 3 – OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUA DIMENSÃO SUBJETIVA E OBJETIVA

#### *3.1 Funções clássicas dos direitos fundamentais*

Quando se fala de direitos fundamentais clássicos normalmente pensa-se em direitos subjetivos públicos que asseguram ao respectivo titular uma pretensão jurídica. Essa pretensão historicamente foi associada a uma ação que o indivíduo possuía para fazê-los valer se violados ou sob a ameaça do Estado. A compreensão dos direitos fundamentais como o correspondente exclusivo de um direito individual vincula-se à noção que passaram a deter em sua fase de consolidação sob o Estado liberal do século XIX. É fácil compreender a razão da prevalência inicial da dimensão defensiva desses direitos, se ponderados os fatos históricos. A superação da dominação colonial nos EUA e das estruturas estamentais na França, essas apoiadas no absolutismo monárquico, fez emergir

---

16 Conforme salientado no item 2, nota 8, a atribuição de função de defesa aos direitos fundamentais clássicos atendeu a juízo sistemático. Aos direitos fundamentais sociais e coletivos incorporados ao catálogo dos direitos fundamentais de nossa Constituição em sentido geral também se reconhece função de defesa, uma vez que são “concretizações do direito de liberdade e do princípio da igualdade (ou da não discriminação), ou mesmo posições jurídicas dirigidas a uma proteção contra ingerências por parte dos poderes públicos e entidades privadas”, como ensina Ingo Sarlet (*A eficácia dos direitos fundamentais*, cit., p. 192-3).

sociedade na qual súditos se convertem em cidadãos, conforme já destacado. Afirma-se, pois, esfera privada que exige a contenção de intervenções do monarca nos direitos de liberdade, propriedade e de crença, entre outros, reconhecidos nas declarações de direitos das constituições. Dentre os direitos fundamentais de natureza procedimental, o direito de petição e de ação constitui instrumento processual destinado a garantir a defesa contra intervenções não autorizadas.

Os direitos fundamentais em seu sentido clássico exerceram suas funções nas relações entre o indivíduo e o Estado. Nesse terreno, é conhecida a obra e doutrina do publicista alemão Georg Jellinek (Sistema dos Direitos Subjetivos Públicos), na qual desenvolve a conceituação de diversas posições que o indivíduo podia assumir frente ao Estado. Trata-se da doutrina dos quatro *status* (*negativus*, *positivus*, *activus* e *passivus*). Sob a perspectiva negativa, os direitos fundamentais conferiam ao indivíduo o direito subjetivo público de exercer a defesa de espaços vitais, de liberdade ou de outros bens jurídicos frente a intervenções, restrições ou violações provenientes do Estado. O direito subjetivo público consistente na ação em juízo instrumentalizava a proteção em face dessa conduta estatal. Do ponto de vista de sua função positiva, Jellinek definiu que os direitos fundamentais clássicos asseguravam certas prestações a cargo do Estado, v.g., o fornecimento de estruturas (polícia, exército, judiciário) voltadas a garantir o exercício dos direitos. No *status positivus* identifica-se o embrião das prestações materiais sociais que hoje em dia são objeto dos direitos fundamentais sociais a cargo do Estado. O terceiro dos *status*, o *activus*, se vinculava aos direitos que o indivíduo possuía de participar da vida política, vale dizer, do direito de votar e de ser votado. Já o último dos *status* citados relaciona-se não a direitos, mas a deveres que o indivíduo possuía na ordem estatal. A doutrina dos quatro *status* ainda constitui referência para a compreensão dos direitos fundamentais, embora sua elaboração seja tributária do constitucionalismo tardio desenvolvido no final do século XIX na Alemanha. Suas limitações resultam das circunstâncias históricas.

A compreensão de direito fundamental como correspondente exclusivo de um direito subjetivo passível de proteção via judicial revelou-se insuficiente para proteger enormes segmentos populacionais desprovidos de bens, de educação ou de segurança; também não impediu que a origem racial de determinados grupos sociais fosse motivo para discriminações. Sintetizando, a concepção individualista de dignidade prevalecente sob o Estado liberal acabou por se revelar falha e incapaz de impedir que vastos segmentos populacionais fossem arrastados para situações existenciais indignas.

A catástrofe humana produzida pelas grandes guerras do século passado exigiu mudanças do próprio direito. A hipertrofia da dimensão jurídico-subjetiva dos direitos fundamentais de nada serviu para milhões de pessoas empobrecidas ou objetos da perseguição genocida de estados totalitários. Esse fato, aliado ao positivismo legalista prevalente, colocou a legitimação do direito em xeque.

### *3.2 Funções jurídico-objetivas dos direitos fundamentais*

Muito embora no constitucionalismo do pós-guerra a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais continuasse preponderante, o desenvolvimento jurídico-constitucional a partir de então passou a incorporar dimensão objetiva dos direitos fundamentais, vale dizer, os direitos fundamentais também passaram a ser vistos como expressão de uma ordenação jurídico-objetiva de valor. Direitos fundamentais, portanto, não são exclusivamente portadores de um direito subjetivo, mas também expressam uma ordem jurídico-objetiva determinada por valores e princípios jurídicos que obrigam os exercentes das funções estatais. Mas não é só isso. Ciente de que a liberdade dos indivíduos era posta em risco, não tanto pela ação ou omissão do Estado, mas pela intervenção de poderes sociais e econômicos privados, o direito constitucional evoluiu no sentido de impor deveres de proteção ao Estado, ao mesmo tempo em que reconhecia direitos de proteção aos indivíduos. Finalmente, a ordenação jurídico-objetiva de valor vista em seu conjunto de valores, princípios, direitos e garantias fundamentais passa a ser referência normativa consoante a qual todo o ordenamento infraconstitucional deve se pautar.

#### *3.2.1 Função de proteção*

Dentre as funções jurídico-objetivas que a dogmática constitucional moderna reconhece nos direitos fundamentais em geral, sem dúvida, a proteção é a mais importante. A insuficiência da função clássica de defesa assim se revelou na medida em que se percebeu que riscos aos direitos fundamentais de liberdade, de igualdade ou não discriminação não se originam exclusivamente do poder do Estado. A afirmação do poder econômico e social privado por intermédio de corporações, grupos econômicos, organizações ou associações de interesses setoriais impõe riscos ao desenvolvimento com liberdade e igualdade de condições que a teleologia do sistema de valores constitucionais oportuniza às pessoas.

Primeiro ramo da ciência jurídica moderna a propor a ultrapassagem do conceito de igualdade formal para a igualdade material, graças ao conteúdo

ético que a questão social viria a propor para o direito civil contemporâneo à revolução industrial, para o Direito do Trabalho não constitui novidade a norma consistente no princípio da proteção, essa dirigida a reparar a desigualdade material entre o prestador e o tomador do trabalho. A norma em apreço historicamente foi fundamento desse ramo do direito, e obteve desdobramento nos princípios em geral que regem o Direito do Trabalho.

Diante do rumo que tomou o direito constitucional moderno, observa-se a atualidade do princípio da proteção. Mas sua base não repousa mais no direito infraconstitucional. A partir da Constituição de 1988, com o trânsito do núcleo do Direito do Trabalho da CLT e da legislação do trabalho de matriz infraconstitucional para a Constituição, o princípio em apreço passou a ter fundamento constitucional. Isso, ademais, é confirmado pelas referências que a proteção obtém no art. 7º da Constituição, a começar pelo seu inciso I<sup>17</sup>.

A função jurídico-objetiva em apreço possui significado especial enquanto proteção em face de riscos oriundos de organização econômica e social cada vez mais dependente da técnica e da competição, por isso mesmo causando agravos e doenças de variada tipologia aos indivíduos em geral e aos trabalhadores em particular. É por isso que a função jurídico-objetiva traduzida na proteção possui um lugar essencial na dogmática mais atualizada dos direitos fundamentais em geral e do trabalho em particular. Ela passa a constituir referência necessária ao intérprete e aplicador quando confrontado com a efetivação desses direitos que, de par com as prestações materiais tradicionalmente oriundas da relação de emprego ou trabalho, atualmente também envolvem reparações oriundas de acidentes e doenças do trabalho, reparações essas dirigidas a proteger quem vive do trabalho, e bem assim de seus direitos de personalidade.

### *3.2.2 A irradiação dos direitos fundamentais no ordenamento infraconstitucional*

A irradiação de eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas decorre do fato de a Constituição ter assumido centralidade nos sistemas jurídicos contemporâneos. Nesse sentido, os direitos fundamentais incidem em domínios nos quais classicamente não se cogitava pudessem incidir, de sorte que passam a ser referência para a interpretação e aplicação das regras do ordenamento infraconstitucional. Como tal, exercem função jurídico-objetiva que

---

17 Acerca desse novo estatuto obtido pela proteção juslaboral a partir de 1988, reporto considerações a respeito no artigo “A Proteção como Função Jurídico-objetiva dos Direitos Fundamentais do Trabalho” (in: *Temas de Direitos Fundamentais e de Direito Processual – Reflexões dos Grupos de Estudo da Escola Judicial do TRT da 4ª Região*, n. 5, Porto Alegre: HS Editora, 2010. p. 7-15).

transcende a ideia de que direitos fundamentais correspondem exclusivamente a um direito subjetivo.

Em razão do estatuto jurídico que extenso rol de direitos do trabalho alcançou na Constituição de 1988, a dogmática jurídica voltada a esses direitos fundamentais, aos direitos do trabalho e respectivos institutos que se encontram na legislação infraconstitucional, às cláusulas normativas e também às cláusulas dos contratos de trabalho haverá de se orientar a partir do núcleo do Direito do Trabalho agora situado na Constituição. De par com a vinculação direta que os direitos fundamentais do trabalho ensejam nas relações de emprego e de trabalho, tema a que voltarei adiante, em seu conjunto também irradiam eficácia no ordenamento infraconstitucional em geral, valendo como diretriz interpretativa para o aplicador do direito confrontado com relações marcadas pela assimetria.

A eficácia irradiante mantém relação estreita com a função de proteção, na medida em que também voltada a proporcionar liberdade e igualdade ao indivíduo vulnerável frente a forças econômicas e sociais que exercem poder. O legislador democraticamente eleito possui legitimidade para conformar relações sociais de forma assimétrica nos limites da Constituição, contanto que isso não implique privilégios nem resulte em cidadãos sem defesa ou desprotegidos<sup>18</sup>.

### 3.2.3 Interpretação conforme aos direitos fundamentais

Há um terceiro elemento jurídico-objetivo dos direitos fundamentais – a interpretação conforme aos direitos fundamentais – que vem a ser um subcaso ou espécie de interpretação conforme a Constituição. Por meio dessa objetivação jurídica afirma-se a necessidade de a legislação infraconstitucional ser interpretada em consonância com os direitos fundamentais se o texto da prescrição jurídica sob interpretação contiver mais de uma norma passível de aplicação a um caso concreto<sup>19</sup>. A doutrina constitucional costuma referir essa possibilidade a hipóteses em que presentes cláusulas gerais ou conceitos jurídicos indeterminados. A escolha da norma aplicável deverá corresponder àquela que melhor expresse os direitos fundamentais e os princípios e valores neles concretizados, conforme já reiterado no presente trabalho.

18 Nesse sentido, PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Grundrechte – Staatsrecht II*. 26. ed., München: C.F. Beck, 2010. p. 50. Essa assimetria é aceita no contrato de trabalho, que confere poder direto ao empregador. Esse poder, como sabido, traz consigo obrigações e deve observância aos direitos de personalidade de que é titular o empregado.

19 Um mesmo “texto” ou prescrição jurídica pode conter mais de uma “norma”. Friedrich Müller [*Métodos de trabalho do direito constitucional* (Trad.: Peter Naumann). 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 35 e ss.] desenvolve doutrina abrangente acerca dessa temática, tratando de noções como o texto da norma, a norma em si, sua estrutura, interpretação e concretização.



A interpretação conforme aos direitos fundamentais não permite que a determinação prescrita no texto sob interpretação possa ser transposta. Ou seja, quando a diretiva expressa nos direitos fundamentais pede uma nova determinação do preceito infraconstitucional sob interpretação, para que com eles possa ser afirmada sua conformidade, não será mais hipótese de interpretação conforme, mas de inconstitucionalidade da prescrição jurídica infraconstitucional.

### 4 – OS TITULARES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO TRABALHO

Já sustentei em outro momento que a titularidade do direito fundamental social *ao* trabalho pertence a todos os trabalhadores, ou seja, não só a empregados<sup>20</sup>. A consequência que disso emerge é a de que todo aquele que mobiliza seu trabalho em favor de pessoa física ou jurídica para auferir contraprestação voltada a assegurar o sustento pessoal e da família encontra-se protegido pela regra inserta no *caput* do art. 7º da Constituição<sup>21</sup>. A questão controversa que remanesce é se também quem não mantém relação de emprego, mas tão só relação de trabalho sem a subordinação típica de relação de emprego, é alcançado pela proteção que emana das normas do art. 7º e em que proporção ou em que medida isso ocorre.

Dada a norma contida no *caput* do art. 7º da Constituição, também quem trabalha em proveito de outrem, ainda que não com a subordinação, a não eventualidade e o salário próprios de empregado, em princípio é titular de direitos fundamentais arrolados nos vários incisos do referido art. 7º. As dificuldades hermenêuticas residem na definição de quais desses direitos estão garantidos a quem trabalha sem a condição de empregado. Até o momento, nem a doutrina, nem a jurisprudência conseguiram avançar nesse terreno, embora a norma do *caput* do art. 7º seja incontornável quanto ao seu conteúdo. Diante disso, é possível fixar que a diretriz isonômica que provém da norma em apreço ensejará tratamento diferenciado na medida das diferenças específicas da condição de empregado (que trabalha de forma subordinada, não eventual e mediante salário) e da condição de trabalhador em sentido lato. Nesse sentido, a título de exemplo, pode-se afirmar que a jornada desse trabalhador deve encontrar limite na extensão excepcional diária estabelecida em nível infraconstitucional para os empregados; e que o intervalo legalmente fixado entre as jornadas diárias,

---

20 LEDUR, José Felipe. *A realização do Direito ao Trabalho*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1998. p. 111-114.

21 O *caput* do art. 7º da Constituição assim estabelece: são direitos dos *trabalhadores* urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social. A prescrição jurídica em apreço mantém relação com a regra de competência do art. 114 da Constituição, a qual não mais trata de dissídios entre empregados e empregadores, como fazia o art. 142 da Emenda Constitucional nº 1/69.



o repouso semanal e a indenização devida por acidente ou doença do trabalho de responsabilidade do tomador dos serviços são direitos de pessoa física que presta trabalho sem a condição de empregado.

Questão de igual modo tormentosa diz respeito a quem pode demandar a proteção jusfundamental em apreço – se qualquer prestador de trabalho ou serviços. A discussão diz respeito a profissionais ainda qualificáveis como “liberais” porque enfeixam poderes incomuns àqueles que, via de regra, estão à procura de trabalho para garantir sua existência. Para esses casos, um critério que pode ser considerado útil é verificar se o tomador do trabalho ou serviço visa obter vantagem econômica ou lucro mediante a contratação dos serviços desses profissionais. O tema demanda aprofundamento. Em princípio as soluções passam pela ação do legislador, muito embora a jurisprudência, também neste caso, deva apontar caminhos a serem por ele percorridos.

### 5 – A VINCULAÇÃO DO EMPREGADOR OU TOMADOR DO TRABALHO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O interesse do tema em destaque resulta da previsão de direitos fundamentais do trabalho na nossa Constituição (art. 7º e ss.) que têm como sujeitos vinculados empregadores ou tomadores de trabalho alheio. No direito constitucional do pós-guerra evoluiu-se não só no que diz com a incorporação da já referida dimensão jurídico-objetiva na dogmática dos direitos fundamentais, como também com o reconhecimento de possível vinculação de terceiros, ou particulares, aos direitos fundamentais. Como já visto, a concepção de direitos fundamentais não mais se cinge à defesa de espaços vitais do indivíduo em face do Estado, mas incorpora a proteção a ele devida em face de violações praticadas por forças econômicas e sociais de poder.

Antes de prosseguir no exame da específica vinculação do empregador ou tomador do trabalho aos direitos fundamentais, considera-se necessário precisar melhor a diretriz já posta em relevo no item 2, qual seja, a de que os entes estatais encontram-se vinculados não só formalmente aos direitos fundamentais, mas também em sentido material e funcional. O legislador, no exercício do dever de legislar e da faculdade de emendar a Constituição, deve observância aos direitos fundamentais tanto ao impor restrições autorizadas como na tarefa de conformação àqueles direitos carentes de configuração. Em qualquer das hipóteses, o núcleo essencial dos direitos fundamentais exige preservação. A esse tema retornar-se-á no item seguinte, quando do exame da conformação e restrição a direitos fundamentais do trabalho.

De sua vez o Executivo, sobretudo em sua atuação administrativa, está vinculado aos direitos fundamentais. Conforme já destacado neste texto, no Estado Democrático de Direito constituído pela Constituição de 1988 os direitos fundamentais possuem precedência em face do Estado e de seus órgãos, que lhes devem observância. Em segundo lugar, no sistema constitucional brasileiro em princípio não cabe à Administração Pública restringir direitos fundamentais por meio de decretos; ao contrário, cabe-lhe executar as leis em conformidade com os direitos fundamentais. Finalmente, a “fuga para o direito privado”, expressão utilizada pelos alemães para caracterizar a opção estatal por formas privadas de atuação, como bem lembrado por Ingo Sarlet<sup>22</sup>, não exclui a vinculação estatal aos direitos fundamentais. A lembrança é de extrema valia em vista da opção da Administração Pública pela terceirização de serviços públicos, além de utilizar práticas de gestão pública que não observam regras e princípios que a vinculam, como admissões sem prévia aprovação em concurso público. Essas escolhas não atenuam a sua responsabilidade, como sistematicamente sustenta nas ações trabalhistas. Ao revés, no que tange à opção pela terceirização, cresce o seu dever de vigilância para impedir a violação de direitos fundamentais nas relações de trabalho e de emprego; e quanto à violação de regras e princípios constitucionais quando da contratação, em lugar de levar à exclusão de direitos fundamentais do trabalho, deveria determinar a responsabilização pessoal dos administradores que assim procedem, como, aliás, determina o art. 37, § 2º, da Constituição. Nessa linha – e agora já mencionando a vinculação do Judiciário aos direitos fundamentais – os juízes do trabalho possuem o encargo de fazer valer os direitos fundamentais, de interpretar e aplicar a legislação infraconstitucional e as cláusulas contratuais em conformidade com os valores e princípios concretizados nos direitos fundamentais em geral e nos direitos fundamentais do trabalho em particular.

Cabe, agora, examinar a vinculação dos empregadores e tomadores de serviços aos direitos fundamentais do trabalho. Para a adequada compreensão do sentido da discussão acerca do tema é necessário situá-lo sob perspectiva histórica para, na sequência, examinar o particular caso dos direitos fundamentais do trabalho de nossa Constituição e possíveis desdobramentos para a dogmática respectiva.

A discussão em apreço remonta à doutrina e jurisprudência alemã do início da segunda metade do século passado, no contexto da já reportada mudança que se operou na compreensão dos direitos fundamentais. Embora a doutrina, inclusive a brasileira, costume pôr ênfase em decisão paradigmática

---

22 SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais*, cit., p. 365.

do Tribunal Constitucional alemão (caso Lüth) como referência para a doutrina da eficácia dos direitos fundamentais frente a particulares, em realidade foi no âmbito do direito do trabalho alemão, por meio da atuação do presidente do Tribunal Federal do Trabalho, Hans Carl Nipperdey, que tomou forma e conteúdo a tese de que os direitos fundamentais também vinculavam particulares – os empregadores. A origem dessa doutrina encontra-se na Constituição de Weimar, cujo art. 118, alínea 1, frase 2, reconhecia a livre manifestação do pensamento no quadro das relações econômicas e de trabalho. O art. 159, frase 2, protegeu a liberdade de coalizão também contra restrições privadas. O que, em síntese, o Tribunal Federal do Trabalho acabou por firmar, no contexto do debate acerca da liberdade de coalizão dos trabalhadores, é que essa liberdade não tinha como destinatário, ou obrigado exclusivo, o Estado, mas também a força de poder contraposta ao polo laboral, qual seja, a organização empresarial. O Tribunal fixou, por conseguinte, que também o poder econômico e social devia observância ao direito fundamental dos trabalhadores assegurado no art. 9º da Lei Fundamental de 1949.

Foi a partir das decisões do Tribunal Federal do Trabalho que se desenvolveu o debate acerca da possibilidade da eficácia dos direitos fundamentais se revelar não só na indiscutível defesa de posições jurídicas frente ao Estado, mas também em face de terceiros (*Drittwirkung*), eficácia esta também designada de horizontal (em oposição à vertical, contra o Estado), e que entre nós costuma ser designada como eficácia em face de particulares<sup>23</sup>. A controvérsia que então se estabeleceu é se essa eficácia era direta ou indireta. As decisões do Tribunal Constitucional alemão acabaram por desautorizar o entendimento do Tribunal Federal do Trabalho, o qual se inclinava pela eficácia direta dos direitos fundamentais em face de terceiros. O que prevalece no direito alemão é o entendimento de que, fora exceções em geral referidas ao citado art. 9º e à dignidade da pessoa, os direitos fundamentais não valem diretamente no direito privado, embora este seja moldado por aqueles<sup>24</sup>.

23 A doutrina germânica é uniforme a esse respeito. Para comprovações a respeito pode-se conferir Pieroth/Schlink, *Grundrechte – Staatsrecht II*, cit., p. 47-9; VON MÜNCH, Ingo. Vorbemerkungen Art. 1 – 19. In: Von Münch/Kunig (Org.). *Grundgesetz-Kommentar*, v. I. 5. ed., München: C. H. Beck, 2000, p. 39-40. STEINMEYER, Heinz-Dietrich; WALTERMANN, Raimund. *Casebook Arbeitsrech.* 2. ed. München: C. H. Beck, 2000. p. 9.

24 Apesar de fixar que, salvo casos especiais, a eficácia é indireta, ainda assim o Tribunal Constitucional alemão estabeleceu na já mencionada decisão do “caso Lüth” que os direitos fundamentais influenciam o direito privado porque também constituem uma ordem de valor objetiva, um sistema de valores, acerca do qual assim destacou: “legislação, administração e jurisdição recebem dele diretivas e impulsos. Assim, evidentemente ele também influencia o direito privado; nenhuma prescrição de direito privado pode estar em contradição com ele, e cada qual deve ser interpretada segundo o espírito desse sistema” (BverfGE, 7, 198 (205).

A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais tem sido objeto de vários estudos doutrinários no Brasil<sup>25</sup>. O que se verifica do ponto de vista normativo é que a Constituição de 1988, ao incorporar extenso rol de direitos fundamentais do trabalho em seu catálogo, responde, no plano normativo, à evolução da doutrina e jurisprudência constitucional mais moderna, a qual percebeu uma inflexão quanto ao possível violador dos direitos fundamentais – o Estado –, identificando em corporações e forças econômicas e sociais situadas na sociedade poder capaz de comprometer o exercício de direitos fundamentais nas relações de trabalho e de emprego. A vinculação direta, imediata, dos empregadores ou tomadores de trabalho, portanto, não constitui exceção, mas sim a regra em nossa ordem constitucional porque em geral os direitos assegurados nos contratos de trabalho correspondem àqueles que a Constituição arrola nos arts. 7º a 11.

Finalizando, o significado da eficácia dos direitos fundamentais em face de terceiros ou particulares deve ser compreendido, antes de tudo, no fato de ajudarem a garantir liberdade e igualdade dos indivíduos frente a organizações econômicas e corporações que usufruem de posições dominantes na sociedade industrial e tecnológica de hoje.

Alguns aspectos próprios da dogmática jusfundamental pertinente aos direitos fundamentais clássicos, e que dizem com a sua garantia, seu usufruir pelos titulares e a proteção contra intervenções indevidas serão objeto de atenção na sequência.

### 6 – GARANTIAS, CONFORMAÇÃO E RESTRIÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO TRABALHO

Uma vez estabelecido que os direitos fundamentais do trabalho valem diretamente nas relações de emprego e de trabalho, evidencia-se a sua similitude com os direitos fundamentais clássicos. Diante disso, a dogmática jurídica desenvolvida para tornar efetivos estes direitos por certo é útil para contribuir à efetivação daqueles, seja no que diz respeito às suas garantias, seja no que respeita à atuação do legislador que em princípio deve dar conformação e eventualmente impor restrições a esses direitos. Entretanto, a relação indivíduo-

---

25 Ingo Sarlet disserta a respeito em *A eficácia dos direitos fundamentais*, cit., p. 371-9 e inclina-se pela “necessária vinculação direta (imediata) também dos particulares aos direitos fundamentais”. Beatriz Renck (Algumas considerações sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, in: *Temas de Direitos Fundamentais e de Direito Processual – Reflexões dos Grupos de Estudo da Escola Judicial do TRT da 4ª Região*, n. 5, Porto Alegre: HS Editora, 2010, p. 16-20) desenvolve reflexões a respeito defendendo a vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais.

Estado não é idêntica à relação trabalhador-empregador ou tomador de serviços, de sorte que adequações são necessárias. De fato, conformação e restrição a direitos fundamentais do trabalho podem provir tanto do legislador quanto dos próprios empregados e empregadores nas hipóteses em que autorizados, conforme adiante será visto. Em qualquer caso, a atuação do juiz não está excluída. Por exemplo, em hipóteses nas quais colisões de direitos fundamentais não previstas venham a exigir a imposição de restrições, ou também quando se trata de verificar a necessidade, adequação e justiça de restrições. Em causa está a observância da proporcionalidade<sup>26</sup>.

### 6.1 *Garantias*

A doutrina em geral qualifica as garantias fundamentais como instrumentos voltados a assegurar os direitos em face dos poderes públicos. Também dedica atenção às denominadas “garantias institucionais”, dirigidas a excluir da disposição do legislador determinadas instituições públicas ou privadas (por exemplo, a manutenção do serviço público ou da propriedade, respectivamente), garantias essas que, no entanto, não assegurariam direito subjetivo individual<sup>27</sup>. Ingo Sarlet vê isso com reservas, indagando se não haveria alguma garantia institucional que não possa gerar direito subjetivo individual ou mesmo titularidade coletiva. O autor cogita de classificação dos direitos fundamentais que abarcasse garantias institucionais fundamentais<sup>28</sup>.

Presente essa controvérsia, considera-se que a proteção dos direitos fundamentais sociais contra a erosão de seu conteúdo normativo por meio da ação do constituinte derivado constitui, se não uma garantia fundamental clássica, uma garantia institucional fundamental. Em primeiro lugar, porque ditos direitos integram o rol das cláusulas pétreas, sujeitos, portanto, à blindagem do art. 60, § 4º, IV, da Constituição. Segundo, porque não se justifica a controvérsia acerca da inclusão dos direitos sociais entre as cláusulas pétreas com base em

26 Não é lugar, aqui, para se estender acerca do princípio ou postulado da proporcionalidade, dos seus elementos constitutivos (necessidade, adequação e justiça em sentido estrito), de sua referência para a integração, interpretação e aplicação do direito, de sua evolução histórica. Quanto a essa última, entretanto, é importante referir que sua fonte mais remota encontra-se no Capítulo V da *Ética* de Nicômaco, de Aristóteles, obra na qual o filósofo menciona ser a justiça uma espécie de proporção e que implica uma distribuição de porções sob medida, segundo o que é devido a cada qual. Na doutrina nacional há exame abrangente por MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 321 e ss.

27 Na doutrina nacional, as garantias institucionais são objeto de atenção em MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*, cit., p. 268-9; MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 34; SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais*, cit., p. 163 e 182.

28 SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais*, cit., p. 182.

discussão semântica – circunstância de aquela regra tratar de direitos e garantias *individuais*, quando o Título II da Constituição trata de direitos e garantias *fundamentais*. A mera interpretação gramatical não autoriza tal conclusão, diante da relevância que os direitos fundamentais sociais assumiram na ordem constitucional. Por tudo isso, tem-se que a erosão de conteúdo por meio da ação de constituinte derivado não exclui a possibilidade de impugnação judicial, seja como direito subjetivo individual, seja como direito coletivo.

O direito de ação “quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho” (art. 7º, XXIX, da CF) consiste em garantia especial que a Constituição atribuiu ao direito de ação em geral assegurado no inciso XXXV do art. 5º. Isso só reforça a importância que o constituinte reservou aos créditos dos trabalhadores, devendo, com maior razão, ser estrita a interpretação a ser conferida à restrição ao direito fundamental em apreço fixada nesse mesmo inciso XXIX mediante a regra da prescrição. Sem excetuar outras garantias previstas no texto constitucional, as ações coletivas, como a substituição processual do art. 8º, III, e bem assim o mandado de segurança coletivo e o mandado de injunção previstos no art. 5º, LXX e LXXI, todos da Constituição, contemplam conjunto de normas voltadas à proteção efetiva dos direitos fundamentais do trabalho.

### 6.2 Conformação

Ao cumprir a tarefa de *conformar* direitos fundamentais o Estado não busca eventualmente impedir procedimentos abrangidos pelo âmbito de proteção de um direito fundamental, *mas abrir ao titular possibilidades de fazer uso desses direitos*. Essa conformação ou configuração diz respeito a direitos fundamentais com âmbitos de proteção normativos. Diversamente do que ocorre com direitos como a vida, a dignidade, a liberdade de emitir uma opinião ou pensamento, que preexistem às prescrições jurídicas, os direitos fundamentais com âmbito de proteção normativo carecem de desdobramentos em normas constitucionais ou infraconstitucionais nas quais o seu conteúdo obtenha conformação<sup>29</sup>. De outro lado, consoante os doutrinadores germânicos citados, há direitos fundamentais que carecem de conformação só parcial<sup>30</sup>.

29 Assim Pieroth/Schlink, *Grundrechte – Staatsrecht II*, cit., p. 56-8, Rn 225 e ss. Cf., também, Gilmar Ferreira Mendes, Os Direitos Individuais e suas limitações: breves reflexões, in: Gilmar Ferreira Mendes, Inocência Mártires Coelho e Paulo Gustavo G. Branco. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 213-5.

30 Hipótese de norma carente de conformação parcial parece ser, por exemplo, o aviso-prévio proporcional previsto no inciso XXI do art. 7º da Constituição. A configuração parcial, relativa às condições para fazer uso do direito, está dada pelo art. 487 da CLT. Ainda que a fixação da proporcionalidade do aviso-prévio em princípio caiba ao legislador, porque tem o dever de conformar direitos fundamentais, a sua omissão não impede a configuração pelo juiz, uma vez que se trata de conceito jurídico indeterminado, com conteúdo jurídico que o constituinte deliberadamente deixou em aberto; norma vigente, portanto.

Assim como os direitos clássicos de propriedade e de sucessão exigem configuração infraconstitucional, também os direitos fundamentais sociais e do trabalho muitas vezes requerem essa providência, de modo que o “fazer uso” desses direitos se viabilize. A tarefa, em princípio, pertence ao legislador, o qual, contudo, não está autorizado a esvaziar o núcleo essencial do direito fundamental em causa. De outro lado, parece incontestável que, paralelamente ao legislador, as próprias partes interessadas nessa conformação possam fazê-lo por meio de cláusulas oriundas de convenções e acordos coletivos de trabalho (art. 7º, XXVI, da CF). Entretanto, aqui não é um dos poderes do Estado – o legislador – que conforma, com caráter geral, o direito. A atuação dos próprios interessados, com a participação do obrigado direto, em geral com mais poder em face do representante dos titulares do direito, justifica atenção especial do Judiciário, de sorte que o exercício da autonomia coletiva não acabe por esvaziar o núcleo essencial do direito fundamental sob conformação, ou mesmo que por seu intermédio venha a se promover a discriminação de um trabalhador em face do outro.

Uma particular observação que se insere na perspectiva das adequações acima referidas, quando se trata da conformação que direitos fundamentais do trabalho devem obter em países como o Brasil, diz com o tratamento diverso que o legislador pode dispensar aos empregadores e tomadores de trabalho em consonância com o poderio que dispõem em face do empregado ou prestador do trabalho. Se em atenção ao princípio da não discriminação os direitos fundamentais do trabalho devem valer em qualquer relação de emprego ou trabalho, nem por isso há como ignorar a realidade brasileira, na qual não poucos pequenos e microempresários desenvolvem atividade econômica com o concurso de força de trabalho alheia. O legislador tem dispensado tratamento diferenciado em situações que envolvem a conformação de direitos fundamentais relativos à retribuição do trabalho ou mesmo ao ônus de provar a sua duração (arts. 58, § 3º, e 74, § 2º, da CLT). Na eventual conformação de outros direitos fundamentais, o postulado da proporcionalidade há de reger a tarefa do legislador, com atenção aos princípios fundamentais do Título I e aos princípios gerais da atividade econômica do art. 170, ambos da Constituição.

### *6.3 Restrições*

Quando se fala em restrição a direitos fundamentais pode sobrevir a ideia de que, ao fim e ao cabo, eles estariam sujeitos ao esvaziamento de seu âmbito de proteção (entendido como a esfera vital protegida pela norma jusfundamental) ou âmbito normativo (entendido como o objeto de proteção recortado da



realidade vital pela norma jusfundamental)<sup>31</sup>. Embora possa parecer estranho, a restrição autorizada pela própria regra atribuidora de direito fundamental tem em vista a garantia do seu exercício por todos. Isso porque o aspecto relacional é ínsito aos direitos fundamentais e, portanto, relativizável. Do exercício simultâneo desses direitos por titulares diversos podem derivar colisões e, por isso, a necessidade de limitações ao seu âmbito de proteção de modo a permitir o exercício simultâneo por todos. Quanto às espécies de restrições possíveis, a doutrina refere aquelas em que há *reserva legal qualificada ou simples*. Na primeira hipótese, a própria prescrição jusfundamental estabelece os contornos a serem observados pelo legislador ao estabelecer as restrições por meio de lei. Na hipótese da reserva legal simples, amplia-se o espaço do legislador para estabelecer as restrições.

De outro lado, ainda que não previstas na regra atribuidora do direito, restrições também podem se mostrar necessárias se o exercício de um direito fundamental implicar colisão com bens constitucionais ou comunitários considerados relevantes para a vida em comum. Nesse caso, a imposição de restrição pelo legislador ou juiz somente é admissível de modo excepcional e com a devida justificação.

Aos direitos fundamentais do trabalho aplicam-se as mesmas regras válidas para a admissão de restrições a direitos clássicos, observada a ressalva já feita no subitem anterior no que diz com a preservação do núcleo essencial.

Especial referência deve ser feita a possíveis restrições oriundas de cláusulas normativas previstas em convenções e acordos coletivos. A perspectiva de crescente incremento da autonomia privada coletiva no contexto da economia globalizada reclama adequada hermenêutica de cláusulas normativas dirigidas a restringir direitos fundamentais sociais. Similarmente à reserva legal, também essas restrições devem observância ao que se pode denominar de *reserva normativa*. Em primeiro lugar, isso diz respeito às hipóteses em que o art. 7º da Constituição Federal autoriza o estabelecimento de restrições por meio de normas coletivas, ou seja, as que envolvem restrição ao princípio da irredutibilidade salarial (inciso VI), à duração do trabalho por meio da compensação de horários e a redução da jornada (inciso XIII) e ao limite da jornada de trabalho em turnos de revezamento (inciso XIV). Em segundo lugar, quanto aos limites a serem observados na atividade interventiva, sem dúvida haverão de serem levados em conta o âmbito de proteção do direito fundamental em causa

---

31 Trata-se de definições de Pieroth/Schlink e Konrad Hesse, conforme referi em LEDUR, José Felipe. *Direitos fundamentais sociais – Efetivação no âmbito da democracia participativa*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 50.



e, por consequência, o respeito ao seu núcleo, como também ao postulado da proporcionalidade. A respeito reitera-se o que se referiu no início deste item.

Por fim, a jurisprudência trabalhista, de modo majoritário, tem zelado pela preservação do núcleo dos direitos fundamentais passíveis de restrição pelos entes coletivos<sup>32</sup>.

### 7 – A JURISDIÇÃO DOS JUÍZES DO TRABALHO

É sabido que no Brasil o exercício da atividade estatal dirigida à solução de conflitos do trabalho inicialmente consistiu em atividade administrativa do Ministério do Trabalho. Mas a Justiça do Trabalho, criada em 1941, passou, a partir da Constituição de 1946, a ser o ramo do Judiciário encarregado de conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre *empregados* e *empregadores*, competência essa mantida no art. 142 da Constituição de 1967 e na Emenda Constitucional nº 01/69.

Em sua redação original, a Constituição de 1988 estabelecia em seu art. 114 que “Compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os conflitos individuais e coletivos entre *trabalhadores* e *empregadores* (...). A Emenda Constitucional nº 45/04 confere a redação atual ao art. 114 e estabelece em seu *caput* e inciso I a regra geral de competência, *verbis*: “Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: I – as ações oriundas da *relação de trabalho* (...) (grifei)”. Só no inciso III, que trata da competência para dirimir conflitos de representação sindical, há menção a empregadores.

O alargamento da competência é visível, mas o que pode não ser percebido à primeira vista é que a competência do juiz do trabalho se articula com a regra do *caput* do art. 7º, a qual define que “são direitos dos *trabalhadores* urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:”. As regras de competência fixadas pela Emenda Constitucional nº 45/04 retratam não só a ampliação da competência da Justiça do Trabalho, agora encarregada de processar e julgar ações oriundas da relação de trabalho e outras ações, conflitos de competência, execuções e outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, consoante incisos do art. 114. O que essas regras evidenciam é que a atuação da Justiça do Trabalho diz respeito à efetivação do direito fundamental ao trabalho do art. 6º e, naturalmente, das respectivas concreções efetivadas nos arts. 7º a 11, todos da Constituição, bem como de princípios e valores constitucionais já mencionados em itens anteriores. É no conjunto dessas normas

---

32 Nesse sentido, v.g., acórdãos proferidos no Proc. E-RR-435/2000-003-15-00.0, DJ 25.06.04 e no Proc. TST-ROAA-3959/2005-000-04-00.8, publicado em 11.05.07.

(regras, princípios e valores) que o juiz do trabalho deve encontrar, prioritariamente, a fonte normativa que presidirá o exercício de sua competência<sup>33</sup>. Só em modo residual encontrará na CLT (por exemplo, nos pressupostos da relação de emprego dos arts. 2º e 3º) e na legislação infraconstitucional esparsa, mesmo de outros ramos do direito, substância normativa que contribua para dirimir os conflitos sujeitos a seu exame.

A Justiça do Trabalho é, portanto, o ramo do Judiciário que exerce jurisdição especial não só porque os conflitos que lhe cabe dirimir são oriundos da relação de trabalho, mas também porque as pretensões que estão na base dessa relação vinculam-se diretamente a direitos aos quais o poder constituinte conferiu proteção jusfundamental e que estão elencados nos arts. 7º a 11 da Constituição. Essa vinculação continua direta em relação a direitos fundamentais sociais que obtêm conformação por meio de cláusulas estipuladas em normas coletivas, cujo reconhecimento é direito fundamental assegurado no art. 7º, XXVI, da Constituição. Como já visto no item 6.2, as normas coletivas seguem as mesmas diretrizes válidas para a legislação quando, por seu intermédio, há conformação de direito fundamental. De outro lado, as obrigações contratuais não correspondentes a direitos fundamentais do trabalho ainda assim encontram-se sob o influxo do conteúdo normativo de base axiológica inerente a cada um desses direitos e à ordenação jurídico-objetiva de valor que conforma o conjunto dos direitos fundamentais, consoante destacado ao se tratar da irradiação de sua eficácia no ordenamento infraconstitucional.

O melhor catálogo de direitos fundamentais pouco serve se inexistente possibilidade de se protegê-los eficazmente. Só em tempos recentes o sentido da Constituição de 1988 começa a ser apreendido por novas gerações de juristas e pela própria sociedade. A jurisprudência, a começar pelo Supremo Tribunal Federal, inicialmente manteve-se distante do sentido axiológico que conforma os direitos fundamentais em geral e os sociais em particular. A análise da juris-

---

33 Não é lugar, aqui, para tratar do modo de aplicação das regras, princípios e valores na atividade de concreção judicial. A respeito das duas primeiras normas citadas, exame aprofundado é feito nas obras de Robert Alexy (*Teoria dos direitos fundamentais* [Trad.: Virgílio Afonso da Silva]. São Paulo: Malheiros, 2008) e de Humberto Ávila (*Teoria dos princípios – Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2009). Ávila traz aportes novos e importantes ao debate concernente à aplicação de regras e princípios, entre outros ao referir que também regras são passíveis de ponderação, ou que não necessariamente as regras devam ceder diante de um princípio contrário, neste último caso quando em colisão regra constitucional e princípio de matriz infraconstitucional. Já quanto aos valores reconhecidos na nossa Constituição, possuem eles natureza similar aos princípios jurídicos, passíveis de ponderação entre si e em confronto com regras e princípios. Entretanto, os princípios expressam conceitos deontológicos, ao passo que os valores situam-se no plano axiológico. É necessário sublinhar que esses valores são normas, de modo que a fundamentação das decisões judiciais por eles orientadas deve observância àqueles assim reconhecidos pelo ordenamento.

prudência dos tribunais do trabalho das duas décadas passadas, por seu turno, revela apego à hermenêutica tradicional, que orientava sua atuação a partir de regras infraconstitucionais ou da CLT para interpretar regras de categoria jus-fundamental da Constituição de 1988, em procedimento que encontra similar histórico na conduta dos juristas alemães em face da Constituição de Weimar, consoante reportado no item 2. *supra*, nota de rodapé 10. Exemplo disso foi a Súmula nº 310 do TST, cancelada em vista de julgamentos do STF a ela contrários<sup>34</sup>. Referida Súmula, além de firmar que a norma constitucional não assegurava a substituição processual, somente a reconheceu nos limites fixados em leis infraconstitucionais. O STF acabou por reconhecer ampla substituição processual pelo art. 8º, III, da Constituição em julgamento realizado em junho de 2006. Outro exemplo encontra-se na Orientação Jurisprudencial nº 84 da SDI-I do TST, a qual faz depender de legislação regulamentadora a proporcionalidade do aviso-prévio prevista no art. 7º, XXI, da Constituição. Dita OJ também está a caminho do cancelamento em vista da recente decisão do STF a respeito da eficácia do aviso-prévio proporcional<sup>35</sup>. Em sentido oposto, de interpretação da lei em consonância com o quadro dos direitos fundamentais, vale destacar recente alteração na Súmula nº 369, a qual agora prevê estabilidade também para 07 suplentes de dirigentes sindicais. Com a nova redação, o TST harmoniza a regra do *caput* do art. 522 e do § 3º do art. 543 da CLT com o art. 8º, VIII, da Constituição.

O STF possui o dever de dar a palavra final em tema de interpretação constitucional. Entretanto, os juízes do trabalho também são “juízes constitucionais”. A eles compete fazer valer direitos fundamentais no constante contato que, por seu intermédio, o Judiciário mantém com os titulares e destinatários (obrigados) desses direitos nos lugares mais distantes do país. Mas não é só isso: também o controle difuso da constitucionalidade das leis, a sua interpretação conforme aos direitos fundamentais e a atribuição de eficácia irradiante dos direitos fundamentais nos contratos de trabalho dizem respeito à atuação

34 Também jurisprudência de tribunais regionais do trabalho e doutrina específica defendiam a substituição processual. Exemplo doutrinário é a obra de Ben-Hur Silveira Claus (*Substituição processual trabalhista*. São Paulo: LTr, 2003).

35 O direito fundamental social traduzido na garantia do “mínimo existencial” é, por exceção, direito subjetivo que deriva do princípio do Estado Social. Via de regra, não obtém o tratamento devido nas decisões dos tribunais do trabalho que aplicam a alíquota do imposto de renda sobre a soma dos créditos trabalhistas deferidos em ações judiciais. A esse respeito escrevi em ocasião anterior (*Direitos fundamentais sociais – Efetivação no âmbito da democracia participativa*, cit., p. 110). No julgamento do RE 614.406, com repercussão geral reconhecida, mas ainda por ser finalizado, há indicativo de que também no caso em apreço prevalecerá interpretação da legislação infraconstitucional no quadro dos direitos fundamentais, de modo que o cálculo de eventual imposto tome em consideração o crédito trabalhista devido a cada mês do contrato, e não o regime de caixa.

de todos os graus de jurisdição do trabalho. Consoante destacado neste texto, o princípio da proteção supera sua matriz infraconstitucional originária para adquirir maioria constitucional, em sintonia com a função jurídico-objetiva de maior relevo na atual dogmática dos direitos fundamentais. Portanto, cabe à própria Justiça do Trabalho ocupar a dianteira em hermenêutica compatível com o sistema especial de direitos fundamentais do trabalho e os valores e princípios que se encontram em sua base, de modo a tornar efetivos os direitos fundamentais do trabalho. No exercício dessa competência ela é parte essencial do referido sistema especial.

### CONCLUSÃO

Em termos de síntese conclusiva deste trabalho, dirigido a identificar elementos do *sistema especial de direitos fundamentais do trabalho*, começo por destacar o sentido das normas objeto de investigação. Assim, no Capítulo II do Título II de nossa Constituição, relativo aos Direitos Fundamentais Sociais, é reconhecida série de direitos individuais e coletivos que se originam de relações de trabalho, os quais integram ordenação jurídico-objetiva de base axiológica, ao mesmo tempo em que traduzem, em cada uma de suas expressões particulares, decisões jurídico-objetivas de valor. As normas relativas a esses direitos mantêm conexões internas com outras normas de conteúdo axiológico ou de princípio da Constituição, formando parte de sistema aberto, nos termos do § 2º do art. 5º e bem assim do *caput* do art. 7º da Constituição.

O reconhecimento de direitos fundamentais do trabalho pela Constituição de 1988 forma parte de nossa evolução jurídico-constitucional. De constituições marcadamente formais, pouco conectadas à realidade, nas quais os direitos fundamentais clássicos, de defesa em face do Estado, também assumiram prevalente caráter nominal, no Brasil evoluímos para Constituição estrutural e materialmente orientada à construção de sociedade livre, justa e solidária. A participação da sociedade no processo constituinte foi fator decisivo para a conformação de Estado Democrático de Direito que fez essa opção. Os direitos fundamentais do trabalho de nossa atual Constituição são resultado desse processo e expressam posições jurídico-subjetivas que os respectivos titulares possuem não só em relação ao Estado, mas também em relação a particulares – no caso, os empregadores e tomadores de trabalho ou serviços.

Os direitos fundamentais classicamente foram compreendidos como posições de defesa do indivíduo em face do Estado, com o propósito de resguardar a liberdade e a propriedade. A insuficiência desse entendimento acerca do que é fundamental revelou-se mediante a ausência de condições materiais (formação, propriedade e outros bens vitais à existência) que permitissem o

exercício desses direitos por toda a coletividade. Assim, a dogmática jurídico-constitucional evoluiu para incorporar dimensões jurídico-objetivas aos direitos fundamentais, essas dirigidas à garantia de proteção aos socialmente fragilizados e correspectiva imposição de deveres de proteção ao Estado, assim como da atribuição de eficácia irradiante aos direitos fundamentais.

O reconhecimento, por nossa Constituição, de direitos fundamentais sociais em geral e do trabalho em especial, mantém harmonia com essa evolução, pois justamente visam proporcionar liberdade real que os direitos fundamentais clássicos não asseguraram a todos. Nesse contexto, o núcleo do Direito do Trabalho acabou por transitar da legislação infraconstitucional para a Constituição e seu rol de direitos fundamentais do trabalho. Com isso, além do Estado, também os empregadores e tomadores de trabalho ou serviços passaram a estar vinculados a esses direitos fundamentais.

Diante disso, requer-se dogmática jurídica adequada aos novos tempos. Nesse sentido, de par com a dimensão clássica, sobretudo de defesa, dos direitos fundamentais, atenção há de se dar a sua projeção jurídico-objetiva e às consequências que isso ocasiona no terreno da interpretação e aplicação dos direitos fundamentais do trabalho. Essa dogmática jurídico-constitucional haverá de desenvolver fundamentos sólidos dirigidos a munir as garantias e direitos fundamentais do trabalho do vigor necessário ao seu usufruto pelos respectivos titulares. Além disso, a atividade de conformação e restrição porventura necessária ao exercício desses direitos exige cuidado especial, presente a necessidade da salvaguarda de seu núcleo essencial.

Finalmente, mas não menos importante, cabe salientar como elemento decisivo do sistema especial de direitos fundamentais do trabalho o papel reservado à jurisdição especial trabalhista, uma vez que a ela compete proteger, com precedência, os direitos fundamentais do trabalho quando violados ou sob ameaça nas relações de trabalho.

### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais* [Trad.: Virgílio Afonso da Silva]. São Paulo: Malheiros, 2008.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios – Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

BERCOVICI, Gilberto. Tentativa de instituição da democracia de massas no Brasil: instabilidade constitucional e direitos sociais na Era Vargas (1930-1964). In: PEREIRA DE SOUZA NETO, Cláudio; SARMENTO, Daniel (Coords.). *Direitos sociais – fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

## 70 ANOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO

- DREIER, Horst. *Grundgesetz. Kommentar, Artikel 1-19*, v. I, Tübingen: Mohr Siebeck, 1996.
- FAORO, Raymundo. *Os donos do poder – Formação do patronato político brasileiro*. v. II. 13. ed. São Paulo: Globo, 1998.
- FROTSCHER, Werner e PIEROTH, Bodo. *Verfassungsgeschichte*. 2. ed. München: C. H. Beck, 1999.
- GRIMM, Dieter. Das Grundgesetz nach 50 Jahren. *Driz*, Berlin, abr. 2000, p. 151-2.
- HAMMER, Felix. Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919 – die Weimarer Reichsverfassung. *Jura*, Tübingen, 2000, (2): 63.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito* [Trad.: José Lamego]. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.
- LEDUR, José Felipe. *A realização do direito ao trabalho*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1998.
- \_\_\_\_\_. *Direitos fundamentais sociais – Efetivação no âmbito da democracia participativa*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- \_\_\_\_\_. A proteção como função jurídico-objetiva dos direitos fundamentais do trabalho, in: *Temas de Direitos Fundamentais e de Direito Processual – Reflexões dos Grupos de Estudo da Escola Judicial do TRT da 4ª Região*, n. 5, Porto Alegre: HS Editora, 2010.
- MENDES, Gilmar Ferreira. Os Direitos Individuais e suas limitações: breves reflexões. In: Gilmar Ferreira Mendes, Inocência Mártires Coelho e Paulo Gustavo G. Branco. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
- \_\_\_\_\_. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do Direito Constitucional* [Trad.: Peter Naumann]. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- PIEROTH, Bodo e SCHLINK, Bernhard. *Grundrechte – Staatsrecht II*. 26. ed., München: C.F. Beck, 2010.
- RENCK, Beatriz. Algumas considerações sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, in: *Temas de Direitos Fundamentais e de Direito Processual – Reflexões dos Grupos de Estudo da Escola Judicial do TRT da 4ª Região*, n. 5, Porto Alegre: HS Editora, 2010.
- RÜTHERS, Bernd. *Rechtstheorie: Begriff, Geltung und Anwendung des Rechts*. München: C.H. Beck, 1999.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- SILVEIRA CLAUDIUS, Ben-Hur. *Substituição processual trabalhista*. São Paulo: LTr, 2003.
- STEINMEYER, Heinz-Dietrich; WALTERMANN, Raimund. *Casebook Arbeitsrecht*. 2. ed. München: C. H. Beck, 2000.
- VON MÜNCH, Ingo. Vorbemerkungen Art. 1 – 19. In: Von Münch/Kunig (Org.). *Grundgesetz-Kommentar*. v. I. 5. ed. München: C. H. Beck, 2000.

# EMBARGOS DECLARATÓRIOS: VISÃO GERAL E PREQUESTIONAMENTO NO ÂMBITO DO PROCESSO DO TRABALHO

Júlio Bernardo do Carmo\*

## 1 – CONCEITO E FINALIDADE

**O**s embargos declaratórios constituem o meio jurídico de que pode valer-se a parte interessada para exigir seja a correta inteligibilidade do julgado ou a sua complementação.

No que pertine à correta inteligibilidade do julgado, dispõe o art. 535 do Código de Processo Civil que cabem embargos declaratórios quando houver, na sentença ou no acórdão, obscuridade ou contradição ou quando for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se o juiz ou tribunal.

O que seria uma sentença ou um acórdão obscuro?

Consultando o dicionário da língua portuguesa temos que o termo obscuridade, do latim *obscuritate*, significa estado de escuro, falta de luz, escuridão, falta de clareza (no estilo), pouco claro, pouco brilhante, pouco inteligível, difícil de compreender.

Assim, se em determinada lide é debatida tese jurídica explícita, v.g., a respeito da estabilidade acidentária prevista no art. 118 da Lei nº 8.213/91, e a sentença ou o acórdão, quer concedendo ou negando a pretensão de direito material, não articula tese jurídica compreensível acerca do tema debatido, deve a parte interessada aviar os aclaratórios para afastar a obscuridade e forçar o órgão sentenciante a emitir tese jurídica escoreita que fundamente o resultado da demanda.

No mesmo exemplo acima citado, estabilidade acidentária, a sentença ou o acórdão revela-se igualmente contraditório quando em sua fundamentação reconhece ser dúbia a ocorrência do acidente de trabalho, aliado ao fato de que o trabalhador só chegou a perceber o auxílio-doença comum, mas ainda assim

---

\* Desembargador Federal do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região.



reconhece a estabilidade provisória acidentária e emite ordem de reintegração do trabalhador no emprego.

Necessária, pois, a interposição dos embargos declaratórios com o fito de escoimar do julgado a contradição apontada, suplicando-se tese jurídica escoreita e inteligível, a par de bem fundamentada, a respeito do acolhimento ou rejeição do pedido, para que a parte interessada tenha melhores meios jurídicos de, oportunamente, aviar o recurso pertinente para a instância adequada.

Já na omissão do julgado, o objetivo maior dos embargos declaratórios seria alcançar a inteireza da prestação da tutela jurisdicional.

Assim, se ao proferir a sentença ou o acórdão, o órgão julgador deixa de apreciar determinado pedido, *e.g.*, horas extras ou prêmios e gratificações, os embargos declaratórios devem ser manejados para que o juiz aprecie toda a matéria posta na lide, sob pena de incorrer em julgando aquém do pedido (*infra petita*) a par de denegar em sua inteireza a aplicação do direito material à espécie.

A omissão torna possível imprimir aos embargos declaratórios efeito modificativo do julgado, sendo possível através deles, em determinados casos onde a reclamação trabalhista fora julgada parcialmente procedente, alcançar, inclusive, a cabal improcedência da ação trabalhista proposta, com inversão dos ônus sucumbenciais.

O efeito infringente do julgado torna possível, de igual modo, ser acolhida alguma preliminar ou prejudicial expressamente invocada na defesa que seja obstativa do exame do mérito da demanda, quando, por omissão, a sentença ou o acórdão deixa de apreciá-la.

Interpostos os embargos declaratórios e confirmada a omissão, o acolhimento da preliminar ou da prejudicial poderá redundar em extinção do feito, sem resolução do mérito, ou seja, sem que se analise a pretensão de direito material posta na demanda e que havia sido acolhida por descuido pelo órgão julgador.

Expliquemos, com exemplos concretos as possibilidades supra-aventadas.

No primeiro exemplo mencionado acima pode ocorrer que a sentença tenha acatado um único pedido do autor, relativamente, *e.g.*, à condenação em vale-transporte.

Todavia, tendo julgado a pretensão formulada pelo reclamante com lastro na distribuição do ônus da prova (art. 818, da CLT e art. 333, incisos I e II, do CPC), o juiz pode ter adotado a tese jurídica de que é da reclamada o encargo probatório relativo aos requisitos legais que a desonerariam do pagamento do



vale-transporte e que deste encargo probatório não teria se desincumbido nos autos.

A sentença mostra-se, todavia, omissa relativamente à tese jurídica exposta na defesa, no sentido de que, pela jurisprudência estratificada na Orientação Jurisprudencial nº 215 da SBDI-I, do Colendo Tribunal Superior do Trabalho, o ônus da prova relativo aos requisitos legais indispensáveis à percepção do vale-transporte compete ao empregado.

No exemplo citado, acatada nos aclaratórios a tese jurídica suscitada pela reclamada (OJ nº 215-SBDI-I do TST), em face da omissão mencionada, será expungida do julgado igualmente o vale-transporte e conseqüentemente será julgada cabalmente improcedente a ação proposta, com inversão dos ônus sucumbenciais.

Com relação a preliminares ou prejudiciais que teriam sido relegados ao obliuio pela instância julgadora, teríamos o caso, *e.g.*, da sentença ter julgado a ação trabalhista procedente, sendo que na fase dos embargos declaratórios a reclamada junta decisão de igual teor proferido em processo diverso, que teria corrido perante outra Vara do Trabalho, razão pela qual, naquela oportunidade, arguia a prejudicial de coisa julgada.

Ora, versando matéria de ordem pública, a prejudicial de coisa julgada pode ser invocada, a qualquer tempo, na instância ordinária, ou até mesmo ser reconhecida de ofício pelo magistrado.

Nesta hipótese, patente a configuração da coisa julgada, o magistrado nos embargos declaratórios a acolherá e, imprimindo efeito infringente ao julgado, extinguirá o processo sem resolução de mérito, com inversão dos ônus sucumbenciais.

Questão interessante é saber se há contraste entre o art. 535 do CPC e o art. 897-A da CLT.

Explica-se: pelo art. 535 do CPC, como visto, cabem os embargos declaratórios quando na decisão há obscuridade ou contradição, ou quando o julgador incorre em omissão manifesta. Pela letra atual do art. 897-A da CLT, temos que “caberão embargos de declaração de sentença ou acórdão, no prazo de cinco dias, devendo seu julgamento ocorrer na primeira audiência ou sessão subsequente a sua apresentação, registrada na certidão, admitindo efeito modificativo da decisão nos casos de omissão e contradição no julgado e manifesto equívoco no exame dos pressupostos extrínsecos do recurso. Parágrafo único. Os erros materiais poderão ser corrigidos de ofício ou a requerimento de qualquer das partes”.

Fazendo o cotejo entre os dois artigos marginados, determinado segmento da doutrina tem observado que, como a CLT tem norma explícita regendo as hipóteses de interposição dos embargos declaratórios, não se aplicaria à seara processual trabalhista, em subsidiariedade o art. 535 do CPC, pelo que estaria definitivamente afastada a hipótese de se intentar os aclaratórios para expungir do julgado eventual obscuridade.

Nada mais falso.

A Lei nº 9.957, de 12 de janeiro de 2.000, que inseriu o art. 897-A na CLT, não regulamentou de forma explícita todos os casos em que é possível o manejo dos embargos declaratórios, tendo antes se preocupado com o seu procedimento, razão pela qual continuaria sendo aplicável, por subsidiariedade, o art. 535 do CPC, no que pertine à mácula de obscuridade que possa contaminar o julgado.

Prova maior disso é o fato de que o art. 897-A da CLT, ao mencionar a omissão e a contradição, o fez apenas para deixar claro que ocorrendo tais vícios no julgado, a decisão dos embargos declaratórios que vier a dirimi-los poderá revestir-se de natureza infringente, ou seja, poderá modificar substancialmente o que antes fora decidido, alterando-se completamente o rumo da demanda.

Mas isso não quer dizer que, ocorrendo o vício de obscuridade no julgado, não seriam cabíveis embargos declaratórios, dada a supletividade contida no art. 769 da CLT.

O que se pode inteligir do referido dispositivo consolidado é que, havendo no julgado eventual obscuridade, a mesma desafia embargos declaratórios, mas esses últimos, neste caso, jamais poderão alcançar efeitos infringentes.

A inovação legal trazida com a redação da parte final do art. 897-A da CLT tem pertinência com os chamados requisitos ou pressupostos de admissibilidade dos recursos, ou de forma mais simplificada, com os requisitos genéricos de sua admissibilidade.

A doutrina mais abalizada classifica os requisitos de admissibilidade dos recursos em intrínsecos e extrínsecos.

Assim, seriam requisitos intrínsecos de admissibilidade as chamadas condições recursais, como o seu cabimento (possibilidade recursal) e o interesse e a legitimidade para recorrer. Requisitos extrínsecos de admissibilidade seriam o preparo, a tempestividade e a regularidade formal.

Ovídio Baptista da Silva preleciona que os pressupostos genéricos de admissibilidade dos recursos podem ainda ser classificados em objetivos e subjetivos. Dentro dessa perspectiva, seriam pressupostos genéricos subjetivos

os seguintes: a) capacidade processual do recorrente; b) legitimação, que teria como pressupostos a sucumbência e o interesse; c) a ausência de pressupostos subjetivos negativos, como, *e.g.*, a desistência, a renúncia do recurso ou a aceitação tácita da decisão recorrida.

Os pressupostos genéricos objetivos de admissibilidade dos recursos seriam: a) a existência de previsão legal; b) adequação; c) tempestividade; d) regularidade formal; e) preparo.

O art. 897-A da CLT, sob comento, merece severas críticas ao possibilitar a interposição de embargos declaratórios somente na hipótese de inobservância dos requisitos genéricos extrínsecos, quer dizer, os requisitos objetivos dos recursos.

Trata-se na espécie de mero descuido do legislador, podendo seu cochilo homérico ser suprido pelos métodos clássicos de interpretação de normas jurídicas.

A interpretação aqui há de necessariamente ser a extensiva, pois se deve partir do pressuposto de que, por omissão, o legislador disse menos do que deveria dizer (*dixit minus quam voluit*), sabido que os embargos declaratórios são adequados igualmente quando estão em jogo os chamados pressupostos genéricos intrínsecos de admissibilidade, ou seja, os requisitos de ordem subjetiva.

Ou seja, desde que a sentença ou o acórdão não haja adotado tese jurídica explícita a respeito dos requisitos intrínsecos (ou subjetivos) de admissibilidade dos recursos, ou seja, a legitimidade, o interesse, a capacidade e a representação, seriam cabíveis os embargos declaratórios com efeitos infringentes para forcejar a admissibilidade do recurso interposto.

## 2 – DECISÕES JUDICIAIS EMBARGÁVEIS

Outro ponto que merece adequada reflexão consiste na indagação de quais seriam as decisões judiciais embargáveis.

Se nos ativermos à letra fria e literal do art. 535 do CPC, somente a sentença, decisão afeta ao juízo monocrático trabalhista de primeiro grau, e o acórdão, decisão colegiada, própria dos tribunais, é que seriam suscetíveis de questionamentos através do manejo de embargos declaratórios. No mesmo diapasão, dispõe o art. 897-A da CLT que embargáveis são a sentença e o acórdão.

A interpretação dos dispositivos processuais supramencionados (art. 535 do CPC e art. 897-A da CLT) deve ser feita com prudência e razoabilidade, pois soaria estranho ser desejo do legislador que toda e qualquer decisão judicial

que não consubstancie quer uma sentença ou um acórdão possa ser emitida atabalhoadamente, eivadas que seriam de obscuridade e contradição, tornando se não impossível, pelos menos tarefa difícil captar-lhes a real inteligibilidade.

Tanto o princípio da razoabilidade como o da segurança jurídica exigem que toda e qualquer decisão judicial seja emitida com clareza e total inteligibilidade, para que o jurisdicionado possa melhor defender em juízo seus direitos e pretensões.

Com razão, portanto, o ilustre processualista Manoel Antonio Teixeira Filho quando enfatiza que, muito embora não seja desejável que meras decisões interlocutórias e meros despachos de expediente sejam impugnáveis através de embargos declaratórios, porque essa possibilidade acabaria atentando contra a celeridade processual, a par de tumultuar o procedimento, cujas consequências seriam particularmente mais graves no processo do trabalho, em que, acima de qualquer outro, a rapidez na entrega da prestação jurisdicional figura como imperativo supremo (*Curso de Direito Processual do Trabalho*. v. II. Processo de conhecimento 2. LTr, 2009, p. 1.702-1.705).

E acrescenta, com propriedade, o notável jurista citado que “com isso, não queríamos dizer que as decisões interlocutórias e os despachos pudessem ser obscuros, contraditórios ou provocar dúvida no intérprete, sem que se pudesse obter a necessária sanção. Afinal, também esses atos do juiz estariam submetidos às regras de clareza, inteligibilidade, coerência e plenitude, aplicáveis à sentença e ao acórdão” (*op.cit, idem*).

A prudência recomenda, todavia, que nem todas as decisões judiciais sejam embargáveis, sob pena de possibilitar-se ao litigante desairoso tumultuar a seu talante e gosto a marcha processual, possível que seria ao mesmo suscitar incidentes processuais não só desnecessários como reprováveis.

A conclusão que se tira de tudo isso é a de que meros despachos de expediente ou simples decisões interlocutórias não seriam embargáveis. A ressalva é feita apenas para os despachos e decisões interlocutórias de cunho decisório, máxime quando monocraticamente põem fim ao processo sem resolução do mérito ou quando denegam o regular processamento de um recurso.

Dentro dessa ótica, temos a dicção do art. 557 do CPC, no sentido de que “o relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior”.

Completa o § 1º, letra *a*, do art. 557 do CPC que “se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou jurisprudência dominante do

Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso”.

Essa decisão monocrática do relator que ou denega seguimento a recurso ou lhe dá provimento liminar, quando atendido o figurino legal, desde que emitida com obscuridade, contradição, absoluta falta de clareza, ou vícios outros que impeçam a sua pronta inteligibilidade, pode tranquilamente ser objeto de embargos declaratórios que, interpostos, interrompem o prazo de cinco dias para a interposição do agravo previsto no § 1º do art. 557 do CPC.

*Simili modo*, são embargáveis as decisões monocráticas do relator que denegar liminarmente o processamento do mandado de segurança, que extinguir a ação rescisória sem resolução de mérito, que denegar em tais ações especiais a liminar requerida, bem como a decisão do Presidente ou Vice-Presidente da Corte Regional Trabalhista que trancar a veiculação do recurso de revista para o Colendo Tribunal Superior do Trabalho, sendo que em todos esses casos ficará interrompido o prazo regimentalmente previsto para interposição de agravo.

A embargabilidade das decisões monocráticas do juiz ou do relator é mais consentânea com o princípio constitucional da ampla defesa e do livre acesso ao Poder Judiciário, até porque se atacada a mácula da obscuridade ou da falta de clareza por simples petição do interessado, o prazo recursal previsto legalmente para impugnar a decisão monocrática fluiria inexoravelmente, podendo acontecer que, após a apreciação do incidente, já não mais disponha a parte do prazo recursal reservado ao ataque do mérito ou da questão de fundo da decisão hostilizada.

O Tribunal Superior do Trabalho placita o entendimento de que nem somente sentenças e acórdãos são embargáveis e sim também outros despachos de cunho decisório, conforme se pode colher de sua Súmula de nº 421, *verbis*: “I –Tendo o despacho monocrático de provimento ou denegação de recurso, previsto no art. 577 do CPC, conteúdo decisório definitivo e conclusivo da lide, comporta ser esclarecido pela via dos embargos declaratórios, em despacho aclaratório, também monocrático, quando se pretende tão somente suprir omissão e não modificação do julgado; II – Postulando o embargante efeito modificativo, os embargos declaratórios deverão ser submetidos ao pronunciamento do colegiado, convertidos em agravo, em face dos princípios da fungibilidade e celeridade processual”.

Dentro desta hermenêutica que prestigia a ampla possibilidade de manejo de embargos declaratórios cumpre observar que a doutrina e a jurisprudência acabaram placitando o entendimento de que quando houver contradição entre

a ementa do acórdão e a sua fundamentação ou seu dispositivo, principalmente este último, porque é a parte da decisão que transita em julgado, cabem tranquilamente embargos declaratórios para sanar a irregularidade.

O uso dos embargos declaratórios nessa hipótese possibilitaria o uso correto da ementa objurgada em outros casos concretos que fossem julgados nos tribunais, a par de deixar escorreita a tese jurídica nele encampada com o fito de embasar eventual veiculação de recurso de revista, por dissenso pretoriano.

Por outro lado, como a coisa julgada faz do preto branco e do quadrado redondo, poderia ser que na ementa se consagrasse tese jurídica favorável ao recorrente e no dispositivo se desse pelo desprovimento do apelo; quando não interpostos os embargos declaratórios, persistiria a tese jurídica do dispositivo, acarretadora de sérios gravames às partes.

A impugnação dessa anormalidade jurídica do acórdão através de simples petição nem sempre seria razoável, porque não sendo interruptiva do prazo recursal, poderia prejudicar a parte interessada, a não ser que, adotando postura liberal, o órgão prolator da decisão, visualizando o incidente como simples erro material, o sanasse de ofício, bondade ou benesse difícil de se ver no dia a dia dos pretórios trabalhistas.

### 3 – NATUREZA JURÍDICA DOS EMBARGOS DECLARATÓRIOS

Qual seria a natureza jurídica dos embargos declaratórios?

Quanto a esta indagação, grassa na doutrina séria controvérsia, porque alguns processualistas divisam os embargos declaratórios como meio processual, dissociado do recurso, que tem a finalidade não de reformar a sentença ou o acórdão, mas sim de buscar a sua correta inteligibilidade, quando a mesma vem eivada dos vícios legalmente previstos que possam dificultar seu exato alcance jurídico.

Por outro lado, a prevalecer a localização que os embargos declaratórios mereceram no atual Código de Processo Civil, fácil seria admitir a sua natureza recursal.

É que os embargos declaratórios estão previstos no art. 496, inciso IV, do CPC e ali, textualmente, se diz que (art. 496) são cabíveis os seguintes recursos: “IV – embargos de declaração”.

Dentre os doutrinadores que defendem que os embargos declaratórios ostentam a natureza jurídica de recurso, cita-se o portentoso Pontes de Miranda que enfatiza que o Código de Processo Civil de 1973 quis “pôr à frente a qua-

lidade do recurso de embargos de declaração por serem de cognição de quem proferiu a sentença ou o acórdão: ser de competência de quem julgou, sem órgão *ad quem* superior” (citado por Manoel Antonio Teixeira Filho, *op. cit.*).

Somos do entendimento de que o erro topográfico cometido pelo legislador de 1973, ao inserir os embargos declaratórios no título X que abarca precisamente os recursos cabíveis na seara processual civil, nem por isso tem o dom miraculoso de transmutar em recurso o remédio jurídico que ontologicamente é despido dessa característica.

Trago à baila, novamente, o auspicioso ensinamento de Manoel Antonio Teixeira Filho ao dispor com proficiência que “o traço essencial, capaz de distinguir com eficácia os embargos de declaração dos recursos, é a finalidade. Enquanto estes visam à reforma, à cassação da decisão impugnada, aqueles se destinam meramente a obter, do mesmo órgão jurisdicional, uma declaração de qual seja o verdadeiro conteúdo da sentença (ou do acórdão), para integrá-la ou para liberá-la de qualquer eiva de expressão. É de grande utilidade prática a separação doutrinária que se fez entre o conceito da sentença e sua fórmula: o primeiro tem caráter ideológico, pois encerra as razões que levaram o juiz a formar a sua convicção jurídica acerca dos fatos; já a segunda representa apenas a forma pela qual o conteúdo é manifestado. Os embargos declaratórios têm como destinatária exclusiva a forma, a expressão material do julgado, ao passo que os recursos se arremetem em regra, contra o conteúdo” (*op. cit.*).

Mesmo quando aos embargos declaratórios são impressos efeitos infringentes do julgado, não existe a sua transmutação em recurso, eis que continua intocável sua natureza jurídica integrativa, ou seja, de buscar a correta integração do julgado, suprimindo-se omissão ou contradição que o mesmo albergue.

Os embargos declaratórios perseguem assim, mesmo quando o desiderato é a busca de efeito modificativo da decisão embargada, a correta e completa outorgada da prestação jurisdicional, sendo que somente depois de esclarecidos os pontos controvertidos da demanda é que as partes interessadas farão uso do recurso adequado, aí sim, com o manifesto propósito de reformar a sentença ou o acórdão hostilizado, tarefa que é transferida à instância *ad quem*.

Acrescente-se mais que se os embargos declaratórios ostentassem a natureza jurídica de recurso deveria ter também o prazo unificado de 8 (oito) dias para sua interposição, como acontece com todos os recursos trabalhistas, e não o prazo especial de 5 (cinco) dias previsto na legislação processual.

Ostentasse *simili modo* a natureza jurídica de recurso, não poderia, em tese, ser interposto das decisões de primeira instância que dirimem os chamados



processos de alçada, previstos na Lei nº 5.584/70, eis que, ressalvada matéria estritamente constitucional, tais decisões trazem insito o selo da irrecorribilidade.

Falacioso igualmente é o argumento de que os embargos declaratórios não poderiam ser visualizados como recurso porque são direcionados ao mesmo órgão judicial prolator da decisão embargada e não pelo órgão colegiado integrante de instância superior.

Pode excepcionalmente existir casos em que o recurso propriamente dito tem que ser interposto perante a mesma autoridade judicial que emitiu a decisão e por ela decidido, como acontecia, *e.g.*, com os embargos infringentes da Lei nº 6.825/80 (art. 4º, § 1º) cabível no âmbito da Justiça Federal e ainda, no próprio processo do trabalho, os chamados embargos de nulidade, que eram julgados pela Junta de Conciliação e Julgamento, igualmente extinto.

Existem ainda determinados recursos que, pelo juízo de retratação, podem ser tornados sem objeto mediante decisão favorável do próprio juiz ou relator prolator do r. despacho hostilizado, como acontece com o agravo de instrumento e com o agravo regimental. Trancado o seguimento do recurso ordinário, nada impede que a parte interessada no bojo do próprio agravo de instrumento teça considerações que convença o juízo da erronia perpetrada quanto ao juízo de admissibilidade, levando-o a reconsiderar sua decisão e admitir o processamento do apelo interposto.

Assim também acontece, *e.g.*, com a decisão monocrática do relator que indefere liminar em mandado de segurança ou em ação rescisória ou que extingue tais feitos liminarmente sem solução do mérito, podendo, aduzidos aclaratórios, valer-se o autor da decisão hostilizada do juízo de retratação e admitir o regular processamento seja do *mandamus* ou da ação desconstitutiva.

O sucesso alcançado pela parte no âmbito do juízo de retratabilidade torna sem objeto o recurso interposto, sem precisar trasladá-lo para a instância hierarquicamente superior, porque o desiderato buscado no apelo é deferido pelo próprio juiz da decisão objurgada.

Outros casos podem ocorrer no ordenamento jurídico brasileiro, ou seja, de que o recurso tenha como destinatário o próprio órgão judicial prolator da decisão embargada, e não uma instância hierarquicamente superior, e nem por isso, a guardar em mente a especial teleologia dos embargos declaratórios, seriam estes últimos revestidos, por assimilação, de conteúdo estritamente recursal, haja vista que o escopo deles, como visto, é buscar a correta integração da decisão ou do acórdão, fazendo com que o órgão jurisdicional aprecie todos os pontos controvertidos da demanda, para que, aperfeiçoada a entrega



da prestação da tutela jurisdicional, possa a parte que se sentir lesionada, aí sim, interpor o recurso adequado para a instância hierarquicamente superior, com o objetivo manifesto de reformar no todo ou em parte a decisão objurgada.

Referenda o ponto de vista até aqui sustentado, qual seja, o de que os embargos declaratórios não têm natureza jurídica recursal, o fato de que quando os mesmos são manejados com esta precípua finalidade, com o desiderato manifesto de reformar a sentença ou o acórdão, são os mesmos tachados de protelatórios ou procrastinatórios, deslealdade que granjeia para a parte insurgente a responsabilidade de pagar multa em prol da parte contrária, como está na dicção do art. 538, parágrafo único, do CPC: se os embargos de declaração forem manifestamente protelatórios, o juiz ou o tribunal, declarando que o são, condenará o embargante a pagar ao embargado multa não excedente a 1%, que será elevada a até 10% no caso de reiteração, ficando condicionada a interposição de qualquer outro recurso ao depósito do valor correspondente.

E realmente são protelatórios os embargos declaratórios que assumirem veste estritamente recursal, eis que sua teleologia não estará voltada para a correta integração do julgado, com o fito de escoimá-lo de eventuais eivas que comprometam a sua adequada inteligibilidade ou que objetivem ultimar a prestação da tutela jurisdicional e sim para reformar propriamente a sentença ou o acórdão, mesmo inexistindo neles qualquer defeito de inteligibilidade.

Dentro desta ótica, manejo abusivo dos embargos declaratórios como meio recursal, sob as vestes de suposto prequestionamento, temos a lição doutrinária do festejado professor Antonio Álvares da Silva, que assim se pronunciou no agravo de petição nº TRT-00960-2000-114-03-00-2, de que foi relator:

“2.2.2. Prequestionamento. As partes devem atentar para o disposto no art. 17, 18 e 538, parágrafo único, do CPC c/c o art. 769 da CLT porque não cabem embargos de declaração para reexame de fatos e provas (Súmula nº 126 do Colendo TST c/c as Súmulas ns. 07/STJ e 279/STF), sob pena de manifestarem inconformismos incompatíveis com a técnica processual, em franca indiferença aos argumentos da autoridade judiciária. Foi dada interpretação razoável de lei para o caso concreto (matéria de direito), sem violar direta e literalmente quaisquer normas do ordenamento jurídico nacional (Súmula nº 221, II/TST c/c o art. 131/CPC e Súmula nº 400/STF). Adotou-se tese explícita sobre as matérias, de modo que a referência a dispositivos legais e constitucionais é desnecessária. Inteligência da OJ nº 118/SBDO-I do TST. Caso entenda que a violação nasceu na própria decisão proferida, inexigível se torna o prequestionamento, conforme inteligência da OJ nº 119 da SBDI-I/

TST. O juiz não está obrigado a rebater especificamente as alegações da parte: a dialética do ato decisório não consiste apenas no revide dos argumentos da parte pelo juiz, mas no caminho próprio e independente que este pode tomar, que se restringe naturalmente aos limites da lide, mas nunca apenas à alegação da parte. Se a parte não aceita o conteúdo normativo da decisão, deve aviar recurso próprio.”

Ora, como os embargos declaratórios não revestem a qualidade de recurso, o seu uso como tal desvirtua sua finalidade, procrastina o andamento da lide, sobrecarrega a pauta do Judiciário, razão pela qual se afigura justa a multa idealizada pelo legislador para o litigante desairoso.

O postulado constitucional da igualdade de todos perante a lei, albergado no art. 5º, *caput*, da Magna Carta de 1988, impõe a conclusão de que a multa aplicável ao litigante desairoso que avia embargos declaratórios meramente procrastinatórios deve ser utilizada indistintamente contra o empregador e o empregado, caso contrário haveria séria ruptura do princípio da igualdade que as partes, em tese, ostentam no processo trabalhista.

Melhor reflexão merece o caso do trabalhador que vem a juízo valendo-se do *jus postulandi*, peculiaridade na qual poderá o magistrado, sopesando com equidade a situação concreta dos autos, deixar de aplicar a multa por embargos declaratórios procrastinatórios, máxime quando se mostra visível que o questionamento feito ao juízo deriva da absoluta falta de conhecimento técnico processual por parte do litigante hipossuficiente.

Nada obsta que a parte interponha embargos declaratórios para obter a inteireza da prestação jurisdicional ou a escoimação do julgado de vícios de inteligibilidade, os quais, a persistirem a recalcitrância judicial de proceder à correta integração do julgado, demandarão tantos embargos declaratórios quanto necessários.

Na prática isto seria não só cansativo como também poderia despertar séria animosidade do julgador, sendo melhor que, utilizada sem sucesso, mesmo em caráter reiterado, a via dos aclaratórios, pode a parte interessada ao interpor o recurso adequado suscitar preliminar de denegação de prestação de tutela jurisdicional, ocasião em que o tribunal *ad quem*, convencendo-se de que o órgão judicial *a quo* não entregou escoimada prestação jurisdicional, poderá acolher a preliminar de nulidade e determinar o retorno dos autos para que outra decisão de embargos declaratórios seja emitida, de molde a abarcar todas as questões cruciais neles suscitadas.

Como é curial, não terão efeito procrastinatório os embargos declaratórios aviados com o propósito manifesto de prequestionamento, ou seja, provocar o órgão judicial a emitir tese jurídica explícita sobre determinado ponto do litígio, geralmente a suposta ofensa à Constituição Federal ou a dispositivo de lei federal, para que a parte interessada, afastada a preclusão, tenha acesso ao manejo de eventual apelo de caráter excepcional, matéria que será examinada com maior delonga na parte específica deste trabalho.

Outro detalhe importante é que a parte deve estar sempre solerte quanto a eventuais imperfeições do julgado, devendo no prazo legal interpor os embargos declaratórios para escoimar os vícios que inibem a correta inteligibilidade ou alcance jurídico da decisão, especificamente quanto o órgão judicial incorre em omissão, deixando de apreciar na sentença ou no acórdão determinados pedidos formulados pelas partes.

Havendo imperfeições no julgado, seja a título de obscuridade ou de contradição, a ausência de interposição dos embargos declaratórios poderá comprometer a marcha célere do processo, porque essas questões, mesmo devolvidas à segunda instância em eventual recurso, poderão ainda assim permanecer obscuras e pouco inteligíveis, mácula que será transferida à execução do título judicial, até porque quando da liquidação dos pedidos, já não mais será possível modificar ou inovar a sentença liquidanda, nem discutir matéria pertinente à causa principal.

O prejuízo assim poderá ser manifesto porque, mesmo vitorioso, pode ser que a parte beneficiada com o julgado veja na execução apequenado o seu direito, ou mesmo que não desfrute da inteireza do bem de vida conquistado na sentença, porque não aviados embargos declaratórios no momento oportuno para escoimar pontos obscuros ou contraditórios do título judicial ora passível de liquidação, devendo prevalecer a interpretação literal da decisão trânsita em julgado, ainda que a mesma pudesse acenar com uma maior extensão da carga de exequibilidade.

No tocante aos pontos omissos da sentença ou do acórdão revela-se mais grave a ausência de interposição dos embargos declaratórios porque, mesmo em face do amplo princípio da devolutividade recursal, tem-se entendido que tópicos não prequestionados na instância de origem relativos a determinados pedidos, que estampados na exordial deixaram de ser apreciados na sentença, já não mais poderiam ser suscitadas no recurso ordinário em face de inexorável preclusão.

Neste sentido temos a dicção da Orientação Jurisprudencial nº 340 da SBDI-I do Colendo TST:

“Efeito devolutivo. Profundidade. Recurso Ordinário. Art. 515, § 1º, do CPC. Aplicação. O efeito devolutivo em profundidade do recurso ordinário, que se extrai do § 1º do art. 515 do CPC, transfere automaticamente ao Tribunal a apreciação de fundamento da defesa não examinado pela sentença, ainda que não renovado em contrarrazões. Não se aplica, todavia, ao caso de pedido não apreciado na sentença.”

Escorreita, portanto, neste aspecto, a lição doutrinária expendida pelo Ministro do TST João Oreste Dalazen, ao dispor que “a atividade cognitiva do Tribunal estará demarcada pelo âmbito da impugnação; assim, o tribunal, no máximo, rejeita os pedidos já dirimidos pelo juízo *a quo*; não julga os pedidos que este não julgou; portanto, não completa o Tribunal o julgamento dos pedidos sobre os quais se omite a sentença *citra petita*. Do mesmo modo pontos omissos no recurso de revista ou de embargos não sanados pela interposição dos aclaratórios são acobertados pelo manto da preclusão, na esteira da Súmula nº 184 do Colendo Tribunal Superior do Trabalho”.

#### 4 – EMBARGOS DECLARATÓRIOS E FAZENDA PÚBLICA

A fazenda pública tem prazo em dobro para aviar embargos declaratórios?

Ora, a visualizarmos os embargos declaratórios como recurso, eis que nesta qualidade encontra-se inserido no CPC de 1973, deveria de imediato incidir o art. 188 do mesmo digesto processual, que taxativamente dispõe que “computar-se-á em quádruplo o prazo para contestar e em dobro para recorrer quando a parte for a Fazenda Pública ou o Ministério Público”.

Como ressaltado alhures, nosso ponto de vista foi no sentido de que os embargos declaratórios não ostentam natureza recursal e sim meramente integrativa, razão pela qual o prazo para a fazenda pública embargar deveria ser de 5 (cinco) dias, como os demais mortais.

O entendimento do colendo Tribunal Superior do Trabalho, porém, é diverso, conforme se colhe da Orientação Jurisprudencial nº 192 da SBDI-I, onde dispõe, *verbis*: “Embargos declaratórios. Prazo em dobro. Pessoa jurídica de direito público. Decreto-Lei nº 779/69. É em dobro o prazo para interposição de embargos declaratórios por pessoa jurídica de direito público”. Nesta toada, não só a fazenda pública como também as autarquias e fundações públicas terão, *simili modo*, o prazo dobrado de 10 (dez) dias para interposição de embargos

declaratórios, eis que todas essas entidades perseguem fins eminentemente públicos.

### 5 – EMBARGOS DECLARATÓRIOS E INTERRUÇÃO DO PRAZO RECURSAL

Os embargos declaratórios como já ressaltado alhures têm o condão de interromper a fluência do prazo recursal, ou seja, uma vez interpostos os aclaratórios, o prazo já decorrido desaparece do mundo jurídico e outro passa a fluir, por inteiro, depois que o embargante é intimado da decisão dirimidora dos embargos.

No passado as coisas não eram bem assim. Antes de 1994 o CPC dava tratamento jurídico diferente aos embargos declaratórios, porque o art. 465, parágrafo único, dispunha que os embargos declaratórios suspendiam o prazo para a interposição de recurso para ambas as partes, sendo que no mesmo dia-pasão dispunha o art. 538, *caput*, do CPC.

Com a regra da suspensão recursal, o prazo do recurso que já fluíra até a data da interposição dos embargos declaratórios era mantido e o prazo sobejante era contado depois que o embargante era intimado da decisão que dirimia os aclaratórios. No caso dos recursos trabalhistas, cujo prazo comum é de 8 (oito) dias, conforme comando insculpido no art. 6º da Lei nº 5.584/70, se já decorridos 5 (cinco) dias quando da interposição dos embargos declaratórios, só sobejariam mais 3(três) dias para o embargante recorrer, depois que fosse intimado da decisão dos embargos declaratórios.

A Lei nº 8.950/94 inovou, porém, as regras anteriores insertas no CPC de 1973, sendo que revogados os arts. 464 e 465 do CPC, passaram os embargos declaratórios a ter sua previsão legal nos arts. 535 a 538 do mesmo digesto processual, sendo que a outra inovação foi introduzir a interrupção do prazo recursal para ambos os litigantes, extinguindo-se a regra da mera suspensão processual.

Outra curiosidade histórica é de que no direito anterior os embargos declaratórios meramente protelatórios não tinham o dom de interromper o prazo recursal, situação que não mais persiste hoje em dia, eis que somente os embargos declaratórios inadmitidos, por ausência de pressupostos legais, como *e.g.*, a tempestividade, é que não terão o condão de acarretar a interrupção do lapso recursal.

Quando os embargos declaratórios têm objetivo infringente ou modificativo do julgado e são aviados quando já interposto o recurso ordinário pelo

ex-adverso, para se cortejar o princípio da ampla defesa e do contraditório, se o órgão judicial os acolhe e muda substancialmente parte do julgado ou se a ele agrega condenação antes imprevista, deve ser dada oportunidade ao recorrente de complementar seu recurso ordinário, de molde a abarcar igualmente a matéria abordada e provida nos embargos declaratórios infringentes.

## 6 – EMBARGOS DECLARATÓRIOS E PEDIDOS IMPLÍCITOS

Analisemos agora a teleologia dos embargos declaratórios em face dos chamados pedidos implícitos.

Na seara processual trabalhista, tendo em vista a plena regência do princípio da consubstanciação, a regra geral é a de que o juízo só tem a obrigação de apreciar os pedidos explicitamente lançados na inicial, não sendo de sua incumbência judicante inferir pedidos outros que, em tese, pudessem ser postulados naquela peça processual, daí porque costumeiramente (*quod plerumque accidit*) julga conforme o alegado e provado pelas partes.

Esta regra insofismável é captada da própria natureza técnica e dialética do processo que pressupõe domínio pelas partes, legalmente representadas em juízo por profissionais em direito, do chamado conteúdo estritamente técnico do processo.

Neste diapasão podemos citar o art. 282 do CPC que, relativamente à petição inicial, exige ali seja aposto o pedido específico formulado pelo autor e defluente de adequada causa de pedir, o qual, após encerrada a instrução processual, será decidido de forma explícita na sentença, seja para acolhê-lo, seja para rejeitá-lo.

Observa-se, todavia, que, em que pese a regra geral e corriqueira seja o pedido explícito, o próprio legislador de 1973 permitiu fosse abrandado o império rigoroso desse princípio, ao estatuir de forma taxativa no art. 293 do mesmo digesto processual que “os pedidos são interpretados restritivamente compreendendo-se, entretanto, no principal os juros legais”.

Cuida-se aqui dos chamados pedidos implícitos.

Os pedidos implícitos, sempre com previsão expressa na legislação processual civil, ou decorrem do princípio civilista corriqueiro de que o principal abrange o acessório (*principalis accessorium sequitur*), quando por uma questão inclusive de lógica não poderiam deixar de ser considerados como apreciados na sentença, ou têm origem em um comando imperativo formulado pelo legislador processual, cuja inobservância não empece seja o pedido inapreciado

considerado implicitamente constante da parte dispositiva do julgado e que, bem por isso, deverá integrar a condenação e ser apurável no momento propício da liquidação da sentença ou do acórdão.

A conclusão que se tira do exposto é a de que, no chamado pedido implícito, inclui-se na condenação, ao menos de regra, o acessório que pertine ao pedido principal, como sói acontecer com os juros legais de mora, a correção monetária, nas prestações de trato sucessivo as vencidas no curso da demanda, as custas processuais, os encargos previdenciários e tributários e, por expresso imperativo legal, igualmente, a verba honorária ou sucumbencial.

Em todos esses casos, o silêncio da petição inicial não estorva o direito da parte vencedora de ver incluídos na condenação e correspectiva liquidação os pedidos omitidos, mostrando-se, inclusive, desnecessário, embora sempre aconselhável, o manejo dos embargos declaratórios, pois, de qualquer sorte, por simples petição, o interessado poderá requerer no curso da execução, inclusive, que os pedidos implícitos sejam acoplados à condenação, sem se poder falar aí em qualquer ofensa aos comandos da coisa julgada.

Duas observações, no entanto, merecem ser expostas. No que pertine aos juros de mora e à correção monetária, grassando dúvida na doutrina e na jurisprudência a respeito da forma escorreita de sua incidência, como sói acontecer, *e.g.*, na indenização por danos morais e materiais decorrentes de acidentes de trabalho, o ideal é que, no silêncio da sentença ou do acórdão, sejam manejados os embargos declaratórios que terão dupla finalidade. Primeiro, garantir que os juros legais e a correção monetária integrem explicitamente o julgado e, segundo, assegurar que a forma de cálculo dos juros de mora e da correção monetária siga a jurisprudência uniforme do Regional ou do Tribunal Superior do Trabalho sobre o tema, para que, escoimada toda e qualquer interpretação equivocada que o assunto pudesse suscitar, a execução trabalhista neste aspecto venha ser efetivada de forma célere e eficaz.

Resta a análise dos honorários advocatícios na Justiça do Trabalho.

No âmbito do direito processual civil, onde sempre reinou soberano o princípio da sucumbência, durante a vigência do Código de Processo Civil de 1939 grassava dúvida se os honorários advocatícios omitidos na sentença poderiam ser considerados implicitamente exigíveis ou se desafiavam sempre pedido expresso e inequívoco do demandante, sob pena de indeferimento.

Para corrigir o dissenso pretoriano, o excelso Supremo Tribunal Federal editou a Súmula nº 256, com o seguinte teor: “é dispensável pedido expresso para a condenação do réu em honorários”. Com a superveniência e vigência



do Código de Processo Civil de 1973 a dúvida foi expressamente espancada, porque o seu art. 20 impõe de forma imperativa que “a sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Essa verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria”.

Resta a indagação: na seara processual do trabalho, atentando-se para o princípio da sucumbência inserido no art. 20 do CPC de 1973, de aplicação subsidiária (art. 769, CLT), poderia igualmente ser considerado que, independentemente de pedido expresso do reclamante, os honorários advocatícios integrariam sempre a condenação, sob a modalidade de pedido implícito?

A resposta é negativa.

Como é consabido, no direito processual do trabalho, diferentemente do que ocorre na seara processual civilista, não reina soberano o princípio da sucumbência consubstanciado no art. 20 do CPC.

No processo do trabalho, a condenação do reclamado em honorários advocatícios, antes da superveniência da Emenda Constitucional nº 45/04, só era possível se atendidos os requisitos gizados na Lei nº 5.584/70, ou seja, sendo vencido o empregador na demanda e desde que o trabalhador esteja sob o pálio constitucional da assistência judiciária gratuita prevista no art. 5º, inciso LXXIV, da Constituição da República, regulada no plano infraconstitucional pelo art. 14 e seguintes da Lei nº 5.584/70.

Esta interpretação continuou inabalável, mesmo em face da superveniência da Constituição Federal de 1988, que no art. 133 considerou o advogado como indispensável à administração da justiça, levando parte da doutrina e da jurisprudência a crer que, extinto o *jus postulandi*, toda e qualquer ação trabalhista deveria ser ajuizada por profissional de direito, sendo que deveria como corolário lógico incidir o comando emanado do art. 20 do CPC de 1973. Não prevaleceu, todavia, a tese jurídica da extinção do *jus postulandi*, sendo que os honorários advocatícios na justiça do trabalho continuaram atrelados aos dispositivos da Lei nº 5.584/70. Neste sentido, veio a lume a Súmula nº 219 do Colendo TST, assim vazada:

“Honorários advocatícios. Hipótese de cabimento. I – Na Justiça do Trabalho, a condenação ao pagamento de honorários advocatícios, nunca superiores a 15% (quinze por cento), não decorre pura e simplesmente da sucumbência, devendo a parte estar assistida por sindicato da categoria profissional e comprovar a percepção de salário inferior ao dobro do salário-mínimo ou encontrar-se em situação econômica que não



lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família. II – É incabível a condenação ao pagamento de honorários advocatícios em ação rescisória no processo trabalhista, salvo se preenchidos os requisitos da Lei nº 5.584/70”.

No mesmo sentido é vazada a Súmula nº 329 do TST, que deixa explícito que “mesmo após a promulgação da Constituição Federal de 1988, permanece válido o entendimento consubstanciado na Súmula nº 219 do Tribunal Superior do Trabalho”.

A Emenda Constitucional nº 45/04 inovou a questão relativa a honorários advocatícios na seara processual trabalhista porque atribuiu competência à Justiça do Trabalho para apreciar e julgar todo e qualquer litígio decorrente de uma relação de trabalho, desde que figure em um dos polos da relação jurídica uma pessoa física, afastando assim a regra clássica e anterior de competência que se estribava no trabalho humano subordinado, tirante pequenas exceções legais.

Surgiu então na doutrina a dúvida de que, se para as demandas envolvendo relações de trabalho e não relação de emprego, imperaria soberano o princípio da sucumbência previsto no art. 20 do CPC de 1973, até porque essa gama de trabalhadores independentes não são filiados a sindicatos, pelo que não estariam sob o amparo da Lei nº 5.584/70.

Para resolver o impasse surgiu a Instrução Normativa nº 27/05, do Colendo TST, que em seu art. 5º dispôs que, salvo nas lides decorrentes de relação de emprego, será aplicável o princípio da sucumbência recíproca, relativamente às custas processuais, bem como os honorários advocatícios que serão devidos pela mera sucumbência.

Da regra em apreço, insculpida no art. 5º da Instrução Normativa nº 27/05, poderia ser inferido que no processo do trabalho a verba honorária estaria jungida a dois marcos regulatórios, sendo que na relação de emprego só seria devida na hipótese de assistência sindical, sendo inviável o pedido implícito, e que na relação de trabalho preponderaria o princípio da sucumbência previsto no art. 20 do CPC de 1973, sendo viável a ilação de que, na omissão de pedido, este seria implicitamente considerado integrante da condenação?

A resposta é negativa, porque inexistente duplicidade de marco regulatório para honorários advocatícios na seara processual trabalhista que implique sustentar que para as causas trabalhistas advindas de relação de trabalho viável seria considerar implícito o pedido de condenação em verba honorária.

Isto acontece porque a regulação da incidência de verba honorária nas reclamações que envolvam relação de trabalho não decorreu diretamente

da lei e sim de mero ato administrativo do TST, que sabidamente não pode equiparar-se ou substituir a competência privativa do legislador positivo, pois é do Congresso Nacional a competência privativa para legislar sobre direito processual do trabalho.

Sendo ato administrativo, a Instrução Normativa nº 27/05 não tem a cogência e a eficácia da lei processual, sendo antes mero ato administrativo regulamentador dos casos em que podem ser cobrados honorários advocatícios do vencido nas lides trabalhistas.

Não havendo comando legislativo cogente nesta área, a regulamentação da matéria pelo Colendo TST não elide o rigor dos requisitos estampados no art. 282 do CPC, no sentido de que a petição inicial trabalhista deverá conter especificadamente os pedidos do reclamante, sendo que na sua falta não poderá atuar a função integradora do magistrado, sendo-lhe vedado de ofício conceder a verba honorária nos litígios envolvendo relações de trabalho, sob a escusa de tratar-se de pedido meramente implícito.

O pedido implícito, como visto alhures, tem assento na legislação processual, seja pela regra da acessoriedade ou pelo comando imperativo traçado pelo legislador, e inexistindo norma processual cogente regulando a concessão de honorários advocatícios na Justiça do Trabalho nas causas que versem relações de trabalho, a conclusão inarredável é a de que nesta seara não incide supletivamente o famigerado pedido implícito.

Em suma: verse a lide relação de emprego ou relação de trabalho, o pedido de honorários advocatícios nas causas trabalhistas há de estar explícito na inicial, não podendo ser deferido de ofício pelo magistrado com aplicação da tese jurídica do pedido implícito, sob pena de malversação dos arts. 128 e 460 do CPC.

Neste compasso deve ser enfatizado que a jurisprudência de alguns Regionais Trabalhistas do país vem evoluindo no sentido de admitir na seara processual trabalhista os chamados honorários advocatícios obrigatoriais.

A fonte da verba honorária sob comento estaria nos arts. 389 e 404 do Código Civil de 2002, de aplicação subsidiária em face do permissivo contido no art. 8º, parágrafo único, da Consolidação das Leis do Trabalho.

De fato, dispõe o art. 389 do Código Civil, *verbis*: “não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado”.

Secunda o art. 404 do mesmo código que: “as perdas e danos, nas obrigações de pagamento em dinheiro, serão pagas com atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, abrangendo juros, custas e honorários de advogado, sem prejuízo da pena convencional”.

O fundamento jurídico da incidência dos honorários advocatícios obrigacionais no processo trabalhista partiria da premissa de que o descumprimento corriqueiro por parte do empregador do pagamento de verbas trabalhistas devidas ao empregado, seja no curso do pacto laborativo, seja por ocasião de sua ruptura sem justa causa, obriga o assalariado que não se vale do *jus postulandi* a contratar advogado trabalhista para defender seus interesses em juízo.

Mesmo sendo vitorioso na causa, não sendo o caso de assistência sindical, deverá retirar de seu crédito trabalhista o valor ajustado a título de verba honorária com seu patrono, sendo que na prática o gravame oscila em torno de 20% (vinte por cento) incidente sobre o alcance jurídico conquistado pelo reclamante na sentença ou no acórdão.

Em se tratando de verbas trabalhistas, de ínsita natureza alimentar, não atenderia às regras de equidade desfalcar-se o crédito do trabalhador para dele retirar o valor sempre expressivo da verba honorária, e isto em uma situação onde o empregador relapso é que deu causa ao ajuizamento da ação trabalhista, mostrando-se razoável que o empregado receba seus haveres trabalhistas de forma integral, repassando-se para o reclamado a obrigação de suportar os honorários advocatícios obrigacionais, no percentual que o órgão julgador fixar.

Trata-se, em suma, da aplicação do princípio de que, quem tem razão em suas pretensões de direito material e é forçado a contratar advogado para acionar a máquina judiciária para recebê-las, em face da recalcitrância abusiva e maliciosa do empresário, não deve a rigor suportar qualquer prejuízo, sob pena de consagrar-se a iniquidade e ser ferida a lógica do razoável.

Como ressaltado alhures, uma jurisprudência trabalhista mais progressista tem placitado esse entendimento, conforme se colhe dos seguintes arestos:

“HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. DEVIDOS. INADIMPLEMENTO DE OBRIGAÇÃO TRABALHISTA. LIDE DE RELAÇÃO DE EMPREGO OU DE TRABALHO. I – Hodiernamente, na Justiça do Trabalho, também são devidos honorários advocatícios pelo inadimplemento de obrigação trabalhista, por aplicação subsidiária dos arts. 389 e 404 do novo Código Civil de 2002, cuja inovação deve ser prestigiada como forma de reparação dos prejuízos sofridos pelo trabalhador, que para receber o crédito trabalhista necessitou contratar advogado às suas

expensas, causando-lhe perdas. II – Reforça esse entendimento o fato de que, com o advento da EC nº 45/04, a competência da Justiça do Trabalho alcança as ações de mera relação de trabalho, donde além dos honorários advocatícios por inadimplemento obrigacional (material), cabem também os honorários advocatícios sucumbenciais (processual), a teor da IN nº 47/05 do C. TST. III – A concessão de honorários advocatícios por descumprimento de obrigação trabalhista vem ao encontro do novo paradigma da Justiça do Trabalho que abriu a sua casa para atender a todos os trabalhadores, empregados ou não, independentemente de se tratar de uma lide de relação de emprego ou de mera relação de trabalho. IV – De sorte que a reclamada deve responder pelos honorários advocatícios, a fim de que a reparação do inadimplemento da obrigação trabalhista seja completa, isto é, a reparação deverá incluir juros, atualização monetária e ainda os honorários advocatícios, cujo ideal está em perfeita sintonia com o princípio fundamental da proteção do trabalhador.” (TRT da 15ª Região, RO nº 00924-2004-028-15-00-1, 6ª T., Juiz Rel. Edison dos Santos Pelegrini, DOESP de 04.11.05).

“HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. JUSTIÇA DO TRABALHO. RELAÇÃO DE EMPREGO. CABIMENTO. O entendimento de que no processo do trabalho não há condenação em honorários advocatícios trata-se de posicionamento que fere preceitos constitucionais e não se sustenta diante dos preceitos jurídicos que lhe dizem respeito, ainda mais diante das alterações legislativas impostas pelas Leis ns. 10.288/01 e 10.537/02 e pelo novo Código Civil, além de contrariar os mais rudimentares princípios da lógica e os ideais do movimento de acesso à Justiça.” (TRT da 15ª Região, ROPS nº 0537-1999-049-15-00-8, 6ª T., Rel. Juiz Jorge Luiz Souto Maior, DOESP de 24.06.05).

Na 4ª Turma do Egrégio Tribunal Regional do Trabalho, onde tenho a honra de atuar como presidente, sou voto vencido em matéria de honorários advocatícios obrigacionais, a uma porque, como o processo trabalhista tem lei específica (Lei nº 5.584/70) que regula os casos de condenação do empregador em honorários advocatícios, onde o pressuposto processual inarredável é a assistência sindical, não vemos como aplicar subsidiariamente o Código Civil em confronto com o Código de Processo Civil (arts. 389 e 404 do CC e art. 20 do CPC) para respaldar a incidência sem limites do princípio da sucumbência. A duas, porque a inovação proposta dependeria de lei específica de competência exclusiva do congresso nacional, no sentido de aplicar irrestritamente no processo do trabalho o princípio da sucumbência.

Ora, havendo vácuo legislativo não compete à jurisprudência invocar sua índole progressista e inovadora para invadir o espaço constitucional reservado ao legislador positivo.

Oportuna, igualmente, a observação de que grassa dúvida sobre a competência da Justiça do Trabalho para apreciar pedido de honorários advocatícios obrigacionais postulados pelo empregado em face do empregador, haja vista que, como ressaltado alhures, a única forma assegurada no direito positivo brasileiro para se conferir ao trabalhador a percepção de honorários advocatícios com lastro no princípio da sucumbência reporta-se àquelas situações em que não existe prestação de labor com tónus subordinativo, mas mera relação de trabalho, nos moldes da ampliação da competência trabalhista gizada na Emenda Constitucional nº 45/04 e que foi objeto de regulamentação na Instrução Normativa nº 37/05/TST, donde se conclui que a competência para apreciar litígio dessa natureza seria da Justiça Comum e não da Justiça do Trabalho.

Dentro dessa ótica temos precedentes jurisprudenciais, no âmbito da Justiça Comum, ora concedendo ora denegando o pedido de honorários advocatícios obrigacionais, conforme se colhe dos seguintes arestos:

Em sentido favorável.

“DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULA Nº 211/STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. COTEJO ANALÍTICO E SIMILITUDE FÁTICA. AUSÊNCIA. VIOLAÇÃO DA COISA JULGADA. RECLAMAÇÃO TRABALHISTA. HONORÁRIOS CONVENCIONAIS. PERDAS E DANOS. PRINCÍPIO DA RESTITUIÇÃO INTEGRAL. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO CÓDIGO CIVIL. 1. A ausência de decisão acerca dos dispositivos legais indicados como violados, não obstante a interposição de embargos de declaração, impede o conhecimento do recurso especial. 2. O dissídio jurisprudencial deve ser comprovado mediante o cotejo analítico entre acórdãos que versem sobre idênticas situações fáticas. 3. A quitação em instrumentos de transação tem de ser interpretada restritivamente. 4. Os honorários convencionais integram o valor devido a título de perdas e danos, nos termos dos arts. 389, 395 e 404 do CC/02. 5. O pagamento dos honorários extrajudiciais como parcela integrante das perdas e danos também é devido pelo inadimplemento de obrigações trabalhistas, diante da incidência dos princípios do acesso à justiça e da restituição integral dos danos e dos arts. 389, 395 e 404 do CC/02, que podem ser aplicados subsidiariamente no âmbito dos contratos trabalhistas, nos termos do art. 8º, parágrafo único, da CLT. 6.

Recurso especial ao qual se nega provimento.” (REsp nº 1.027.797/MG, Relª Minª Nancy Andrighi, STJ, 3ª T.).

Em sentido desfavorável.

“AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. PERDAS E DANOS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. DESPESAS COM O AJUIZAMENTO DE RECLAMAÇÃO TRABALHISTA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PARA A RESPONSABILIDADE CIVIL. A contratação de advogado particular, mediante remuneração, para o ajuizamento de ação trabalhista, não induz a responsabilidade civil da ex-empregadora, uma vez que esta não participou da relação contratual, não praticou qualquer ilícito relacionado à contratação de advogado e nem interferiu no valor dos honorários advocatícios contratados.” (TJMG, Proc. nº 1.0223.08.267.285-6/001, DE 22.03.2010, Rel. Des. Alvimar de Ávila).

Com relação aos dois arestos supracolacionados, o insigne advogado Sérgio Santos Rodrigues, observa que não pode concordar com a vertente jurisprudencial permissiva da indenização civil pelo valor dos honorários advocatícios contratados pelo trabalhador com o causídico de sua preferência, isto, “primeiramente, pelo fato de não haver obrigação para que um postulante em juízo contrate um advogado particular”.

Ou seja, “para um acesso à Justiça com qualidade, não é necessária a contratação de um advogado particular, já que, caso a parte não tenha recursos, pode usar os serviços da competente Defensoria Pública, órgão para o qual o concurso de ingresso exige muito de seus postulantes. Quanto ao aspecto confiança, de suma importância, há de se relevar que não pode ser o único critério para justificar a contratação de um profissional, ainda mais quando não se tem recursos. Se esse raciocínio prevalecer, basta, então, procurar os advogados mais caros do país sob a alegação de que só se confia neles. E nesse aspecto, entramos em outro debate de suma relevância: e se os honorários cobrados pelo advogado forem muito altos? Quem sabe o preço do trabalho é só seu próprio prestador. Nesse caso, se um empregado contrata um advogado de renome nacional que lhe cobra metade do que conseguir ganhar na Justiça, poderia o Poder Judiciário, na ação que tramita na Justiça Comum que pede o ressarcimento desse valor, discutir se o valor cobrado foi justo ou injusto? Tal situação seria temerária” (RODRIGUES, Sérgio Santos. Despesa com advogado em ação trabalhista; pode o empregado cobrar da empresa? In: O Direito Passado a Limpo, Caderno Direito e Justiça do Jornal *Estado de Minas*, 14.03.2011, p. 7).

E feita abstração de todas essas discussões, diríamos mais que a aplicação irrestrita do princípio da sucumbência no processo trabalhista traria gravame irreparável para o trabalhador, sempre economicamente débil, nas causas trabalhistas julgadas improcedentes, sabido que o princípio da igualdade das partes que deve reinar na teoria processual impediria que só o empregador fosse apenado, regra flagrantemente inconstitucional pelo seu caráter visivelmente discriminatório.

De qualquer sorte, com respaldo meramente pretoriano e não legal, mostra-se inaplicável para os honorários advocatícios obrigacionais a tese jurídica do chamado pedido implícito, sendo que tal verba para constar da condenação deve ser adredemente inserida na petição inicial, em obséquio ao princípio da consubstanciação.

Formulado o pedido em epígrafe na peça vestibular, os embargos declaratórios poderão ser ajuizados, após a emissão da sentença ou do acórdão, nos casos clássicos legalmente previstos no art. 535 do CPC, ou seja, com o desiderato de escoimar do julgado obscuridade, contradição e ou omissão que pudessem comprometer neste aspecto sua imediata inteligibilidade.

### 7 – EMBARGOS DECLARATÓRIOS E ERROS MATERIAIS

Finalizando a noção geral sobre os embargos declaratórios no processo trabalhista devemos enfatizar que quando a sentença ou o acórdão não padecer dos vícios clássicos que viabilizam sua interposição (obscuridade, contradição e omissão) e sim de meros erros de escrita ou de cálculo traduzidas em inexatidões materiais, pode o juiz, de ofício, ou a pedido da parte, através de simples petição, saná-los para restar alcançada a perfeita e escoreita inteligibilidade do julgado.

Neste sentido temos a redação do art. 833 da CLT, que concede ao juiz a faculdade de, a seu talento, determinar seja corrigida a sentença, sendo que a Procuradoria da Justiça do Trabalho também ostenta legitimidade para tal. Esta, aliás, também é a regra imperante no código de processo civil, pois do art. 463, I, do CPC, se colhe que o juiz pode, por sua iniciativa ou a requerimento da parte, alterar a sentença para corrigir inexatidões materiais ou lhe retificar erros de cálculo.

Em que pese o art. 833 da CLT estabeleça que a correção de erros de escrita ou de cálculo pode ser efetuada mesmo após o trânsito em julgado da sentença, traça em seguida um limite indevido ao excepcionar a possibilidade de correção quando a execução trabalhista tiver iniciada.



O dispositivo consolidado em comento foi infeliz ao impor veto à correção de erros materiais simplesmente verificáveis da sentença ou do acórdão se e quando iniciada a execução, haja vista que o erro material não importa alteração nem substancial nem mínima do julgado, de molde a fazer incidir a literalidade do art. 879, § 1º, da CLT, no sentido de que na liquidação, não se poderá modificar, ou inovar, a sentença liquidanda, já que a coisa julgada permanece intacta, porém, corrigida em meros erros de grafia ou de cálculo.

### 8 – EMBARGOS DECLARATÓRIOS E PREQUESTIONAMENTO NO PROCESSO DO TRABALHO

Resta abordar, por último, o papel dos embargos declaratórios como remédio jurídico colocado à disposição das partes para prequestionar a suposta ofensa ao texto constitucional ou federal, perpetrada no julgado, com o fito de tornar possível, ulteriormente, o manejo dos chamados recursos extraordinários ou de índole excepcional.

Principiemos pelo esboço histórico do instituto jurídico do prequestionamento.

Conforme preleciona Alfredo Buzaid, o prequestionamento tem a sua origem na Lei Judiciária (*Judiciary Act*) norte-americana, de 24 de setembro de 1789. Referida lei criou o recurso de *writ of error*, pelo qual a parte pode recorrer das decisões das Justiças Estaduais à Corte Suprema quando se questiona acerca da validade de tratado, lei ou ato praticado por autoridade da União e a decisão é contrária a essa validade; ou quando se questiona sobre a validade de uma lei, ou de um ato cometido por autoridade de algum Estado, sob o fundamento de que repugna à Constituição, tratados ou leis dos Estados Unidos e a decisão é favorável à validade; ou se questiona sobre algum título, direito, privilégio ou imunidade, reclamados segundo a Constituição, tratado ou lei federal sendo o ato de autoridade exercida pelos Estados Unidos e a decisão é contrária ao título, direito, privilégio ou imunidade.

Assim, para a doutrina e jurisprudência prevalente nos Estados Unidos, o *writ of error* só é admitido caso a questão federal suscitada haja sido apreciada com clareza pelo tribunal estadual (*Extrato do voto proferido nos Embargos no Recurso Extraordinário nº 96.802, publicado no RTJ n. 109/299*).

Ou seja, no direito norte-americano, foi exigido explicitamente o requisito do prequestionamento prévio em face do tribunal local que vai apreciar o recurso interposto contra a decisão de um juiz singular, sendo imprescindível a



prévia discussão da validade da lei ou do tratado questionado, sem o que ficaria vedado o acesso das partes à Corte Suprema.

No Brasil temos que o Decreto nº 848, de 1890, foi o primeiro diploma legal a prever o prequestionamento, tendo sido posteriormente incorporado na Constituição Republicana de 1891, como requisito imprescindível ao manejo de recurso perante o excelso Supremo Tribunal Federal.

A Magna Carta de 1934 repetiu a exigência do prequestionamento em seu art. 76, ali qualificado como “questionamento”, conforme se colhe do art. 76, 2, III, *a*, sendo que a sua exigibilidade era feita quando a decisão fosse contrária a literal disposição de tratado ou de lei federal, cuja aplicação se haja questionado.

A Constituição Federal de 1937 manteve a exigência do questionamento.

A Constituição outorgada de 1967 não fez qualquer menção ao prequestionamento como pressuposto indispensável à veiculação do recurso extraordinário para a excelsa Corte, grassando dúvida na doutrina da época se este pré-requisito ainda era exigível. Pacificando a questão, o excelso Supremo Tribunal Federal editou as Súmulas ns. 282 (É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada) e 356 (O ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento).

A Constituição Federal de 1988, tendo em vista que o Supremo Tribunal Federal estava abarrotado com o exame de recursos extraordinários, cuja antiga admissibilidade pressupunha ofensa à Constituição ou a lei federal, acabou dissociando o referido recurso excepcional, ficando reservada para a Suprema Corte apenas a questão constitucional, através do uso do recurso extraordinário, criando-se então o Tribunal Superior de Justiça que teve a incumbência de, através do julgamento de recurso especial, apreciar as questões envolvendo a aplicação de lei federal.

A verdade é que a criação do recurso especial não resolveu o problema dos tribunais superiores no Brasil, eis que tanto o Supremo Tribunal Federal como o Superior Tribunal de Justiça ainda continuam sobrecarregados de processos, principalmente após a edição da Constituição Federal de 1988 que despertou em nosso país a noção de cidadania, em face da sensível ampliação dos direitos individuais e coletivos, inclusive os direitos sociais, tornando ainda o advogado indispensável à administração da justiça, tendo tudo isso contribuído para a sobrecarga de trabalho de nossos órgãos judiciais, tanto de primeira quanto de segunda instância, sendo que a situação mais crítica continua sendo

a dos tribunais superiores, onde passa a existir um ponto de estrangulamento na apreciação célere dos litígios, máxime pela pletora de recursos excepcionais que são encaminhados para sua decisão, situação que justifica que a interpretação das normas concernentes à admissibilidade desses apelos de índole extraordinária seja empreendida de forma bastante restritiva. O requisito do prequestionamento e a edição de súmulas que dificultam a interposição desses recursos constitui medidas tendentes a minimizar a sobrecarga de recursos excepcionais que deságuam nos tribunais superiores.

Curioso observar que na Magna Carta de 1988 o prequestionamento não é exigido de forma expressa e literal como o foi nas constituições anteriores, e sim de forma implícita porque ela pressupõe como condição de admissibilidade dos recursos constitucionais excepcionais (recurso extraordinário e recurso especial) que a questão debatida (ofensa ao texto constitucional ou à literalidade da lei federal) tenha sido previamente decidida pelo órgão judicial de cuja decisão se recorre para os tribunais superiores.

Fazendo-se um cotejo entre o recurso extraordinário brasileiro e o chamado *writ of error* norte-americano, onde aquele se abeberou, chegamos à seguinte singularidade: em que pese inspirado naquele modelo norte-americano, o recurso extraordinário brasileiro, criado em 1890, teve o manifesto desiderato de tornar possível uma uniformização da interpretação do direito constitucional e infraconstitucional, tendo sido atribuído ao Supremo Tribunal Federal a competência privativa para processá-lo e julgá-lo.

Existem, contudo, pontos de dessemelhança sensíveis entre um e outro instituto jurídico, ou seja, entre o nosso modelo de preservação do direito constitucional e o modelo alienígena norte-americano.

Nos Estados Unidos da América a criação do *writ of error* teve uma importância incomensurável, principalmente porque suas unidades federativas possuíam uma competência legislativa própria ou privativa, tornando-se bem por isso imprescindível a existência de um remédio jurídico constitucional que assegurasse a supremacia do direito federal sobre o direito local, bem como a uniformização de sua interpretação, com o fito inescandível de se preservar a própria unidade da Federação.

No tocante ao juízo de admissibilidade desse apelo de índole excepcional é que se acentua a grande diferença existente entre o modelo norte-americano e o nosso congêneres brasileiro.

Ou seja, a diferença primacial entre o processamento dos recursos extraordinários nos nossos tribunais superiores e o seu correspondente no direito

norte-americano consiste exatamente no juízo de admissibilidade, como dito, isto porque no nosso ordenamento jurídico, os requisitos de admissibilidade constituem hipóteses rigidamente previstas no texto constitucional, às quais estão irremediavelmente adstritos os tribunais superiores, ao passo que no modelo americano, esse juízo de admissibilidade fica relegado à discricionariedade da Suprema Corte dos EUA, que realiza uma espécie de filtragem, pela qual só logram acesso à Corte Ápice os processos suficientemente relevantes ou significativos (*important or meritoris*) que efetivamente justifiquem uma revisão.

Assim, tendo em vista que em nosso ordenamento jurídico os requisitos de admissibilidade dos recursos de índole extraordinária constituem hipóteses rigidamente previstas no texto constitucional ou na legislação infraconstitucional (recurso de revista trabalhista) e são analisados com extremo rigor, inserindo-se dentre eles o requisito do prequestionamento, urge então explicitar não somente o seu conceito, como também a sua natureza jurídica.

Consultando-se os léxicos não se encontra o termo prequestionamento, carente portanto de dicionarização, mas que nem por isso deixa de ser do conhecimento corriqueiro dos profissionais que militam no foro e dos operadores do direito em geral, posto que, na terminologia processual, teria o significado de, previamente e de forma expressa e taxativa, aflorar, discutir, ventilar ou, mais propriamente, questionar perante o órgão julgador determinada matéria ou tema, principalmente nos recursos excepcionais, a ofensa a dispositivo da constituição federal ou a dispositivo de lei federal, com o manifesto propósito de possibilitar aos tribunais superiores reexaminar o assunto em grau recursal.

Fácil inferir, todavia, que a finalidade primacial do prequestionamento é de que os tribunais superiores possam manifestar-se sobre a matéria controversa posta e apreciada pela instância *a quo*, de modo que o tribunal superior, em grau recursal, possa sem dificuldade proceder à respectiva *fattispecie*, ou seja, enquadrar a hipótese temática suscitada no apelo na moldura legal pertinente, com a consequente emissão de um juízo de valor, quer positivo (dando-se pela infringência ao texto constitucional ou legal prequestionado) ou negativo (não se divisando ofensa ao texto constitucional ou legal prequestionado), sendo que neste último caso o apelo excepcional seria desprovido em seu mérito.

O prequestionamento tem estreita afinidade com o princípio da eventualidade, também conhecido como da defesa concentrada, que no procedimento contencioso exige que as partes, autor e réu, proponham todos os meios de defesa e de ataque de uma só vez, mesmo que guardem certa contraditoriedade entre eles, sob pena de, não o fazendo, ficar impedido de aflorar a questão posteriormente, em virtude da ocorrência de preclusão consumativa.

A doutrina tem assim apontado as finalidades básicas do prequestionamento: a) evitar a supressão de instância, de modo que nenhum juiz ou tribunal deixe de analisar a questão, até o envio ao Tribunal Superior (Súmula nº 281 do excelso STF); b) manter a ordem constitucional das instâncias no sistema jurídico brasileiro, segundo a ordem dos juízes e tribunais previstas nos códigos e na constituição federal; c) evitar a surpresa da parte contrária, na medida em que ela poderia desconhecer a matéria analisada em grau de recurso excepcional, na hipótese de ausência da necessidade do prequestionamento.

O prequestionamento, como é curial, informa exclusivamente a índole dos recursos de natureza extraordinária ou excepcional, de competência dos tribunais superiores, que veiculam exclusivamente matéria de direito, eis que tem como função precípua uniformizar o entendimento do direito federal e de assegurar proteção às normas constitucionais, não sendo, portanto, requisito de admissibilidade de recursos na instância ordinária, cuja finalidade é outra, ou seja, corrigir a injustiça eventualmente cometida pelos órgãos judiciais, através da ampla possibilidade do revolvimento de fatos e de provas.

Vejamos, pois, como tem sido abordado o tema do prequestionamento no âmbito dos chamados recursos extraordinários ou excepcionais, ou seja, do recurso extraordinário (STF), do recurso especial (STJ), recurso de revista (turma do TST) e recurso de embargos para a SDI-TST. Esta abordagem prévia a respeito do prequestionamento, ou seja, uma visão jurídica geral sob a sua aplicação prática é interessante porque ele informa a índole, como dito, de todos os apelos excepcionais, sendo que na parte final deste trabalho é que será analisada a incidência do prequestionamento no âmbito dos recursos trabalhistas excepcionais propriamente dito, quando serão ressaltadas as peculiaridades que lhes dizem respeito.

Na parte que nos interessa preceitua o art. 102, item III, *a*, da Constituição Federal que compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente a guarda da Constituição, cabendo-lhe julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida contrariar dispositivo desta Constituição. E o art. 105, item III, *a*, da mesma Carta Magna enfatiza que compete ao Superior Tribunal de Justiça julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência.

Como funciona, então, no âmbito do recurso extraordinário e do recurso especial o requisito do prequestionamento?

Existem duas posições jurídicas distintas quando se examina o prequestionamento no âmbito do recurso extraordinário e do especial.

O primeiro posicionamento afina-se com o significado morfológico do termo, ou seja, só existiria o prequestionamento quando a parte tenha efetivamente suscitado previamente a questão relativa à ofensa a dispositivo da Constituição Federal ou de lei federal.

Sob este prisma é necessário que exista previamente um ato da parte que suscite a matéria controvertida antes que sobrevenha a decisão que será objeto de recurso especial ou extraordinário.

A vantagem que advém para a parte desse primeiro posicionamento é a de que, mesmo se o tribunal não apreciar a questão suscitada, a parte teria assegurada a via do recurso especial ou extraordinária, que seria veiculado para alcançar o exame da questão não apreciada pelo tribunal de apelação, pois de qualquer sorte, como era de seu dever processual, a parte teve o cuidado de explicitamente prequestionar a matéria de ordem legal ou constitucional.

O segundo posicionamento é mais rígido e não beneficia de forma tácita a parte recorrente, porque o prequestionamento só seria configurado se, suscitado pela parte, a questão federal ou constitucional venha a ser efetivamente analisada pelo órgão julgador. Compete à parte, através de embargos declaratórios, provocar o órgão judicial recalcitrante para que o mesmo se pronuncie sobre a questão federal ou constitucional, porque o prequestionamento deriva de um ato do julgador e não de uma iniciativa da parte, em que pese corriqueiramente a atuação do julgador seja quase sempre decorrente, ressalvadas as questões de ordem pública, de um pedido explícito da parte.

A corrente jurídica que vem sendo prestigiada pelos tribunais superiores é a que exige que o órgão judicial tenha adotado tese jurídica explícita a respeito da questão federal ou constitucional.

Dentre desta perspectiva, o que se terá como indispensável é o exame da questão pela decisão recorrida, que estará assim devidamente prequestionada, pois isso sim, deflui da natureza do próprio recurso extraordinário e especial, tal como posto e exigido na Carta Constitucional. Ou em termos simplistas: como o recurso extraordinário destina-se, como visto, a garantir a exata aplicação da constituição, faltaria razão para a sua interposição, se da norma constitucional não tratou especificamente a decisão impugnada.

O mesmo se aplica ao recurso especial, pois não há como fazer o controle quanto à correta aplicação de tratado ou lei federal, se a decisão objurgada não enfrentou a matéria em discussão. Não poderia o julgado contrariar a norma

constitucional ou federal, ou às mesmas ter negado vigência, se a questão federal não foi versada na decisão recorrida.

Ainda levando-se em conta a corrente jurídica prestigiada pelos tribunais superiores, a vantagem jurídica de sua prevalência consiste em que pouco importa se a parte tenha suscitado ou não a questão federal (muito embora o corriqueiro seja a parte interessada fazê-lo), porque se a decisão tiver apreciado uma questão federal que não foi previamente suscitada pela parte, seja por que motivo for, geralmente isto acontece no âmbito das questões processuais de ordem pública, a questão federal originariamente suscitada e apreciada na decisão judicial recorrida poderá embasar, sim, o manejo do recurso extraordinário ou especial, se se reputar vilipendiado texto constitucional ou lei federal ou, se de igual modo, sustentar-se a sua negativa de vigência.

Em suma: a condição sem a qual não se adentra o mérito do recurso extraordinário ou especial é o exame da questão pela decisão recorrida, tenha sido ela suscitada pela parte interessada, e quedado omissa o julgado, tenha aviado embargos declaratórios ou de ofício pelo órgão judicial julgador, pois em ambas as hipóteses estará iniludivelmente caracterizado o prequestionamento. Esta é a escoreita inteligência da Súmula nº 211 do STJ. (Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal *a quo*).

Neste sentido flui a abalizada opinião do Ministro Eduardo Ribeiro, do STJ, hoje aposentado, no sentido de que, compulsando-se os dispositivos constitucionais que regem os apelos excepcionais, “nota-se que não se alude a ter sido ou não tratada a questão anteriormente por alguma das partes. Em relação ao ponto omissa falta prequestionamento, haja ou não sido exposta a discussão, que está em perfeita consonância com o que vimos explanando, quanto ao conteúdo desse pressuposto de admissibilidade. Seria insustentável a afirmação de que existiria o prequestionamento, desde que ventilada a matéria no debate processual, ainda que nada se houvesse decidido. Assim, para a caracterização do prequestionamento mostra-se imprescindível o exame da questão pela decisão recorrida.

Poder-se-ia argumentar contra a corrente jurídica majoritária supraexposta que o prequestionamento da matéria para propiciar o conhecimento dos recursos de índole excepcional, seja violação da constituição ou da lei federal, não obstante oportunamente buscado, não constituiria exigência absoluta, bastando que a parte, mediante a interposição de embargos declaratórios, postule prestação jurisdicional suplementar, visando a sanar omissões de que padeceria o acórdão recorrido.

O próprio conteúdo dos embargos declaratórios já revelaria de forma exuberante o prequestionamento necessário no tópico em que o tribunal de origem, recalcitrante, omite-se injustificadamente em lançar tese jurídica es-correita a respeito da questão federal, não podendo bem por isso empecer o conhecimento do recurso excepcional.

Dentro dessa ótica, a rejeição dos embargos declaratórios, caracteriza-dora de recusa do órgão judicante em suprir a omissão apontada pela parte, não obstará a que a matéria omitida seja desde logo examinada pela Corte Superior, desde que sobre a questão federal tivesse o tribunal que emitir juízo de valor explícito, sob pena de restar inalcançado sempre o pronunciamento do órgão judicial *ad quem*, sob pena de conduzir-se ao paroxismo e à verdadeira denegação de Justiça, se e quando respaldada a inadmissibilidade do apelo excepcional pela Corte Superior mesmo quando o órgão judicial *a quo* renite em negar a outorga da completude da tutela jurisdicional, situação esdrúxula que equivaleria ao odioso *non liquet*.

Atento a tal peculiaridade, o STJ vinha considerando prequestionada a questão federal quando, provada por embargos declaratórios, o órgão judicial renitisse em apreciá-la, quando então era adentrado o mérito do recurso especial.

Mais recentemente, contudo, prevalece a tese jurídica do pronunciamento explícito na decisão recorrida da questão federal, sendo que na hipótese de o órgão judicial *a quo* negar-se a abordá-la de forma explícita, mesmo diante da interposição de um ou mais embargos declaratórios, restaria à parte o dever processual de suscitar no recurso especial preliminar de nulidade por negativa de prestação de tutela jurisdicional, invocando os dispositivos legais e constitu-cionais violados, que acolhida pelo tribunal superior, importaria na determinação por parte desta Corte de que o órgão judicial aprecie os embargos declaratórios e conseqüentemente a questão federal suscitada, sendo que somente a partir daí, inserção na decisão recorrida da questão federal, é que caberia, em tese, o recurso excepcional.

Neste sentido existe precedente jurisprudencial, inclusive, do excelso Supremo Tribunal Federal, conforme se colhe do julgamento do Agravo Re-gimental nº 135.378-9/SP, onde atuou como relator o Ministro Marco Aurélio, assim vazado:

“RECURSO. NATUREZA EXTRAORDINÁRIA. PREQUES-TIONAMENTO. PRESTAÇÃO JURISDICIONAL INCOMPLETA. A razão de ser do prequestionamento como pressuposto de recorribilidade de todo e qualquer recurso de natureza extraordinária – revista traba-



lhistas (TST), especial (STJ), extraordinário *stricto sensu* (STF) – está na necessidade de proceder-se o cotejo para dizer-se do atendimento ao permissivo meramente legal ou constitucional. A ordem jurídica agasalha remédio próprio ao afastamento da omissão – os embargos declaratórios – sendo que a integração do decidido cabe ao próprio órgão prolator do acórdão. Persistindo o vício do procedimento e, portanto, não havendo surtido efeito os embargos declaratórios, de nada adianta veicular no recurso de natureza extraordinária a matéria de fundo, sobre a qual não emitiu juízo o órgão julgador. Cumpre articular o mau trato aos princípios constitucionais do acesso ao Judiciário e da ampla defesa, considerada a explicitação contida no inciso LV do art. 5º da Constituição Federal. Então, a conclusão sobre a existência do vício desaguará não na apreciação da matéria sobre a qual silenciou a Corte de origem, mas na declaração de nulidade do acórdão tido por omissor.”

Muito embora, como dito, o essencial é que a decisão recorrida tenha apreciado a questão federal, com ou sem provocação da parte interessada, a doutrina ainda assim discorre sobre as espécies de prequestionamento, em explícito, implícito, numérico e ficto.

Dá-se o prequestionamento explícito quando as questões do recurso excepcional foram debatidas e sobre elas o Tribunal vem a emitir juízo de valor ou tese explícita a respeito. Explícito, portanto, é o prequestionamento presente, latente, na r. sentença, no caso de única instância (como nos chamados processos de alçada na Justiça do Trabalho, previstos na Lei nº 5.584/70 e que ficam sujeitos a recurso extraordinário quando versem matéria constitucional), ou no acórdão, no caso de última instância.

Pquestionamento implícito é aquele cuja questão federal encontra-se implicitamente apreciada, e isto se dá quando houver abordagem expressa da parte interessada, sem que, contudo, o tribunal venha a pronunciar-se sobre a matéria, ou ainda porque a matéria está englobada ou conjuminada com outro tema diverso abordado no julgado.

Como visto acima, os tribunais superiores prestigiam a corrente jurídica que exige o prequestionamento explícito, sendo que quando o mesmo é feito de forma meramente implícita, conforme hipótese alhures aventadas, o recurso excepcional esbarra no juízo de admissibilidade, já que os requisitos de aceitação dessa forma extraordinária de apelo são examinados sob severo rigor.

Resta definir o que seria o chamado prequestionamento numérico. Dele podemos dizer que é aquele onde a parte individualiza os artigos, parágrafos,



alíneas de lei federal ou norma constitucional, deixando bem claro onde estaria a residir o maltrato quer à Constituição ou à lei federal. De qualquer sorte, mesmo no prequestionamento numérico, o apelo excepcional só é conhecido se os dispositivos constitucionais e legais mencionados tiverem sido taxativamente apreciados na decisão recorrida. Não basta invocá-los, é preciso que a decisão recorrida os aprecie um a um.

O abrandamento que se imprime ao prequestionamento numérico tem relação com a necessidade ou não de se abordar no recurso necessariamente os dispositivos constitucionais e legais tidos por vilipendiados, ou se seria bastante a abordagem explícita de questões jurídicas que envolvam em si as normas reputadas violadas, prevalecendo na prática este último posicionamento, como se colhe do seguinte aresto:

“PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO. EMBARGOS ACOLHIDOS. O prequestionamento consiste na apreciação e não solução pelo tribunal de origem, das questões jurídicas que envolvam a norma tida por violada, inexistindo a exigência de sua expressa referência no acórdão impugnado.” (STJ, REsp nº 162.608/SP)

Prequestionamento ficto seria aquele em que a questão é efetivamente ventilada pelas partes, mas a decisão queda omissa relativamente a tais questões federais, valendo-se as partes de embargos declaratórios aos quais é negado provimento, continuando omissa a matéria suscitada. Mesmo assim, como visto alhures, compete à parte reprisar os embargos declaratórios ou arguir no recurso extraordinário ou especial preliminar de nulidade por negativa de prestação jurisdicional.

Iniciando a abordagem do prequestionamento no âmbito do recurso de revista e de embargos interpostos para a SDI, a primeira observação a ser feita é a de que, como inexistente legislação federal expressa exigindo o prequestionamento no âmbito dos recursos excepcionais trabalhistas, a doutrina chegou a ericar a hipótese da inconstitucionalidade dessa exigência.

De fato, como visto alhures, ao traçarmos o histórico do prequestionamento, em que pese este requisito não venha exigido de forma expressa no texto constitucional de 1988, como o foi relativamente a algumas constituições anteriores, a verdade é que tanto o art. 102, item III, letra *a*, e art. 105, item III, letra *a*, ao regularem respectivamente a admissibilidade do recurso extraordinário e do recurso especial, reportam-se expressamente a “causas decididas em única ou última instância”, dicção literal que traz implícita a exigência do

prequestionamento, eis que a questão federal há de ter sido decidida em única ou última instância, não havendo pois como falar-se em ilegalidade do prequestionamento no âmbito desses apelos excepcionais porque o mesmo deflui da própria letra da Constituição da República.

Como dentre os pressupostos jurídicos de admissibilidade do recurso de revista previsto nos desdobramentos do art. 896, da Consolidação das Leis do Trabalho, não se fala em prequestionamento, seria o mesmo então inconstitucional?

A matéria foi levada ao crivo do excelso Supremo Tribunal Federal, mas o mérito da controvérsia não chegou a ser decidido porque, no entendimento daquela Corte Ápice, “a discussão sobre a legitimidade da exigência do prequestionamento como requisito de admissibilidade do recurso de revista tem natureza infraconstitucional, implicando, assim, a violação indireta ou reflexa à Constituição Federal, que não dá margem a recurso extraordinário. Com base nesse entendimento, a Turma manteve decisão do TST que não conheceu de recurso de revista por ausência de prequestionamento da matéria só então suscitada, e que não fora apreciada, portanto, pela instância inferior” (RE nº 126.237/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 16.06.00).

No âmbito dos chamados recursos trabalhistas excepcionais, o prequestionamento vem gizado na Súmula nº 297 do Colendo Tribunal Superior do Trabalho, *verbis*: “1. Diz-se prequestionada a matéria ou questão quando na decisão impugnada haja sido adotada, explicitamente, tese a respeito. 2. Incumbe à parte interessada, desde que a matéria haja sido invocada no recurso principal, opor embargos declaratórios objetivando o pronunciamento sobre o tema, sob pena de preclusão. 3. Considera-se prequestionada a questão jurídica invocada no recurso principal sobre a qual se omite o Tribunal de pronunciar tese, não obstante opostos embargos de declaração.

Em que pese a dicção do item 3 da Súmula nº 297 do Colendo TST, na prática, quando o Regional se abstém de emitir tese jurídica explícita a respeito do tema debatido no recurso ordinário, compete à parte interpor embargos declaratórios prequestionadores, para que o órgão julgador aprecie adequadamente a matéria.

Persistindo a omissão, mesmo depois de provocado o tribunal, singular ou sucessivamente, pela via dos embargos declaratórios, deve a mácula de denegação da prestação de tutela jurisdicional ser denunciada em preliminar de nulidade e de cerceamento de defesa no recurso de revista, com invocação dos dispositivos legais e constitucionais pertinentes, o qual, uma vez provido,

importará na devolução dos autos à instância *a quo* para que seja emitida nova decisão de embargos declaratórios, onde se aborde de forma explícita a questão jurídica suscitada, de molde a possibilitar o exame de seu mérito pelo Tribunal Superior do Trabalho. Dentro dessa perspectiva, temos que a OJ nº 115 da SBDI-I do TST deixa explícito que: “Recurso de Revista ou de Embargos. Nulidade por negativa de prestação jurisdicional. O conhecimento do recurso de revista ou de embargos, quanto à preliminar de nulidade de prestação jurisdicional, supõe indicação de violação do art. 832 da CLT, do art. 458 do CPC ou do art. 93, IX, da CF/88”.

E como observado alhures, o manejo de um ou mais embargos declaratórios com o nítido propósito de pré-questionar determinada matéria para viabilizar a veiculação do apelo trabalhista excepcional não tem cunho ou caráter protelatório, não podendo granjear para o embargante a aplicação de multa, sob pena de restar vilipendiado o irrestrito acesso ao Poder Judiciário para a reparação de ameaças ou lesões a direitos, que tem assento constitucional. Neste sentido, aliás, vem redigida a Súmula nº 98 do Superior Tribunal de Justiça, *verbis*: “Embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não têm caráter protelatório”.

Vale citar, à guisa de esclarecimento, as orientações jurisprudenciais da SBDI-I do Colendo TST que versam sobre o requisito do prequestionamento:

“OJ nº 62: Prequestionamento. Pressuposto de recorribilidade em apelo de natureza extraordinária. Necessidade, ainda que a matéria seja de incompetência absoluta”. A ilação que se tira desse precedente jurisprudencial é a de que a aplicação do art. 113 do CPC, ou seja, a de que a incompetência absoluta deve ser declarada de ofício e pode ser alegada, em qualquer tempo e grau de jurisdição, independentemente de exceção, só vinga no âmbito restrito da instância ordinária, uma vez que, acessada a via extraordinária do recurso de revista, a discussão de tal tese jurídica (incompetência absoluta do juízo) pressupõe tenha sido a mesma devidamente prequestionada no recurso ordinário, sob pena de inviabilizar-se sua veiculação.

“OJ nº 118: Prequestionamento. Tese explícita. Inteligência da Súmula nº 297. Havendo tese explícita sobre a matéria, na decisão recorrida, desnecessária contenha ele referência expressa do dispositivo legal para ter-se como prequestionado este”. Este precedente jurisprudencial tem correlação com o chamado prequestionamento numérico já examinado alhures, mas abrande-lhe o rigor ao dispensar a menção dos dispositivos legais ou constitucionais violados, desde que a matéria apreciada permita inferir de plano qual seria o texto legal ou constitucional maltratado pela decisão-recorrida. A boa técnica processual

recomenda, todavia, que parte aponte um a um quais seriam os dispositivos federais violados, possibilitando um exame mais acurado e detalhado de seu eventual maltrato.

“OJ nº 119: Prequestionamento inexigível. Violação nascida na própria decisão recorrida. Súmula nº 297. Inaplicável”. Se a violação ao texto constitucional ou à lei federal nasce na própria decisão objurgada, como *e.g.*, quando a tese jurídica esposada pelo julgado viola o texto constitucional previsto no art. 5º, item II, (ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei), ou quando a decisão recorrida obra em julgamento *extra petita*, com afronta aos arts. 128 e 460 do CPC, desnecessário, a toda evidência, o prequestionamento.

“OJ nº 151: Prequestionamento. Decisão regional que adota a sentença. Ausência de prequestionamento. Decisão regional que adota os fundamentos da decisão de primeiro grau não preenche a exigência do prequestionamento, tal como previsto na Súmula nº 297”. Os tribunais para bem desenvolver-se de seu ofício judicante devem fundamentar de forma ampla as suas decisões, indicando os fatos e posicionamentos jurídicos que deságuam quer na confirmação, cassação ou reforma parcial do julgado recorrido, sendo que tal exigência erige-se a primado de ordem constitucional. O tribunal que se restringe a adotar a decisão recorrida por seus próprios e jurídicos fundamentos não se desincumbe, a rigor, do desiderato constitucional. O acolhimento irrestrito da sentença de primeiro grau importa na ausência de apreciação das teses jurídicas suscitadas no apelo que, em tese, poderiam levar a Corte Regional a reformá-la, deixando bem por isso, por uma questão lógica, de existir o prequestionamento. Mesmo no âmbito do procedimento sumaríssimo onde o tribunal pode, em face de permissivo legal (art. 895, IV, *in fine*, da CLT), confirmar a sentença pelos seus próprios fundamentos, deve a parte previamente aviar embargos declaratórios para obter pronunciamento explícito sobre as teses jurídicas que deseje veicular através de interposição do recurso excepcional de revista, observada ainda as restrições legais que a lei consolidada impõe neste tipo de procedimento.

“OJ nº 256: Prequestionamento. Configuração. Tese explícita. Súmula nº 297. Para fins do requisito do prequestionamento de que trata a Súmula nº 297, há necessidade de que haja, no acórdão, de maneira clara, elementos que levem à conclusão de que o Regional adotou tese contrária à lei ou à Súmula”. Trata-se de um desdobramento da OJ de nº 118, relacionada com o chamado prequestionamento numérico, cujo rigor é abrandado ao prescindir a citação dos dispositivos federais violados, desde que a matéria suscitada possa inferir-lhes o teor.

Como enfatizado alhures, os chamados recursos excepcionais ou extraordinários não admitem o revolvimento de fatos e provas pelo tribunal competente para apreciá-los, eis que somente questões de direito, ligadas à aplicação de uma norma federal, podem constituir seu objeto. No que pertine ao recurso de revista trabalhista, esta vedação vem expressa na Súmula nº 126, onde taxativamente se diz que “incabível o recurso de revista ou de embargos (arts. 896 e 894, *b*, da CLT) para reexame de fatos e provas”.

Oportuno trazer a lume, neste passo, a judiciosa observação feita pelo processualista Ovídio A. Baptista da Silva, em seu *Curso de Processo Civil*, v. 1, Processo de Conhecimento, 6. ed., RT, que assim se pronuncia: “A discriminação, no entanto, do que seja uma ‘questão de fato’ e o que se possa definir como uma *quaestio iuris*, capaz de alimentar o recurso extraordinário, nem sempre é fácil, ou possível, na prática. Casos há em que o Supremo Tribunal Federal, para apreciar uma ‘questão federal’ (*quaestio juris*), terá, inevitavelmente, de pesquisar a prova dos autos. Isto ocorre sempre que se trate dos chamados ‘conceitos indeterminados’, como o são os de falta grave, injúria, bons costumes etc. Figure-se a hipótese de controverter-se na causa a aplicação de uma lei federal que proteja as obras de arte, alegando um dos litigantes que tal norma tutelar não se aplica ao caso litigioso porque a obra em questão não poderia ser qualificada como obra de arte, no sentido legal. Se a parte sucumbente levar esta questão ao exame do Supremo Tribunal Federal, em recurso extraordinário, a corte não terá outra alternativa senão avaliar novamente a prova, analisando, com muita probidade, as provas técnicas e periciais constante dos autos, para determinar se a obra em questão é realmente uma obra de arte ou não. É que o conceito ‘obra de arte’ é um conceito indeterminado” (HORST-EBERHARD HENKE. *La cuestión de hecho* – El concepto indeterminado en el derecho civil y su casacionabilidad, p. 170).

Trata-se, em todas estas hipóteses, de exame da prova com a finalidade de qualificar corretamente os fatos discutidos na causa (JUAN CARLO HITTERS. *Técnica de los recursos extraordinários y de casación*, n. 102), que a doutrina moderna considera erro de direito, e não uma mera *quaestio facti*, impossível de ser apreciada em grau de recurso extraordinário.

Para indicar que o recurso extraordinário não permite o exame das questões de fato controvertidas na causa e decididas pelas instâncias ordinárias, é frequente dizer-se que, em tal instância, é vedado o reexame da prova. Neste sentido, aliás, existe até a Súmula nº 279 do STF, com o seguinte enunciado: “Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”. Nos Embargos em Recurso Extraordinário nº 58.714 (ROBERTO ROSAS, Direito

Sumular, p. 111), de que foi relator o Min. Moacyr Amaral Santos, decidiu o STF que “não cabe recurso extraordinário quando o acórdão recorrido deu determinada qualificação jurídica a fatos delituosos e se pretende atribuir aos mesmos fatos outra configuração, quando essa pretensão exige reexame de prova” (RTJ-46/821).

O Supremo Tribunal Federal, em inúmeras decisões posteriores, no entanto, parece ter superado definitivamente esta limitação absoluta referente à vedação que se lhe pretende impor quanto ao “reexame da prova” em recurso extraordinário, distinguindo entre as situações em que uma operação deste gênero corresponderia realmente a uma decisão sobre “questão probatória” e os casos em que um tal “reexame” teria por fim avaliar simplesmente a prova, para a correta determinação do direito aplicável ao caso. Esta orientação é, aliás, antiga no seio de nossa Suprema Corte, tendo já se manifestado no voto proferido pelo Min. Vilas Boas, no Recurso Extraordinário nº 57.420, onde este procurou, com perfeita correção e acuidade, distinguir entre apreciação de prova, vedada em recurso extraordinário, e valorização da prova, possível sempre, nesta instância, quando uma operação deste gênero seja necessária para a adequada decisão a respeito da questão referente à aplicação do direito federal (João Carlos Pestana de Aguiar, *Comentários...*, v. 4, p. 36).

No Recurso Extraordinário nº 65.721 (RTJ 59/439), apreciando uma ação de separação judicial em que se discutia a existência de injúria grave, capaz de dar lugar à separação, declarou o STF: “(...) o que o verbete 279 da Súmula proíbe é o conhecimento do recurso extraordinário para simples reexame da prova, mas o faz, como de logo se conclui, sem vedar cabimento do recurso para o efeito de o STF avaliar a prova dos fatos que entram na composição do direito, formando uns e outros acabada complexidade”. Neste mesmo sentido, veja-se o importante clarividente voto do Min. Aliomar Baleeiro proferido no ERE nº 77.539 (RTJ 74/144), onde se faz a distinção entre “nova qualificação jurídica do ato” a respeito do qual se controverte.

Buscando um critério que permite uma solução adequada para a distinção entre uma “questão de fato”, cujo exame seja vedado ao juízo da cassação ou, em nosso caso, em sede de recurso extraordinário, e uma “questão de direito”, que envolva valoração da prova e, como tal, admissível nestas instâncias, Guido Calogero (*La lógica del giudice e il suo controllo in cassazione*, n. 52) mostra que o julgador, ao tratar de estabelecer a existência dos fatos no processo, age como o historiador que estivesse a investigar as fontes históricas para descrever os fatos que sua pesquisa irá indicar como tendo ocorrido. Depois disso – uma vez determinada a existência dos fatos –, caberá ao julgador interpretá-los,

numa “fase terminal” da análise da prova, agora não mais para determinar a pura existência, mas para qualificar os fatos cuja existência ele dera como certa e enquadrá-los no esquema legal. Esta última operação não corresponde mais a uma simples “questão probatória”, mas equivale, ao contrário, a uma *quaestio iuris* capaz de ser apreciada e decidida em recurso extraordinário.

E no caso específico do direito do trabalho, prossegue o autor:

“Tome-se, por exemplo, o conceito de insubordinação, empregado pelo direito do trabalho para caracterizar uma falta grave capaz de legitimar a rescisão do contrato laboral. Certamente a insubordinação não se encontra na natureza como fato, sendo antes uma elaboração categorial, produto da razão humana, a respeito de fatos. O processo, onde se investe a ocorrência de uma falta grave deste tipo, irá reunir uma série de fatos, indicativos de um comportamento do empregado, com base nos quais elaborará o julgador o conceito de insubordinação. Ao juízo do recurso extraordinário será vedado reapreciar a prova da existência dos fatos, com base nos quais as instâncias ordinárias decidiram pela ocorrência de uma falta grave, sendo-lhe vedado, por exemplo, afirmar que o empregado não agrediu o patrão ou que não está provado nos autos haver o mesmo se recusado a executar as tarefas que lhe foram atribuídas pelo empregador. Isto seria apreciação de uma ‘questão probatória’, ou de fato, somente admissível nas instâncias ordinárias. O Supremo Tribunal Federal poderá, no entanto, a partir dos fatos cuja existência seja incontroversa nos autos, qualificá-los corretamente para negar que os mesmos configurem uma insubordinação e, pois, para recusar a existência de falta grave”. (Apud Ovídio A. Baptista da Silva, op. cit., p. 456-459)

A longa citação foi feita propositalmente para deixar evidenciado que também no recurso de revista será possível ao Tribunal Superior do Trabalho reanalisar os fatos incontroversos dos autos, para qualificando-os corretamente, manter ou não uma determinada falta grave. Se e quando interposto o recurso de revista vier o Presidente do Tribunal ou quem de direito simplesmente denegar sua veiculação com lastro na Súmula nº 126 do TST, caberá à parte interessada opor embargos declaratórios para deixar evidente que o que se almeja com o recurso de revista não é o reexame puro e simples da prova carreada ao bojo dos autos, e sim a sua correta avaliação, para deixar patente que restou vulnerada a literalidade da lei federal.



# EFICÁCIA TEMPORAL DA REVOGAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES\*

Luiz Guilherme Marinoni\*\*

## 1 – INTRODUÇÃO

A autoridade dos precedentes dos tribunais superiores é fundamental para a coerência da ordem jurídica, assim como para a tutela da previsibilidade e da confiança nos atos do Poder Judiciário. Tal autoridade, no entanto, não depende apenas do respeito dos órgãos judiciais inferiores. O próprio tribunal responsável pela elaboração do precedente deve observá-lo, sem o que, em verdade, os precedentes não passariam de anúncios passageiros do semblante do Direito.

Quando os precedentes ou a jurisprudência consolidada são levados a sério, a sua estabilidade requer especial cuidado. Isto porque, como chega a ser intuitivo, a revogação de jurisprudência consolidada pode causar surpresa injusta a todos aqueles que nela pautaram suas condutas. Daí porque é imprescindível, na lógica jurídica estribada na autoridade e na obrigatoriedade dos precedentes, atentar para os efeitos da decisão revogadora de precedente ou de jurisprudência consolidada.

Nesta dimensão a eficácia das sentenças exige estudo renovado, desconhecido da tradição do nosso direito processual, na qual não existia lugar para pensar em modulação dos efeitos temporais para preservar a segurança jurídica. O art. 882, V, do Projeto de Código de Processo Civil afirma que “na hipótese de alteração da jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica”. A norma, que reflete a intenção do projeto em outorgar força obriga-

---

\* Para maior aprofundamento sobre o tema dos precedentes obrigatórios, ver MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: RT, 2010.

\*\* Professor titular de Direito Processual Civil da UFPR; pós-doutorado na Università degli Studi di Milano; visiting scholar na Columbia University; advogado.



tória aos precedentes dos Tribunais Superiores, estimula a reflexão que segue, voltada a elaborar uma teoria da eficácia temporal das decisões revogadoras de precedentes obrigatórios.

## 2 – A QUESTÃO NOS ESTADOS UNIDOS

A revogação de um precedente (*overruling*) tem, em regra, efeitos retroativos nos Estados Unidos e no *common law*. Como a revogação do precedente significa a admissão de que a tese nele enunciada – vigente até o momento da decisão revogadora – estava equivocada ou se tornou incompatível com os novos valores ou com o próprio direito, aceita-se naturalmente a ideia de que a decisão deve retroagir para apanhar as situações que lhe são anteriores, tenham dado origem, ou não, a litígios – cujos processos devem estar em curso.

As decisões do *common law* são normalmente retroativas, no sentido de que a nova regra, estabelecida para o caso sob julgamento, é aplicável às situações que ocorreram antes da decisão que as fixou, bem como a todas aquelas que lhes são similares e, assim, estão expostas à mesma *ratio decidendi*.

Porém, a prática judicial americana tem evidenciado, em tempos recentes, hipóteses em que é necessário não permitir a retroatividade da nova regra, firmada na decisão que revogou o precedente<sup>1</sup>. Nestas situações, as Cortes mostram-se particularmente preocupadas em tutelar o princípio da segurança – especialmente na sua feição de garante da previsibilidade – e a confiança depositada pelos jurisdicionados nos atos do Poder Público<sup>2</sup>.

Eisenberg enfatiza que “the major justification for prospective overruling is the protection of justifiable reliance”<sup>3</sup>. Há aí, antes de tudo, plena consciência de que a retroatividade de uma decisão que substitui precedente que, por certo período de tempo, pautou e orientou a conduta dos jurisdicionados é tão injusta quanto a perpetuação do precedente judicialmente declarado injusto. Mas, para que a não retroatividade se justifique, exige-se que a credibilidade do precedente

1 LEDERMAN, Howard. Judicial overruling. Time for a new general rule. *Michigan Bar Journal*, set. 2004, p. 21 e ss.

2 Diz Robert Summers que “a aplicação retroativa de uma decisão revogadora de precedente pode contrariar relevante confiança no precedente revogado e tratar partes em posições similares de modo muito diferente” (No original: “Retroactive application of an overruling decision may upset substantial reliance on the overruled precedent and will treat parties similarly situated quite differently”) (SUMMERS, Robert. Precedent in the United States (New York State). In *Interpreting precedents: a comparative study*, London: Dartmouth, 1997, p. 397-398).

3 A maior justificativa para a revogação com efeitos prospectivos é a proteção da confiança justificada (EISENBERG, Melvin. *The nature of the common law*. Cambridge: Harvard University Press, 1998, p. 131).

não tenha sido abalada, de modo a não tornar previsível a sua revogação. Caso a doutrina e os tribunais já tenham advertido para o equívoco do precedente ou apontado para a sua conveniente ou provável revogação, não há confiança justificável ou confiança capaz de fazer acreditar que os jurisdicionados tenham, legitimamente, traçado os seus comportamentos e atividades de acordo com o precedente. De modo que, para que o *overruling* não tenha efeitos retroativos, as situações e relações antes estabelecidas devem ter se fundado em uma confiança qualificada, que pode ser dita uma “confiança justificada”<sup>4</sup>.

Há casos em que o precedente pode deixar de corresponder aos valores que o inspiraram ou se tornar inconsistente e, ainda assim, não se mostrar razoável que a sua revogação atinja situações passadas, em virtude de a confiança justificável, então caracterizada, sobrepor-se à ideia de fazer a revogação valer para trás.

Não obstante, embora com a irretroatividade dos efeitos do *overruling* ou com o *overruling* com efeitos prospectivos se garanta o princípio da segurança e se proteja a confiança nos atos do Poder Público, daí também podem advir custos ou prejuízos. O *prospective overruling* pode gerar resultados ou decisões inconsistentes, especialmente quando se está diante do *overruling* cujos efeitos apenas podem ser produzidos a partir de certa data ou do *overruling* cujos efeitos retroativos incidem apenas sobre determinado caso<sup>5</sup>.

Note-se que, na primeira hipótese, como o *overruling* tem efeitos somente a partir de certa data, as situações e relações que se formam depois da decisão são tratadas de modo diverso, conforme tenham se estabelecido antes ou depois da data prevista na decisão, ainda que esta tenha declarado a ilegitimidade do precedente. De outro lado, a admissão da retroatividade em relação a apenas um caso ou somente ao caso sob julgamento faz com que todos os outros casos passados sejam tratados à luz do precedente, embora se declare que este não mais tem autoridade. Tais situações permitem o surgimento de resultados inconsistentes.

Esta última situação é exemplificada através do caso *Molitor v. Kaneland Community*. Trata-se de caso em que a Corte de Illinois revogou o precedente da “imunidade municipal”, responsabilizando o município pelos danos sofridos

4 V. MARKMAN, Stephen. Precedent: tension between continuity in the law and the perpetuation of wrong decisions. *Texas Review of Law & Politics*, vol. 8, Spring 2004; NELSON, Caleb. Stare decisis and demonstrably erroneous precedents. *Virginia Law Review*, vol. 87, mar. 2001; DELANEY, Sarah K. Stare decisis v. The “New Majority”: the Michigan Supreme Court’s practice of overruling precedent, 1998-2002. *Albany Law Review*, Albany, vol. 66, n. 871, 2003.

5 SHANNON, Bradley Scott. The retroactive and prospective application of judicial decisions. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, Cambridge, vol. 26, Summer 2003.

por Thomas Molitor em acidente de ônibus escolar. Nesta hipótese, decidiu-se que a nova regra não seria aplicada a casos anteriores, exceto o de Thomas – o caso sob julgamento. Contudo, mais tarde a Corte percebeu que teria de aplicar a nova regra a outras sete crianças – três delas irmãos de Thomas –, que também estavam no ônibus que se acidentara, em virtude de ter reconhecido que todas as crianças que viajavam no ônibus deveriam ser tratadas de igual forma<sup>6</sup>.

Por sua vez, a primeira hipótese, acima referida, é exemplificada mediante *Spaniel v. Mounds View School District n. 621*, em que a Corte de Minnesota revogou o precedente que conferia imunidade às unidades municipais, como cidades e distritos estudantis, recusando-se a aplicar a nova regra ao caso sob julgamento e declarando que os seus efeitos deveriam ficar contidos até o final da próxima legislatura de Minnesota<sup>7</sup>.

Quando se posterga a produção de efeitos da nova regra, fala-se em *prospective-prospective overruling*. Ademais, como esclarece Eisenberg, alude-se a *pure prospective overruling* para demonstrar o que ocorre quando a Corte não aceita que a nova regra regule o próprio caso sob julgamento, restando a terminologia *prospective overruling* para anunciar a mera irretroatividade da nova regra às situações anteriores à data da decisão<sup>8</sup>.

Há outras situações intermediárias. Assim, em *Li v. Yellow Cab Co.*, a Suprema Corte da Califórnia revogou o precedente da *contributory negligence* pela regra da *comparative negligence*, deixando claro que a nova regra não seria aplicável aos casos com julgamento em curso. Em *Whitinsville Plaza*, relacionou-se a técnica do *overruling* prospectivo com a técnica da sinalização. Ou seja, decidiu-se que a nova regra teria efeitos retroativos até a data da decisão em que ocorrera a sinalização<sup>9</sup>. Se mediante a técnica da sinalização, conquanto se deixe de revogar o precedente, adverte-se para a sua provável e próxima revogação, pouca diferença existiria em substituir tal técnica pela revogação imediata do precedente com efeitos prospectivos a partir de certa data futura. Portanto, quando se revoga o precedente, e sinalização anterior foi feita, é co-

6 EISENBERG, Melvin. Op. cit., p. 128-129.

7 *Idem*, p. 128.

8 *Idem*, p. 127-128.

9 Em *Whitinsville Plaza, Inc. v. Kotseas*, a Corte afirmou que já havia sinalizado para a revogação do precedente firmado em *Norcross* no caso *Ouellette*, e, com base nisso, outorgou efeitos retroativos ao *overruling*, declarando que deveriam ser apanhados todos os negócios realizados após *Ouellette*. Assim, o *overruling* ditado em *Whitinsville* retroagiu até a decisão proferida em *Ouellette* porque a Corte entendeu que, a partir desta data, poder-se-ia racionalmente confiar na expectativa de que, na próxima ocasião adequada, a Corte iria revogar as decisões tomadas em *Shade* e em *Norcross*. Verifica-se aí nítida aproximação entre a técnica da sinalização e a do *overruling* com efeitos prospectivos (Cf. EISENBERG, Melvin. Op. cit., p. 128 e ss).

erente admitir a retroatividade da nova regra até a data da decisão sinalizadora ou até data em que se supõe que o sinal foi absorvido na comunidade jurídica.

Há um caso, sublinhado por Eisenberg, em que o *prospective overruling* possui grande importância para a consistência de resultados. Trata-se da hipótese em que a Corte possui motivos para acreditar que o *overruling* será revertido pelo Legislativo, que dará melhor regulação à situação. Nesta hipótese, além de não se desejar interferência sobre o passado, não se quer que a decisão atinja as situações intermediárias entre o *overruling* e a regra legislativa, preferindo-se que a revogação tenha seus efeitos contidos até a data em que se presume que o Legislativo terá criado a regra. Ao se declarar que a revogação vai produzir efeitos após a possível criação legislativa, os efeitos do *overruling* somente serão produzidos caso o Legislativo não atue. Foi o que aconteceu em *Massachusetts, Whitney v. City of Worcester*, em que a Corte, utilizando a técnica da sinalização como substituto funcional do *prospective overruling*, afirmou a sua intenção de ab-rogar o precedente da imunidade municipal no primeiro caso por ela decidido após a conclusão daquela que seria a próxima sessão do Legislativo, caso este não houvesse atuado de modo a revogar o precedente<sup>10</sup>.

Neste caso, é certo, não houve propriamente *overruling* com efeitos prospectivos, mas manutenção do precedente mediante a técnica da sinalização, anunciando-se a intenção de se proceder à revogação em caso de não atuação do Legislativo. Note-se, porém, que existe maior efetividade em revogar desde logo o precedente, contendo-se os seus efeitos, pois nesta hipótese não haverá sequer como temer que o precedente continue a produzir efeitos, diante de uma eventual inação da Corte em imediatamente decidir como prometera ao fazer a sinalização.

De outra parte, o *prospective overruling* pode ainda trazer outros problemas, especialmente em suas feições de *pure prospective overruling* e de *prospective-prospective overruling*<sup>11</sup>. Se a nova regra não vale ao caso sob julgamento, a energia despendida pela parte não lhe traz qualquer vantagem concreta, ou melhor, não lhe outorga o benefício almejado por todo litigante que busca a tutela jurisdicional. Isso quer dizer que o uso do *prospective overruling* pode desestimular a propositura de ações judiciais contra determinados precedentes<sup>12</sup>.

---

10 EISENBERG, Melvin. Op. cit., p. 131.

11 TRAYNOR, Roger J. Quo vadis, prospective overruling: a question of judicial responsibility. *Hastings Law Journal*, San Francisco, vol. 50, abr. 1999.

12 EISENBERG, Melvin. Op. cit., p. 131.

Ademais, o uso indiscriminado do *pure prospective overruling* e do *prospective-prospective overruling* elimina a necessidade de os advogados analisarem como os precedentes estão sendo vistos pela doutrina e de que forma os tribunais vêm tratando de pontos correlatos com aqueles definidos na *ratio decidendi* do precedente. Quando se atribui efeito prospectivo à nova regra, impedindo-se a sua incidência em relação ao caso sob julgamento, resta eliminada qualquer possibilidade de a parte ser surpreendida pela decisão judicial, ainda que o precedente já tenha sido desautorizado pela doutrina e por decisões que, embora obviamente não tenham enfrentado de forma direta a questão resolvida no precedente, afirmaram soluções com ele inconsistentes. Deste modo, a investigação e análise do advogado não seriam sequer necessárias, já que ao jurisdicionado bastaria a mera existência do precedente, pouco importando o grau da sua autoridade ou força e, portanto, a possibilidade ou a probabilidade da sua revogação. Assim, o uso inadequado do *prospective overruling*, de um lado, torna desnecessária a análise de se a tutela da segurança jurídica e da confiança fundamenta a não retroatividade dos efeitos do *overruling* e, de outro, constitui obstáculo ao desenvolvimento do direito jurisprudencial. Na verdade, desta forma o direito deixaria de ser visto como algo em permanente construção, negando-se o fundamento que deve estar à base de uma teoria dos precedentes.

Deixe-se claro que a doutrina de *common law* entende que a revogação, em regra, deve ter efeitos retroativos. Apenas excepcionalmente, em especial quando há confiança justificada no precedente, admite-se dar efeitos prospectivos ao *overruling*. E isso sem se enfatizar que as Cortes não devem supor razão para a tutela da confiança sem consideração meticulosa, analisando se a questão enfrentada é uma daquelas em que os jurisdicionados costumam se pautar nos precedentes, assim como se os tribunais já sinalizaram para a revogação do precedente ou se a doutrina já demonstrou a sua fragilidade<sup>13</sup>.

### 3 – DIFERENTES RAZÕES PARA TUTELAR A SEGURANÇA JURÍDICA: DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE E REVOGAÇÃO DE PRECEDENTE CONSTITUCIONAL

O art. 27 da Lei nº 9.868/99 explicita que o Supremo Tribunal Federal, ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, tem poder para limitar os seus efeitos retroativos ou dar-lhe efeitos prospectivos. Diz o art. 27 que, “ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá

13 *Idem*, p. 132.

o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”.

O tema da eficácia temporal da decisão de inconstitucionalidade pronunciada na ação direta será melhor aprofundado adiante, quando se tratar desta ação. Mas é importante, neste momento, anunciar esta possibilidade, aludindo-se a ação direta de inconstitucionalidade em que o Supremo Tribunal Federal houve por bem atribuir efeitos prospectivos à sua decisão. Isto para demonstrar que, embora os efeitos retroativos também possam ser limitados no controle difuso, as suas razões não se confundem com as que determinam a limitação da retroatividade ou os efeitos prospectivos no controle concentrado.

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.240<sup>14</sup>, em que se questionou a inconstitucionalidade da lei estadual que criou o Município de Luís Eduardo

---

14 “Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei nº 7.619/00, do Estado da Bahia, que criou o Município de Luís Eduardo Magalhães. Inconstitucionalidade de lei estadual posterior à EC nº 15/96. Ausência de lei complementar federal prevista no texto constitucional. Afronta ao disposto no art. 18, § 4º, da CF. Omissão do Poder Legislativo. Existência de fato. Situação consolidada. Princípio da segurança jurídica. Situação de exceção, estado de exceção. A exceção não se subtrai à norma, mas esta, suspendendo-se, dá lugar à exceção. Apenas assim ela se constitui como regra, mantendo-se em relação com a exceção. 1. O Município foi efetivamente criado e assumiu existência de fato, há mais de seis anos, como ente federativo. 2. Existência de fato do Município, decorrente da decisão política que importou na sua instalação como ente federativo dotado de autonomia. Situação excepcional consolidada, de caráter institucional, político. Hipótese que consubstancia reconhecimento e acolhimento da força normativa dos fatos. 3. Esta Corte não pode limitar-se à prática de mero exercício de subsunção. A situação de exceção, situação consolidada – embora ainda não jurídica – não pode ser desconsiderada. 4. A exceção resulta de omissão do Poder Legislativo, visto que o impedimento de criação, incorporação, fusão e desmembramento de Municípios, desde a promulgação da EC nº 15, em 12 de setembro de 1996, deve-se à ausência de lei complementar federal. 5. Omissão do Congresso Nacional que inviabiliza o que a Constituição autoriza: a criação de Município. A não edição da lei complementar dentro de um prazo razoável consubstancia autêntica violação da ordem constitucional. 6. A criação do Município de Luís Eduardo Magalhães importa, tal como se deu, uma situação excepcional não prevista pelo direito positivo. 7. O estado de exceção é uma zona de indiferença entre o caos e o estado da normalidade. Não é a exceção que se subtrai à norma, mas a norma que, suspendendo-se, dá lugar à exceção – apenas desse modo ela se constitui como regra, mantendo-se em relação com a exceção. 8. Ao Supremo Tribunal Federal incumbe decidir regulando também essas situações de exceção. Não se afasta do ordenamento, ao fazê-lo, eis que aplica a norma à exceção desapplicando-a, isto é, retirando-a da exceção. 9. Cumpre verificar o que menos compromete a força normativa futura da Constituição e sua função de estabilização. No aparente conflito de inconstitucionalidades impor-se-ia o reconhecimento da existência válida do Município, a fim de que se afaste a agressão à federação. 10. O princípio da segurança jurídica prospera em benefício da preservação do Município. 11. Princípio da continuidade do Estado. 12. Julgamento no qual foi considerada a decisão desta Corte no MI nº 725, quando determinado que o Congresso Nacional, no prazo de dezoito meses, ao editar a lei complementar federal referida no § 4º do art. 18 da CF, considere, reconhecendo-a, a existência consolidada do Município de Luís Eduardo Magalhães. Declaração de inconstitucionalidade da lei estadual sem pronúncia de sua nulidade 13. Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade, mas não pronunciar a nulidade pelo prazo de 24 meses, da Lei nº 7.619, de 30 de março de 2000, do Estado da Bahia” (STF, Pleno, ADIn 2240, Rel. Min. Eros Grau, DJe 03.08.07).

Magalhães, o Supremo não tinha qualquer dúvida sobre a inconstitucionalidade da lei, mas temia que, ao pronunciá-la, pudesse irremediavelmente atingir todas as situações que se formaram após a edição da lei. Receava-se que a declaração de inconstitucionalidade não pudesse permitir a preservação das situações estabelecidas antes da decisão de inconstitucionalidade. Partindo-se da teoria da nulidade do ato inconstitucional, a preservação do que aconteceu após a edição da lei inconstitucional teria de ter sustentáculo em algo capaz de se contrapor ao princípio de que a lei inconstitucional, por ser nula, não produz quaisquer efeitos.

É curioso que o relator, inicialmente, embora reconhecendo a inconstitucionalidade, julgou a ação improcedente. E isso para preservar as situações consolidadas, em nome do princípio da segurança jurídica<sup>15</sup>. Após o voto do relator, pediu vistas o Ministro Gilmar Mendes. Em seu voto argumentou que não seria razoável deixar de julgar procedente a ação direta de inconstitucionalidade para não se atingir o passado, advertindo que a preservação das situações anteriores poderia se dar ainda que a ação fosse julgada procedente. Consta do voto do Ministro Gilmar: “Impressionou-me a conclusão a que chegou o Ministro Eros Grau – votou pela improcedência da ação – após tecer percuciente análise sobre a realidade fática fundada na lei impugnada e o peso que possui, no caso, o princípio da segurança jurídica. De fato, há toda uma situação consolidada que não pode ser ignorada pelo Tribunal. Com o surgimento, no plano das normas, de uma nova entidade federativa, emergiu, no plano dos fatos, uma gama de situações decorrentes da prática de atos próprios do exercício da autonomia municipal. A realidade concreta que se vincula à lei estadual impugnada já foi objeto de extensa descrição analítica no voto proferido pelo Ministro-Relator, e não pretendo aqui retomá-la. Creio que o Tribunal já se encontra plenamente

---

15 Parte final do voto do Ministro-Relator, Eros Grau: “Permito-me observar ainda que no caso está em pauta o *princípio da continuidade do Estado*, não o princípio da *continuidade do serviço público*. Os serviços públicos prestados pelo Município de Luís Eduardo Magalhães passariam a ser imediatamente prestados, se declarada a inconstitucionalidade da lei de sua criação, pelo Município de Barreiras, de cuja área foi destacado. Mas não é disso que aqui se cuida, senão da necessária, imprescindível afirmação, por esta Corte, do sentido normativo veiculado pelo art. 1º da CF: a República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal. É o princípio da continuidade do Estado que está em pauta na presente ADIn, incumbindo-nos recusar o *fiat justitia, pereat mundus*. Por certo que a afirmação da improcedência da ADIn não servirá de estímulo à criação de novos municípios, indiscriminadamente. Antes, pelo contrário, há de expressar como que um apelo ao Poder Legislativo, no sentido de que supra a omissão constitucional que vem sendo reiteradamente consumada. Concluído, retornarei à observação de Konrad Hesse: também cumpre a esta Corte fazer tudo aquilo que seja necessário para impedir o nascimento de realidades inconstitucionais, mas indispensável há de ser, quando isso seja possível, que esta mesma Corte tudo faça para pô-la, essa realidade, novamente em concordância com a Constituição. As circunstâncias da realidade concreta do município de Luis Eduardo Magalhães impõem seja julgada improcedente a ADIn” (STF, Pleno, ADIn nº 2.240, Rel. Min. Eros Grau, *DJe* 03.08.07).



inteirado das graves repercussões de ordem política, econômica e social de uma eventual decisão de inconstitucionalidade”<sup>16</sup>.

Após ter deixado claro que o Ministro-Relator esteve preocupado em proteger as situações consolidadas, argumentou o Ministro Gilmar que a solução do problema “não pode advir da simples decisão de improcedência da ação. Seria como se o Tribunal, focando toda sua atenção na necessidade de se assegurar realidades concretas que não podem mais ser desfeitas e, portanto, reconhecendo plena aplicabilidade ao princípio da segurança jurídica, deixasse de contemplar, na devida medida, o princípio da nulidade da lei inconstitucional”<sup>17</sup>. Depois disso, advertiu que, embora não se possa negar a relevância do princípio da segurança jurídica no caso, é possível primar pela otimização de ambos os princípios – ou seja, dos princípios da segurança jurídica e da nulidade da lei inconstitucional –, “tentando aplicá-los, na maior medida possível, segundo as possibilidades fáticas e jurídicas que o caso concreto pode nos apresentar”<sup>18</sup>.

Mais tarde, sublinhou que “a falta de um instituto que permita estabelecer limites aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade acaba por obrigar os Tribunais, muitas vezes, a se abster de emitir um juízo de censura, declarando a constitucionalidade de leis manifestamente inconstitucionais”<sup>19</sup>. E que o “perigo de uma tal atitude desmesurada de *self restraint* (ou *greater restraint*) pelas Cortes Constitucionais ocorre justamente nos casos em que, como o presente, a nulidade da lei inconstitucional pode causar uma verdadeira catástrofe – para utilizar a expressão de Otto Bachof – do ponto de vista político, econômico e social”<sup>20</sup>. Diante disso, consignou o Ministro Gilmar: “Não há dúvida, portanto – e todos os Ministros que aqui se encontram parecem ter plena consciência disso –, de que o Tribunal deve adotar uma fórmula que, reconhecendo a inconstitucionalidade da lei impugnada – diante da vasta e consolidada jurisprudência sobre o tema –, resguarde na maior medida possível os efeitos por ela produzidos”<sup>21</sup>.

Nesta linha, o Ministro Gilmar Mendes, que acabou sendo acompanhado pelos demais Ministros – inclusive pelo Ministro-Relator, que retificou o seu voto –, com exceção do Ministro Marco Aurélio – que, embora julgando

---

16 *Idem.*

17 *Idem.*

18 *Idem.*

19 *Idem.*

20 *Idem.*

21 *Idem.*



procedente a ação de inconstitucionalidade, pronunciava a nulidade da lei<sup>22</sup> –, votou no “sentido de, aplicando o art. 27 da Lei nº 9.868/99, declarar a inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade da lei impugnada, mantendo sua vigência pelo prazo de 24 (vinte e quatro) meses, lapso temporal razoável dentro do qual poderá o legislador estadual reapreciar o tema, tendo como base os parâmetros que deverão ser fixados na lei complementar federal, conforme decisão desta Corte na ADIn nº 3.682”<sup>23</sup>.

Note-se que se afirmou estar sendo declarada a inconstitucionalidade, mas sem a pronúncia da nulidade da lei impugnada, mantendo-se sua vigência pelo prazo de vinte e quatro meses<sup>24</sup>. O método utilizado, embora similar, não

22 Voto do Ministro Marco Aurélio: “Presidente, peço vênica para cingir-me à concepção que tenho sobre as normas de regência da matéria, ao alcance que dou ao art. 18, § 4º, da CF e ao art. 27 da Lei nº 9.868/99, não estabelecendo solução prática, pouco importando o Município, fora desses mesmos parâmetros. Hoje, há autorização – e sob esse preceito foi criado o Município – que não se torna efetiva ante a inexistência de atividade legiferante do Congresso quanto à lei complementar que fixaria as balizas temporais, afastando, quem sabe, o ano das eleições – segundo memorial recebido, esse Município foi criado em ano de eleições – e, também, os requisitos a serem atendidos. Portanto, julgo procedente o pedido formulado” (*idem*).

23 *Idem*.

24 Na ADIn nº 3.615, tratando de caso semelhante, a Corte julgou procedente a ação direta, atribuindo à decisão de inconstitucionalidade efeitos *ex nunc*: “Ação direta de inconstitucionalidade. Art. 51 do ADCT do Estado da Paraíba. Redefinição dos limites territoriais do Município do Conde. Desmembramento de parte de município e incorporação da área separada ao território da municipalidade limítrofe, tudo sem a prévia consulta, mediante plebiscito, das populações de ambas as localidades. Ofensa ao art. 18, § 4º, da CF. 1. Para a averiguação da violação apontada pelo requerente, qual seja o desrespeito, pelo legislador constituinte paraibano, das exigências de consulta prévia e de edição de lei estadual para o desmembramento de município, não foi a norma contida no art. 18, § 4º, da CF substancialmente alterada, uma vez que tais requisitos, já existentes no seu texto primitivo, permaneceram inalterados após a edição da EC nº 15/96. Precedentes: ADIn nº 458, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ 11.09.98, e ADIn nº 2.391, Relª Minª Ellen Gracie, *Informativo STF* 316. 2. Afastada a alegação de que a norma impugnada, sendo fruto da atividade do legislador constituinte estadual, gozaria de uma inaugural presunção de constitucionalidade, pois, segundo a jurisprudência desta Corte, o exercício do poder constituinte deferido aos Estados-membros está subordinado aos princípios adotados e proclamados pela Constituição Federal. Precedente: ADIn nº 192, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 06.09.01. 3. Pesquisas de opinião, abaixo-assinados e declarações de organizações comunitárias, favoráveis à criação, à incorporação ou ao desmembramento de município, não são capazes de suprir o rigor e a legitimidade do plebiscito exigido pelo § 4º do art. 18 da CF. Precedente: ADIn nº 2.994, Relª Minª Ellen Gracie, DJ 04.06.04. A esse rol de instrumentos ineficazes que buscam driblar a exigência de plebiscito expressa no art. 18, § 4º, da CF soma-se, agora, este de emenda popular ao projeto de Constituição Estadual. 4. Ação direta cujo pedido se julga procedente, com a aplicação de efeitos *ex nunc*, nos termos do art. 27 da Lei nº 9.868/99” (STF, Pleno, ADIn nº 3.615, Relª Minª Ellen Gracie, DJ 09.03.07). É importante registrar parte do voto da Ministra-Relatora, Ellen Gracie: “Com essas considerações, julgo procedente o pedido formulado na presente ação direta e declaro a inconstitucionalidade do art. 51 do ADCT do Estado da Paraíba. Nos termos do art. 27 da Lei nº 9.868/99, proponho, porém, a aplicação *ex nunc* dos efeitos dessa decisão. Justifico. Nas mais recentes ações diretas que trataram desse tema, normalmente propostas logo após a edição da lei impugnada, se tem aplicado o rito célere do art. 12 da Lei nº 9.868/99. Assim, o tempo necessário para o surgimento da decisão pela inconstitucionalidade do diploma dificilmente é desarrazoado, possibilitando a regular aplicação dos efeitos *ex tunc*. Nas ações diretas mais antigas, por sua vez, era praxe do Tribunal a quase imediata suspensão cautelar do

se confunde com a técnica do *prospective-prospective overruling*, empregada no direito estadunidense<sup>25</sup>. A similaridade decorre do fato de se ter mantido a vigência da lei pelo prazo de vinte e quatro meses, o que permite equiparar esta decisão àquela cujos efeitos operam somente a partir de determinada data no futuro. Não há dúvida que ambas as decisões protegem a segurança jurídica. É isto, precisamente, que permite a aproximação das situações.

Porém, a técnica do *prospective overruling* tem a ver com a revogação de precedentes e não com a declaração de inconstitucionalidade. Quando nada indica provável revogação de um precedente, e, assim, os jurisdicionados nele depositam confiança justificada para pautar suas condutas, entende-se que, em nome da proteção da confiança, é possível revogar o precedente com efeitos puramente prospectivos (a partir do trânsito em julgado) ou mesmo com efeitos prospectivos a partir de certa data ou evento. Isso ocorre para que as situações que se formaram com base no precedente não sejam atingidas pela nova regra. Contudo, na decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ação direta de inconstitucionalidade do município de Luis Eduardo Magalhães, não há como pensar em proteção da confiança fundada nos precedentes. Lembre-se que a Corte reconheceu que os seus próprios precedentes eram no sentido da inconstitucionalidade e que, exatamente por conta disto, não se concebia julgamento de improcedência da ação.

Quando não se outorga efeito retroativo à decisão de inconstitucionalidade, objetiva-se preservar as situações que se consolidaram com base na lei inconstitucional. Nesta situação entra em jogo a relação entre os princípios da nulidade da lei inconstitucional e da segurança jurídica, mas certamente não importa a proteção da confiança justificada nos precedentes judiciais. A segurança jurídica é deduzida para proteger situações consolidadas que se fundaram na lei declarada inconstitucional, mas não para justificar ações que se pautaram em precedente revogado.

---

ato normativo atacado. Assim, mesmo que o julgamento definitivo demorasse a acontecer, a aplicação dos efeitos *ex tunc* não gerava maiores problemas, pois a norma permanecera durante todo o tempo com sua vigência suspensa. Aqui, a situação é diferente. Contesta-se, em novembro de 2005, norma promulgada em outubro de 1989. Durante esses dezesseis anos, foram consolidadas diversas situações jurídicas, principalmente no campo financeiro, tributário e administrativo, que não podem, sob pena de ofensa à segurança jurídica, ser desconstituídas desde a sua origem. Por essa razão, considero presente legítima hipótese de aplicação de efeitos *ex nunc* da declaração de inconstitucionalidade” (STF, Pleno, ADIn nº 3.615, Relª Minª Ellen Gracie, DJ 09.03.07).

25 TREANOR, William Michael. *Prospective overruling and the revival of unconstitutional statutes*. *Columbia Law Review*, New York, vol. 93, dez. 1993.

4 – EFEITOS *INTER PARTES* E VINCULANTES DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NO CONTROLE INCIDENTAL E DA REVOGAÇÃO DE PRECEDENTE CONSTITUCIONAL

A decisão proferida em recurso extraordinário, no que diz respeito à questão constitucional envolvida, possui efeitos com qualidades distintas. Além de atingir às partes em litígio, impedindo que voltem a discutir a questão constitucional para tentar modificar a tutela jurisdicional concedida, a decisão possui efeitos vinculantes, obrigando todos os juízes e tribunais a respeitá-la. Consideram-se, nesta dimensão, os fundamentos da decisão, ou, mais precisamente, os seus motivos determinantes ou a sua *ratio decidendi*, e não o seu dispositivo. Ou seja, os motivos determinantes – em relação à tutela jurisdicional – se tornam indiscutíveis às partes e obrigatórios aos demais órgãos judiciais.

Declarada incidentalmente a inconstitucionalidade da norma, essa não produz efeitos no caso sob julgamento, mas não é declarada nula. A norma se torna inaplicável nos demais casos porque os juízes e tribunais ficam vinculados aos fundamentos da decisão que determinaram a inconstitucionalidade.

A decisão que revoga precedente, negando os seus motivos determinantes ou a sua *ratio decidendi*, é pensada em diferentes perspectivas, conforme a decisão revogadora pronuncie a inconstitucionalidade ou a constitucionalidade. No primeiro caso, em princípio, a norma não é aplicada ao caso sob julgamento e, em virtude da eficácia vinculante, não deverá ser aplicada nos casos que se seguirem. Na hipótese de constitucionalidade, também em princípio, a norma será aplicada no caso sob julgamento, e, em face da eficácia vinculante, em todos os casos seguintes. No primeiro caso, a norma não é declarada nula, mas os seus efeitos ficam paralisados. No segundo, como a norma estava em estado de letargia, os seus efeitos são ressuscitados.

Porém, o dilema que marca a revogação de precedente está exatamente na alteração do sinal de vida dos efeitos da norma. Numa hipótese a norma deixa de produzir efeitos e na outra passa a produzi-los. Isto, entretanto, tem nítida interferência nas relações e situações que se pautaram no precedente revogado, considerando a decisão de inconstitucionalidade ou a decisão de constitucionalidade. A situação que, considerando precedente constitucional, afronta a decisão que o revogou, merece cuidado especial.

A ordem jurídica – composta pelas decisões judiciais, especialmente as do Supremo Tribunal Federal – gera expectativa e merece confiança, tuteláveis pelo princípio da segurança jurídica. Assim, é preciso investigar se há confiança que pode ser dita justificada no precedente revogado. Basicamente, é neces-

sário verificar se o precedente tinha suficiente força ou autoridade, à época da prática da conduta ou da celebração do negócio, para fazer ao envolvido crer estar atuando em conformidade com o Direito. Existindo confiança justificada, é legítimo decidir, no controle difuso, de modo a preservar as situações que se pautaram no precedente.

Perceba-se que aí não há limitação da retroatividade dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, mas modulação da eficácia vinculante da decisão, anunciando-se ser ela inaplicável diante das situações que justificadamente se pautaram no precedente revogado. Não se pode falar em limitação da retroatividade dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, mas sim em modulação dos efeitos vinculantes, não somente porque a decisão revogadora pode ser no sentido da constitucionalidade, mas também porque não se está diante de decisão que produz efeitos diretos *erga omnes*, mas de decisão que gera efeitos *inter partes*. Em verdade, há apenas necessidade de definir em que limite temporal ou situações concretas o precedente revogador terá eficácia vinculante. De qualquer forma, é inegável que a modulação da eficácia vinculante em relação às situações consolidadas acaba gerando uma limitação de retroatividade do precedente.

## 5 – EFICÁCIA PROSPECTIVA DE DECISÃO REVOGADORA DE PRECEDENTE CONSTITUCIONAL E DE DECISÃO PROFERIDA EM CONTROLE INCIDENTAL

Não há dúvida que as decisões proferidas em recurso extraordinário produzem eficácia vinculante em relação aos seus motivos determinantes, assim como as decisões prolatadas em controle principal. Como é óbvio, para se admitir a eficácia vinculante no controle incidental não é preciso argumentar que a eficácia vinculante é viável no controle principal. Da mesma forma, a circunstância de ser possível atribuir efeito prospectivo à decisão de procedência na ação direta de inconstitucionalidade nada tem a ver com a viabilidade de se atribuir efeitos prospectivos à decisão proferida em sede de recurso extraordinário. A modulação dos efeitos das decisões proferidas em recurso extraordinário não é consequência lógica da possibilidade de se atribuir efeitos prospectivos às decisões proferidas em ação direta de inconstitucionalidade.

Atribuir eficácia vinculante aos fundamentos determinantes da decisão é o mesmo que conferir autoridade aos fundamentos da decisão em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário. Esses ficam vinculados ou obrigados em face dos fundamentos da decisão, ou seja, diante da *ratio decidendi* do precedente. De modo que a técnica da obrigatoriedade do respeito aos fundamentos

determinantes é utilizada para atribuir força ou autoridade aos precedentes judiciais, e não, obviamente, para simplesmente reafirmar a teoria da nulidade do ato inconstitucional.

Igualmente, a modulação dos efeitos das decisões proferidas em recurso extraordinário não é tributária da possibilidade de se modular os efeitos das decisões de inconstitucionalidade no controle principal. O poder de modular os efeitos das decisões em sede de controle incidental deriva exclusivamente do princípio da segurança jurídica e da proteção da confiança justificada.

A declaração de inconstitucionalidade proferida em recurso extraordinário, embora tenha eficácia vinculante, obrigando os demais órgãos do Poder Judiciário, não elimina – sem a atuação do Senado Federal – a norma do ordenamento jurídico, que resta, por assim dizer, em estado latente. É certamente possível que a decisão que reconheceu a inconstitucionalidade de determinada norma um dia seja contrariada, pelas mesmas razões que autorizam a revogação de precedente constitucional ou dão ao Supremo Tribunal Federal a possibilidade de declarar inconstitucional norma que já afirmou constitucional. Trata-se do mesmo “processo” em que, nos Estados Unidos, a Suprema Corte “ressuscita” a lei que era vista como *dead law*, por já ter sido declarada inconstitucional.

Na verdade, em sede de controle incidental o Supremo Tribunal Federal sempre tem a possibilidade de – a partir de critérios rígidos – negar os fundamentos determinantes das suas decisões, sejam elas de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade. Porém, como a revogação de um precedente institui nova regra, a ser observada pelos demais órgãos judiciários, é pouco mais do que evidente a possibilidade de se violentarem a segurança jurídica e a confiança depositada no próprio Supremo Tribunal Federal. Quando não há indicações de que o precedente será revogado, e, assim, há confiança justificada, não há razão para tomar de surpresa o jurisdicionado, sendo o caso de atribuir efeitos prospectivos à decisão, seja ela de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade.

Portanto, cabe analisar, em determinadas situações, a eficácia a ser dada à decisão que revoga precedente constitucional, e, assim, a necessidade de limitar a retroatividade para tutelar as situações que se pautaram no precedente revogado. Embora a viabilidade de outorgar efeitos prospectivos à decisão de inconstitucionalidade esteja expressa no art. 27 da Lei nº 9.868/99<sup>26</sup>, é indiscutível que esta possibilidade advém do princípio da segurança jurídica, o que

---

26 Lei nº 9.868/99, art. 27: “Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”.

significa que, ainda que se entendesse que tal norma se aplica apenas ao controle principal, não haveria como negar a possibilidade de modular os efeitos da decisão proferida em recurso extraordinário<sup>27</sup>.

O Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de tratar desta importante questão em caso em que se analisou o tema. Isto ocorreu na Reclamação 2.391, em que se analisou o tema do “direito de recorrer em liberdade” e a constitucionalidade, em face do princípio da não culpabilidade, dos arts. 9º da Lei nº 9.034/95 e 3º da Lei nº 9.613/98, que prescrevem, respectivamente, que “o réu não poderá apelar em liberdade, nos crimes previstos nesta Lei” e que “os crimes disciplinados nesta Lei são insuscetíveis de fiança e liberdade provisória e, em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade”. O Ministro Gilmar Mendes, acompanhando os votos proferidos pelos Ministros Marco Aurélio e Cezar Peluso, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do art. 9º da Lei nº 9.034/95 e emprestou ao art. 3º da Lei nº 9.613/98 interpretação conforme a Constituição, no sentido de que o juiz, na hipótese de sentença condenatória, fundamente a existência ou não dos requisitos para a prisão cautelar. Logo após, porém, considerando que, com esta decisão, estar-se-ia revisando jurisprudência firmada pelo Superior Tribunal Federal, amplamente divulgada e com inegáveis repercussões no plano material e processual, admitiu a possibilidade da limitação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade em sede de controle difuso e, assim, atribuiu à sua decisão efeitos *ex nunc*<sup>28</sup>.

Ao se limitar os efeitos retroativos em nome da confiança justificada não se está restringindo os efeitos diretos da decisão sobre os casos que podem ser julgados ou que estão em julgamento, mas se está deixando de atribuir eficácia vinculante à decisão proferida para obrigar os órgãos judiciais diante dos casos que podem vir a dar origem a processos judiciais ou que já estão sob julgamento em processos em andamento.

Frise-se que a necessidade de modulação no caso de revogação de precedente decorre da preocupação de não atingir as situações que com base nele se formaram e não da imprescindibilidade de proteger as situações que se consolidaram com base na lei inconstitucional. Contudo, no Brasil a técnica dos efeitos prospectivos foi pensada a partir da teoria da nulidade dos atos inconstitucionais. Vale dizer, para tutelar a segurança jurídica, mas em virtude do princípio da nulidade da lei inconstitucional. Daí não se ter

---

27 V. ÁVILA, Ana Paula. *A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

28 Rcl 2.391, Informativo n. 334.

percebido, com maior nitidez, a imprescindibilidade da adoção desta técnica em sede de controle incidental, em especial quando se altera a jurisprudência consolidada.

Não se pensa em confiança justificada para se dar efeitos prospectivos na hipótese de decisão de inconstitucionalidade. Só há razão para investigar se a confiança é justificada em se tratando de revogação de precedente. É apenas aí que importa verificar se havia, na academia e nos tribunais, manifestações que evidenciavam o enfraquecimento do precedente ou apontavam para a probabilidade da sua revogação, a eliminar a confiança justificada. De modo que, nesta situação, tutela-se o passado em nome da confiança que se depositou nas decisões judiciais, enquanto, no caso de decisão de inconstitucionalidade, tutelam-se excepcionalmente as situações que se formaram na vigência da lei declarada inconstitucional. Em verdade, os fundamentos para se dar efeitos prospectivos, em cada um dos casos, são diferentes. Os fundamentos bastantes para se dar efeitos prospectivos na hipótese de revogação de precedente estão longe das “razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social” que justificam efeitos prospectivos em caso de decisão de inconstitucionalidade.

É certo que a limitação da retroatividade da revogação de precedente constitucional se funda na confiança justificada e, assim, não tem o mesmo fundamento dos efeitos prospectivos na ação direta de inconstitucionalidade. Porém, mesmo em recurso extraordinário, pode haver limitação da retroatividade ou atribuição de efeito prospectivo ainda que não se esteja diante de decisão revogadora de precedente. Há casos em que o Supremo Tribunal Federal pode declarar a inconstitucionalidade da norma e limitar a retroatividade da decisão, decidindo com efeitos *ex nunc*, ou mesmo excluir o próprio caso sob julgamento dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, à semelhança do que se faz no direito estadunidense mediante o *pure prospective overruling*. Ou, ainda, definir uma data a partir da qual a decisão passará a produzir efeitos, como ocorre quando se aplica o *prospective-prospective overruling*.

O Supremo Tribunal Federal já limitou a retroatividade de decisão proferida em recurso extraordinário sem relacioná-la a confiança justificada em jurisprudência consolidada. Assim sucedeu no Recurso Extraordinário nº 197.917<sup>29</sup>, em que se declarou a inconstitucionalidade de norma da Lei Orgânica do Município de Mira Estrela, por ofensa ao art. 29, IV, *a*, da Constituição

---

29 RE 197.917-8, Pleno, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 07.05.04.



Federal<sup>30</sup>. Entendeu-se, no caso, que o Município, diante da sua população, somente poderia ter nove vereadores e não onze – como fixado em norma de sua Lei Orgânica. Em seu voto, disse o Ministro-Relator, Maurício Corrêa, ter bem decidido “o magistrado de primeiro grau ao declarar, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 6º da Lei Orgânica em causa”, mas que este não poderia “alterar o seu conteúdo, fixando de pronto o número de vereadores, usurpando, por isso mesmo, competência constitucional específica outorgada tão só ao Poder Legislativo do Município (CF, art. 29, *caput*, IV). Agindo dessa forma, o Poder Judiciário estaria assumindo atribuições de legislador positivo, que não lhe foi reservada pela Carta Federal para a hipótese. Oficiado à Câmara Legislativa local acerca da inconstitucionalidade do preceito impugnado, cumpre a ela tomar as providências cabíveis para tornar efetiva a decisão judicial transitada em julgado”<sup>31</sup>. O Ministro Gilmar Mendes, concordando com o relator quanto à inconstitucionalidade da norma, advertiu que, “no caso em tela, observa-se que eventual declaração de inconstitucionalidade com efeito *ex tunc* ocasionaria repercussões em todo o sistema vigente, atingindo decisões que foram tomadas em momento anterior ao pleito que resultou na atual composição da Câmara Municipal: fixação do número de vereadores, fixação do número de candidatos, definição do quociente eleitoral. Igualmente, as decisões tomadas posteriormente ao pleito também seriam atingidas, tal como a validade da deliberação da Câmara Municipal nos diversos projetos e leis aprovados”. Por conta disto, declarou a inconstitucionalidade da norma da Lei Orgânica do Município de Mira Estrela, explicitando que “a declaração da inconstitucionalidade da lei não afeta a composição da atual legislatura da Câmara Municipal, cabendo ao legislativo municipal estabelecer nova disciplina sobre a matéria, em tempo hábil para que se regule o próximo pleito eleitoral (declaração de inconstitucionalidade *pro futuro*)”<sup>32</sup>.

---

30 “Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos:

(...)

IV – para a composição das Câmaras Municipais, será observado o limite máximo de:

a) 9 (nove) Vereadores, nos Municípios de até 15.000 (quinze mil) habitantes;

(...)”.

31 RE 197.917-8, Pleno, Rel. Min. Maurício Corrêa, *DJ* 07.05.04.

32 Decidiu o Supremo Tribunal Federal, no RE 197.917-8, tratar-se de “situação excepcional em que a declaração de nulidade, com seus normais efeitos *ex tunc*, resultaria grave ameaça a todo o sistema legislativo vigente”, e, assim, proclamou: “Prevalência do interesse público para assegurar, em caráter de exceção, efeitos *pro futuro* à declaração incidental de inconstitucionalidade” (RE 197.917-8, Pleno, Rel. Min. Maurício Corrêa, *DJ* 07.05.04).



## 6 – O PROBLEMA DOS EFEITOS PROSPECTIVOS NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Como já demonstrado, a técnica dos efeitos prospectivos, além de importante em face do princípio da nulidade do ato inconstitucional, é absolutamente fundamental diante da teoria dos precedentes.

Tratando-se de revogação de precedente, a razão de ser dos efeitos prospectivos está na confiança justificada e na tutela da previsibilidade. Porém, não são apenas os precedentes do Supremo Tribunal Federal que geram confiança justificada, mas também os do Superior Tribunal de Justiça (e dos outros Tribunais Superiores), especialmente quando sublinhadas as suas funções de unificar a interpretação da lei e dar unidade ao direito federal<sup>33</sup>.

Bem por isso, como não poderia deixar de ser, a questão dos efeitos prospectivos já repercutiu no Superior Tribunal de Justiça. Nessa Corte, chegou-se a discutir, inclusive, sobre a aplicação do art. 27 da Lei nº 9.868/99, que autoriza o Supremo Tribunal Federal a dar efeitos prospectivos às suas decisões de inconstitucionalidade.

Há caso exemplar, oriundo do Paraná, que não pode deixar de ser lembrado. Trata-se dos EDiv no REsp 738.689, julgados pela 1ª Seção<sup>34</sup>. Buscava-se, na ação que deu origem ao recurso especial e aos embargos de divergência, o reconhecimento do direito ao aproveitamento do crédito-prêmio do IPI, instituído pelo art. 1º do Decreto-Lei nº 491/69. Ao enfrentar o recurso especial, a Turma reafirmou a improcedência do pedido, daí tendo sido interpostos embargos de divergência à 1ª Seção. Durante o julgamento dos embargos de divergência – que restaram improvidos –, o Ministro Herman Benjamin pediu vista e propôs a modulação dos efeitos da decisão, nos termos do art. 27 da Lei nº 9.868/99.

Frise-se que, até agosto de 2004, o entendimento pacífico no Superior Tribunal de Justiça era pela subsistência do benefício. Inicialmente, observou o Ministro Herman que, ao tentar se familiarizar com os debates sobre a vigência do crédito-prêmio – dos quais não participou, pois ocorridos antes do seu ingresso na Corte –, chamou a sua atenção “a profunda mudança de orientação jurisprudencial sobre o tema, fato que é insistentemente repisado pelos contribuintes, no contexto da segurança jurídica”<sup>35</sup>. Alegou que, “em face da jurisprudência predominante no Superior Tribunal de Justiça até agosto de

33 V. DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência no Direito Tributário*. São Paulo: Noeses, 2009. p. 498 e ss.

34 STJ, 1ª Seção, EDiv no REsp 738.689, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 22.10.07.

35 *Idem*.

2004, persistiu em favor dos contribuintes uma certa ‘sombra de juridicidade’<sup>36</sup>. Assim, para proteger a segurança jurídica e a confiança, entendeu o Ministro Herman Benjamin que seria o caso de se proceder à modulação dos efeitos da decisão, limitando-se a sua retroatividade. Para fundamentar a sua proposta, fez as seguintes ponderações: “Tenho para mim que, também no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, as decisões que alterem jurisprudência reiterada, abalando forte e inesperadamente expectativas dos jurisdicionados, devem ter sopesados os limites de seus efeitos no tempo, buscando a integridade do sistema e a valorização da segurança jurídica. É que o reconhecimento da ‘sombra de juridicidade’, decorrente da atividade jurisdicional do Estado, revela indiscutível a necessidade de resguardarem-se os atos praticados pelos contribuintes sob a expectativa de que aquela era a melhor interpretação do Direito, já que consubstanciada em uma jurisprudência reiterada, em sentido favorável às suas pretensões, pela Corte que tem a competência constitucional para dar a última palavra no assunto. Essa necessidade de privilegiar-se a segurança jurídica e, por consequência, os atos praticados pelos contribuintes sob a ‘sombra de juridicidade’ exige do Superior Tribunal de Justiça o manejo do termo *a quo* dos efeitos de seu novo entendimento jurisprudencial. Repito que não se trata de, simplesmente, aplicar-se as normas veiculadas pelas Leis ns. 9.868 e 9.882, ambas de 1999, por analogia, mas sim de adotar como válidos e inafastáveis os pressupostos valorativos e principiológicos que fundamentam essas normas e que, independentemente da produção legislativa ordinária, haveriam de ser observados tanto pelo e. Supremo Tribunal Federal quanto pelo Superior Tribunal de Justiça. No caso dos Vereadores [em que o Supremo Tribunal Federal limitou os efeitos da declaração de inconstitucionalidade], parece evidente que eventual inexistência de lei federal prevendo expressamente a modulação temporal dos efeitos da decisão judicial não impediria o e. Supremo Tribunal Federal de sopesar os efeitos de seu acórdão, por conta do imperativo da segurança jurídica. Da mesma forma, a inexistência de norma ordinária expressa que regule o assunto não tem o condão de impedir os Tribunais Superiores de adequarem sua atividade, ou o produto da ação jurisdicional, aos ditames da segurança jurídica. O e. Supremo Tribunal Federal adota esse entendimento, ao modular temporalmente os efeitos de suas decisões, mesmo em se tratando de controle difuso de constitucionalidade, não abarcado expressamente pelo regime das Leis ns. 9.868 e 9.882, ambas de 1999”<sup>37</sup>.

Após sustentar a possibilidade de o Superior Tribunal de Justiça modular os efeitos das suas decisões, para o que – na sua argumentação – não seria se-

---

36 *Idem.*

37 *Idem.*

quer preciso norma infraconstitucional, o Ministro Herman Benjamin passou a traçar critérios para justificar a limitação dos efeitos da nova regra do Superior Tribunal de Justiça. Ao observar a necessidade de se preservar a segurança jurídica, refletida na expectativa dos jurisdicionados quanto à aplicação, aos seus próprios casos, do entendimento pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça, advertiu o Ministro que “esse entendimento exige sejam fixados a) o limite temporal a partir do qual se afasta a ‘sombra de juridicidade’ e b) os tipos de atos e negócios jurídicos realizados pelos contribuintes que devem ser resguardados da mudança jurisprudencial. O limite temporal é de fácil visualização. A ‘sombra de juridicidade’ – e, a partir daí, também a necessidade de modulação temporal da eficácia da decisão – deixa de existir quando do julgamento, pela 1ª Turma, do REsp 591.708/RS, em 08.06.04, acórdão relatado pelo e. Ministro Teori Zavascki e publicado no *DJ* de 09.08.04 (conforme registrado pelo e. Min. João Otávio de Noronha em seu voto-vista no REsp 541.239/DF). Até esse momento, o entendimento pacífico do Superior Tribunal de Justiça, dando a interpretação última à legislação federal, era pela subsistência do benefício, nos termos de detalhado registro efetuado pelo e. Min. José Delgado, por ocasião de seu voto vencido no REsp 591.708/RS. Fixo, portanto, a data de publicação desse acórdão (REsp 591.708/RS) em 09.08.04, como o momento em que se exaure a ‘sombra de juridicidade’ que garantiria a subsistência do benefício, não cabendo, a partir de então, falar-se em expectativa, boa-fé ou confiança legítima dos contribuintes. *É essa data (09.08.04) que serve como marco inicial para a irradiação dos efeitos da novel jurisprudência desta Corte, no sentido da extinção do crédito-prêmio do IPI, seja em 1983, seja em 1990.* Quanto aos atos e negócios jurídicos praticados pelos contribuintes, a serem resguardados da mudança jurisprudencial, há que se ter em mente o objetivo da modulação temporal dos efeitos da decisão judicial, qual seja privilegiar a segurança jurídica, refletida na expectativa dos contribuintes na manutenção do entendimento que, até então, lhes era favorável. Pois bem, em face da incontestável e incansável resistência do fisco ao aproveitamento do “crédito-prêmio”, restava aos interessados o caminho do Judiciário. Por isso, não se descuida que, dados os efeitos *inter partes* dos precedentes desta Corte, os contribuintes haveriam de buscar provimento jurisdicional a garantir-lhes o direito que, em sua visão, era certo. Conseqüentemente, somente cabe falar em expectativa ao provimento judicial favorável, por óbvio, em favor daqueles que se socorreram da via pretoriana. Na seara contábil, essa busca do provimento judicial é exigência do princípio do conservadorismo. Havendo resistência do Fisco ao aproveitamento de um direito pela empresa, há que se buscar um provimento administrativo ou judicial para legitimar a escrituração. A propósito, registro o Alerta ao Mercado, exarado pela Comissão de Valores Mobiliários em 30.03.05, que, de maneira

ainda mais severa e referindo-se a atos normativos e pareceres anteriores, veda expressamente a contabilização do direito ao ‘crédito-prêmio’ pelas companhias abertas antes de eventual trânsito em julgado da sentença favorável. Entendo, portanto, *que a expectativa a ser protegida contra a mudança jurisprudencial refere-se exclusivamente àquelas empresas que buscaram provimento judicial e efetivamente aproveitaram o ‘crédito-prêmio’ até 09.08.04*. As pretensões de empresas não deduzidas em juízo não podem ser resguardadas. A estas não socorre o argumento da expectativa de provimento judicial favorável e, portanto, o imperativo da segurança jurídica que me leva a decidir pela modulação temporal dos efeitos da decisão. Os contribuintes que demandaram judicialmente, e somente eles, tinham a expectativa de um provimento judicial favorável. Utilizaram-se do ‘crédito-prêmio’ num momento em que o Superior Tribunal de Justiça mantinha um posicionamento sólido a seu favor. Este aproveitamento do benefício implicou redução dos custos e preços praticados por essas empresas, em valor correspondente ao montante do IPI mitigado, levando-as a orientar seus planos e atividades com base nessa realidade. São estes atos dos contribuintes, de apropriação e aproveitamento do ‘crédito-prêmio’ antes da guinada jurisprudencial, que se aperfeiçoaram sob a ‘sombra de juridicidade’ e, agora, merecem ser preservados. Afasta-se também, portanto, a hipótese de empresas que, apesar de demandarem judicialmente, não realizaram, por qualquer razão, o efetivo aproveitamento do ‘crédito-prêmio’ até 09.08.04. Não tiveram elas reduzidos seus custos, nem deixaram, por consequência, de repassar o ônus tributário integral (sem a dedução do crédito-prêmio) aos seus clientes. Com relação a esses contribuintes, não há ofensa relevante à segurança jurídica que justifique a modulação temporal dos efeitos da decisão. Tampouco aproveita a mitigação dos efeitos da decisão declaratória a outros que não o titular original do ‘crédito-prêmio’, já que a ‘sombra de juridicidade’ refere-se ao entendimento pacificado por esta Corte, que não abrange a possibilidade de aproveitamento, por terceiros, do benefício fiscal. Sem dúvida, a controvérsia acerca da possibilidade desse aproveitamento por terceiros e a interpretação a ser dada à legislação federal que trata do assunto nunca gozaram, neste Tribunal, da pacificação jurisprudencial advinda de profundo debate e reiterados precedentes. Não há, em favor desses cessionários do crédito-prêmio, ‘sombra de juridicidade’ a socorrer-lhes. Numa palavra, a modulação temporal dos efeitos da decisão favorece somente os créditos aproveitados pelos titulares originários do benefício. Diante de todo o exposto, posiciono-me pela extinção do crédito-prêmio em 1983 e, superada esta tese, pelo término do benefício em 1990, nos termos do art. 41, § 1º, do ADCT, acompanhando o e. relator, Ministro Teori Albino Zavascki, para negar provimento aos embargos de di-

vergência, *resguardando, dos efeitos desta decisão, eventual aproveitamento do crédito-prêmio pelo titular originário, desde que realizado até 09.08.04*<sup>38</sup>.

Em voto-vista, o Ministro Teori Albino Zavascki se opôs à proposta do Ministro Herman Benjamin, argumentando “que a modulação dos efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal, quando autorizada, é apenas a que diz respeito a normas declaradas inconstitucionais e limita-se aos efeitos de natureza exclusivamente temporal. Aqui, ao contrário, pretende-se modular os efeitos de decisões judiciais, não sobre a inconstitucionalidade de norma, mas sobre a sua revogação, e não apenas em seus aspectos temporais (= eficácia prospectiva às normas revogadas), mas também em seus aspectos subjetivos (= para beneficiar alguns contribuintes, não todos) e em seus aspectos materiais (= para abranger apenas alguns atos e negócios, e não todos)”<sup>39</sup>.

A maioria dos membros da 1ª Seção aderiu à posição do Ministro Teori<sup>40</sup>, tendo restado consignado na ementa do acórdão o seguinte: “Salvo nas hipóteses excepcionais previstas no art. 27 da Lei nº 9.868/99, é incabível ao Judiciário, sob pena de usurpação da atividade legislativa, promover a ‘modulação temporal’ da suas decisões, para o efeito de dar eficácia prospectiva a preceitos normativos reconhecidamente revogados”<sup>41</sup>.

O Superior Tribunal de Justiça, neste julgamento, perdeu grande oportunidade para adotar técnica imprescindível a um Tribunal incumbido de dar unidade ao direito federal. Pouco importa que o art. 27 da Lei nº 9.868/99 faça referência expressa apenas às decisões de inconstitucionalidade. A limitação dos efeitos retroativos das decisões não é mera decorrência da necessidade de compatibilizar a segurança jurídica com a teoria da nulidade da lei inconstitucional. Trata-se, ao contrário, de algo imprescindível para não se surpreender aqueles que depositaram confiança justificada nos precedentes judiciais. Os atos, alicerçados em precedentes dotados de autoridade em determinado momento histórico – e, assim, irradiadores de confiança justificada –, não podem ser desconsiderados pela decisão que revoga o precedente, sob pena de violação à segurança jurídica e à confiança nos atos do Poder Público. Ou seja, a modulação dos efeitos ou a limitação dos efeitos retroativos das decisões certamente não pode servir apenas às decisões de inconstitucionalidade. Na verdade, a limita-

38 *Idem.*

39 *Idem.*

40 O Ministro João Otávio de Noronha, acrescentando que “o efeito prospectivo e a modulação do julgamento têm o condão, exatamente, de permitir a uma Corte Superior transcender o interesse individual e fazer prevalecer a própria credibilidade do Poder Judiciário”, acompanhou o voto do Ministro Herman Benjamin.

41 *Idem.*

ção dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade é um dos aspectos que se insere na questão relativa à tutela da segurança diante das decisões judiciais.

Aliás, mesmo que o art. 27 não existisse, o Supremo Tribunal Federal poderia e deveria limitar, quando necessário, os efeitos da decisão de inconstitucionalidade, bastando argumentar com base na Constituição Federal. Uma norma, afirmando a possibilidade da limitação dos efeitos retroativos das decisões revogadoras de precedentes – ou, caso se queira em outros termos, de jurisprudência consolidada e pacífica – no Superior Tribunal de Justiça, jamais poderia ser vista como resultado de “livre opção” do legislador infraconstitucional. Tal norma é necessária para o legislador cumprir com o seu dever de tutela da confiança justificada nos atos do Poder Público. O que significa dizer que a inexistência desta norma configuraria “falta de lei”, que, por isso, necessariamente deveria ser suprida pelo Poder Judiciário diante dos casos concretos. Como o Judiciário não pode prestar adequada tutela jurisdicional sem limitar os efeitos da decisão que revoga precedente – deixa de lado jurisprudência pacífica ou, o que é o mesmo, inaugura nova compreensão de dada situação jurídica –, não há como subordinar a sua decisão, de limitação dos efeitos retroativos, à existência de lei. Na realidade, a possibilidade de limitar os efeitos retroativos das decisões é inerente ao exercício do poder de julgar conferido aos Tribunais Superiores<sup>42</sup>.

De outro lado, excetuar alguns atos e sujeitos dos efeitos retroativos de uma decisão não significa dar efeitos prospectivos à lei revogada, ainda que tal decisão tenha reconhecido que, na época da prática dos atos, a lei não deveria produzir efeitos. Ora, se, no momento em que os atos foram praticados, o Poder

---

42 “Com efeito, a possibilidade de aplicação prospectiva da lei ou do ato normativo declarado inconstitucional decorre do princípio da segurança jurídica. Logo, mesmo que inexistisse o art. 27 da Lei nº 9.868/99, ainda assim o Supremo Tribunal Federal, em alguns casos, teria o poder/dever de restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou decidir a partir de que momento esta teria eficácia. Tal se dá, a nosso ver, na mudança abrupta da jurisprudência do próprio Pretório Excelso, com repercussões seja no Erário, seja no patrimônio de grande número de empresas. (...) Sempre com apoio no princípio da segurança jurídica, estamos convencidos de que, também no controle difuso de constitucionalidade, o STF detém a aptidão para, na salvaguarda dos princípios constitucionais, máxime o da segurança jurídica, apontar a prospectividade, evitando, assim, a fulminante e por vezes formidável eficácia *ex tunc*. (...) Assentadas estas premissas, podemos avançar em nosso raciocínio indagando: e os demais Tribunais Superiores (STJ, TST, STM e TSE) podem, à míngua de uma lei formal expressa, manter os efeitos da antiga e arraigada jurisprudência, quer em relação à causa agora julgada em sentido oposto, quer às demais, que ainda tramitam, quer, finalmente, a todas as pessoas que estavam a pautar sua conduta de acordo com aquilo que, sem nenhuma hesitação, o próprio Poder Judiciário considerava correto e adequado? Agora respondemos que sim, em que pese a inexistência de autorização em meio técnico-processual expresso. Sempre o autoaplicável princípio constitucional da segurança jurídica impõe o período de transição que estamos a aludir” (CARRAZZA, Roque Antonio. Segurança jurídica e eficácia temporal das alterações jurisprudenciais – Competência dos Tribunais Superiores para fixá-la – Questões conexas. *Efeito ex nunc e as decisões do STJ*. São Paulo: Manole, 2009. p. 67-68).

Judiciário afirmava que a lei estava em vigor, inegavelmente existia “norma jurídica” para orientar os jurisdicionados. Se esta norma é revogada por norma posteriormente emanada do próprio Poder Judiciário, a nova norma não pode retroagir para apanhar as situações que se consolidaram à época em que era justificada a confiança na norma judicial revogada.

De modo que, limitar os efeitos de decisão, para preservar atos praticados com base em lei declarada revogada, não é usurpar o poder do legislador, mas proteger a confiança justificada no Poder Judiciário. Trata-se, em verdade, de um ato de autotutela do próprio Judiciário.

Também não é correto supor que, para a proteção da confiança, basta apenas limitar os efeitos retroativos da decisão, sem dissociar os atos que foram e não foram praticados com base em confiança justificada. Portanto, pouco importa que a lei tenha se referido apenas à limitação dos efeitos retroativos, sem dizer que os atos praticados no passado podem ser diferenciados. Ora, é da essência da limitação de efeitos em nome da proteção da confiança a discriminação de atos que não foram praticados com base em confiança justificada, e que, assim, não devem ser ressalvados dos efeitos retroativos da decisão.

Há outro importante caso a ser lembrado. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC 83.255/SP, alterou a regra judicial a respeito do prazo recursal para o Ministério Público, que desde então passou a ser contado a partir da data da entrada do processo nas dependências da instituição. O Superior Tribunal de Justiça acompanhou a nova orientação do Supremo Tribunal Federal.

Naturalmente, porém, surgiu o problema relacionado com os recursos que haviam sido interpostos à época em que prevalecia o entendimento anterior. Mas o Superior Tribunal de Justiça sabiamente preservou a tempestividade dos recursos que se fundaram na regra judicial – ou no entendimento jurisprudencial – que ainda prevalecia quando da interposição, não admitindo a retroatividade do novo entendimento para descaracterizar a tempestividade recursal. Neste sentido, há o seguinte julgado da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça: “*Habeas corpus*. Processual penal. Tempestividade do recurso ministerial. Mudança do entendimento jurisprudencial das Cortes Superiores. Aplicação aos casos futuros. 1. De fato, o Supremo Tribunal Federal, a partir do julgamento plenário do HC 83.255/SP (*Informativo* 328), decidiu que o prazo recursal para o Ministério Público conta-se a partir da entrada do processo nas dependências da Instituição. O Superior Tribunal de Justiça, por seu turno, aderiu à nova orientação da Suprema Corte. 2. Não se pode olvidar, todavia, que o entendimento jurisprudencial, até então, há muito sedimentado no STF e no STJ, era justamente no sentido inverso, ou seja, entendia-se que a intimação



pessoal do Ministério Público se dava com o ‘ciente’ lançado nos autos, quando efetivamente entregues ao órgão ministerial. 3. Dessa maneira, constata-se que o Procurador de Justiça, nos idos anos de 2000, tendo em conta a então sedimentada jurisprudência das Cortes Superiores, valendo-se dela, interpôs o recurso dentro do prazo legal. 4. Não se poderia, agora, exigir que o órgão ministerial recorrente se pautasse de modo diverso, *como se pudesse antever a mudança do entendimento jurisprudencial*. Essa exigência seria inaceitável, na medida em que se estaria criando obstáculo insuperável. Vale dizer: depois de a parte ter realizado o ato processual, segundo a orientação pretoriana prevalente à época, seria apenada com o não conhecimento do recurso, quando não mais pudesse reagir à mudança. Isso se traduziria, simplesmente, em usurpação sumária do direito de recorrer, o que não pode existir em um Estado Democrático de Direito, mormente se a parte recorrente representa e defende o interesse público. 5. Ordem denegada<sup>743</sup>.

Essa decisão merece um único reparo. Pouco importa se a parte recorrente representa e defende o interesse público. Não é possível retroagir entendimento novo para o efeito de prejudicar quem quer que tenha praticado ato em confiança em precedente ou em jurisprudência pacífica. A sua importância, entretanto, transcende este ponto, pois demonstra que um Tribunal cuja missão é a de atribuir unidade ao direito federal deve estar consciente de que a revogação de um precedente – ou de um entendimento jurisprudencial – tem significado muito mais amplo ao de uma simples decisão judicial<sup>44</sup>.

A revogação de precedente, ao alterar o entendimento da Corte a respeito da interpretação da lei federal, tem grande impacto sobre as situações levadas a efeito sob o império do precedente revogado. De forma que exige do Tribunal, em primeiro lugar, a análise acerca da existência de “confiança justificada”, uma vez que nem todo precedente gera confiança capaz de legitimar a conduta praticada. Depois, há que se verificar se o ato ou a conduta realmente deriva da confiança que se depositou no precedente.

Assim, tomando-se como exemplo o caso do “prazo do Ministério Público”, caberia perguntar se, à época da interposição do recurso, existiam ma-

43 STJ, 5ª T., HC 28.598/MG, Relª Minª Laurita Vaz, DJ 01.08.05.

44 A própria Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça já teve oportunidade de declarar que este Tribunal “foi concebido para um escopo especial: orientar a aplicação da lei federal e unificar-lhe a interpretação, em todo o Brasil. Se assim ocorre, é necessário que sua jurisprudência seja observada, para se manter firme e coerente. Assim sempre ocorreu em relação ao Supremo Tribunal Federal, de quem o STJ é sucessor, nesse mister. Em verdade, o Poder Judiciário mantém sagrado compromisso *com a justiça e a segurança*” (STJ, Corte Especial, AgRg nos EResp 228432, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 18.03.02).



nifestações jurisprudenciais e da doutrina no sentido de que o prazo deveria ser contado a partir da entrada dos autos na dependência da instituição ou firmando o entendimento de que não seria razoável subordinar o início do prazo à boa vontade do Ministério Público. Se o Superior Tribunal de Justiça, ainda que sem expressamente decidir que o prazo deveria ser contado a partir da entrada dos autos no Ministério Público, já tinha sinalizado para este entendimento ou já havia decidido com base em distinção inconsistente – considerando, por exemplo, que o prazo do Ministério Público, para a indicação de testemunhas ou de quesitos periciais, deveria ser contado a partir da entrada dos autos na instituição ou que o prazo para a interposição de recurso, no processo civil, deveria obedecer a tal lógica, a autoridade do precedente, assim como a confiança que nele poderia ser depositada, estariam abaladas.

A proteção da confiança justificada nos precedentes judiciais constitui dever dos Tribunais Superiores, pelo que a limitação dos efeitos das decisões que revogam precedentes ou jurisprudência consolidada não está sequer à discricção do Superior Tribunal de Justiça. Esse Tribunal, para dar cumprimento a sua missão constitucional de dar unidade ao direito federal, tem o dever de utilizar a técnica da limitação dos efeitos retroativos, como todo tribunal que, ao decidir, fixa normas que orientam a conduta dos jurisdicionados, dando-lhes previsibilidade para trabalhar e viver.

# REFLEXÕES FILOSÓFICAS SOBRE A NEUTRALIDADE E IMPARCIALIDADE NO ATO DE JULGAR

Rodolfo Pamplona Filho\*  
Charles Barbosa\*\*

## 1 – INTRODUÇÃO

A proposta do presente artigo é tecer considerações filosóficas sobre o ato humano de julgar.

Todavia, o objetivo não é fazer uma reflexão dogmática com base na normatização positiva, mas, sim, enfatizar a distinção necessária entre neutralidade e imparcialidade, com base em marcos teóricos da filosofia contemporânea.

Nessa linha, buscar-se-á desmistificar a concepção cotidiana de neutralidade, identificando-a mais como um mito necessário do papel social do magistrado do que como uma realidade fática.

Para isso, porém, será necessário lembrar a essência humana do processo, que é o primeiro tópico a ser enfrentado.

## 2 – SOBRE A ESSÊNCIA HUMANA NO PROCESSO

A reflexão sobre qualquer tema que envolva o devido processo legal demanda, *prima facie*, compreender que as regras e princípios que lhe são subjacentes direcionam-se a garantir a prestação jurisdicional hígida, tendente a solucionar problemas que impedem ou dificultam a convivência social, desenvolvida, como cediço, por meio de relações intersubjetivas.

---

\* 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 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; especialista em Direito Civil pela Fundação Faculdade de Direito da Bahia.

\*\* Assessor jurídico do Ministério Público Federal; mestrando em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia; especialista em Direito Constitucional com formação para o magistério superior pela UNISUL/IBDP; especialista em Sistemas de Informação pela Carl Duisberg Gesellschaft – Alemanha; professor do Curso de Direito da Faculdade de Tecnologia e Ciências.

As questões que atingem o Judiciário são deflagradas a partir da disputa por determinado bem da vida, seja por sua negação ou violação. Protagonizam tais disputas espíritos que, dominados por sentimentos, veem-se incapazes para a composição social do conflito, notadamente em uma sociedade que, cada vez mais, subalterniza o respeito pelo outro.

Tal conjunto de sentimentos contrapostos se transmuda na demanda que é submetida à apreciação de outro espírito que também sente e vive a mesma sociedade e, por conseguinte, desenvolve sentimentos em relação a ela.

Trata-se de debate humano, em cujo âmbito, por muitas vezes, se revelam inumanas<sup>1</sup> as razões de desejar, demandar e, até mesmo, decidir.

Quanto mais relevante para a sociedade o bem em disputa, exsurge mais intensa a chama das paixões que aquece os argumentos, os quais, lançados nas peças processuais, revelam-se, por muitas vezes, incapazes de transmitir com fidedignidade elementos aptos a sustentar as teses vertidas.

É que não é dada ao ser humano a capacidade de impedir o sentimento, mas tão somente a frágil habilidade de camuflar a manifestação do sentir, sobretudo porque o ato de não sentir é, em si, um sentimento.

Assim, o que se capta do mundo pode trazer alegria, tristeza ou indiferença, mas sempre deslocará o espírito em relação ao seu centro, local onde, ademais, jamais esteve e jamais estará, sobretudo porque não existe vida sem sentimento, ainda que não se tenha consciência alguma do que seja o sentir.

O simples fato de não se incomodar ou de ignorar representa deslocamento em relação ao ponto zero. E não existem humanos no ponto zero. Trata-se de um *locus* vazio de sentimentos e emoções, em que habita uma espécie de lógica que não produz qualquer sentido apto a ser captado pelas razões humanas.

O processo, de outra sorte, é um *locus* humano, marcado por sentimentos, sensações e desejos, construído com o desiderato de resolver o movimento das paixões, afastar os interesses imorais e, por fim, preservar ou restaurar, na medida do possível, a integridade das relações intersubjetivas em jogo.

---

1 Inumanidade não no primeiro sentido destacado por Lyotard, ao indagar: “e se, por um lado, os humanos, no sentido do humanismo, estão em vias de, constrangidos, se tornarem inumanos?”, mas sim na perspectiva da inumanidade “infinidamente secreta, de que a alma é refém”. E confessa Lyotard: “Acreditar, como aconteceu comigo, que a primeira possa substituir a última, dar-lhe expressão, é cair no engano. A consequência maior do sistema é a de fazer esquecer tudo o que lhe escapa. Mas a angústia, o estado de um espírito assombrado por um hóspede familiar e desconhecido que o agita, fá-lo delirar, mas também pensar – se pretendemos excluí-lo, se não lhe damos uma saída, agravamo-lo. O mal-estar aumenta com esta civilização, a exclusão com a informação”. (LYOTARD, Jean-François. *O Inumano: Considerações sobre o tempo*. [Tradução: Ana Cristina Seabra/Elisabete Alexandre]. Coleção Novos Rumos. 2. ed. Lisboa: Editorial Estampa, 1997. p. 10.).

Cada ato processual praticado pelas partes corresponde a golpes desferidos em uma batalha<sup>2</sup>, cuja destinação não é outra senão a de ferir o adversário, decerto que em sua razão, seus argumentos e em seu desejo.

A atuação do juiz, de igual sorte, não ocorre no campo da suspensão absoluta dos sentimentos, em que a pura lógica opera implacável; antes se desenvolve em meio a sensações de poder e impotência, conhecimento e ignorância, certeza e dúvida, exatamente coerente com a falibilidade humana, nos exatos termos do pensamento de Calamandrei, *verbis*:

“Representa-se escolarmente a sentença como o produto de um puro jogo lógico, friamente realizado com base em conceitos abstratos, ligados por inexorável concatenação de premissas e consequências; mas, na realidade, no tabuleiro do juiz, as peças são homens vivos, que irradiam invisíveis forças magnéticas que encontram ressonâncias ou repulsões ilógicas, mas humanas, nos sentimentos do judicante. Como se pode considerar fiel uma fundamentação que não reproduza os meandros subterrâneos dessas correntes sentimentais, a cuja influência mágica nenhum juiz, mesmo o mais severo, consegue escapar?”<sup>3</sup>

Há ainda que se considerar que na era da liberdade o mister de julgar é ainda mais susceptível a influências:

“Dá vontade de dizer que, para um magistrado, é mais difícil manter sua independência em tempos de liberdade do que em tempos de tirania.

Num regime tirânico, o juiz, se estiver disposto a se dobrar, só poderá se dobrar numa direção – a escolha é sempre simples, entre servilismo e consciência.

Mas em tempos de liberdade, quando as correntes políticas sopram em oposição de todos os lados, o juiz se vê exposto como a árvore no alto do morro; se não tem tronco bem sólido, a cada vento que sopra corre o risco de se curvar para um lado.”<sup>4</sup>

---

2 “Desenvolve-se assim, sob os olhos do juiz, aquilo que os técnicos chamam o “contraditório”, e é, realmente, um duelo: o duelo serve para o juiz superar a dúvida; a propósito disto é interessante notar que também duelo, como dúvida, vem de “duo”. No duelo se personifica a dúvida. É como se, na encruzilhada de duas estradas, dois bravos se combatessem para puxar o juiz para uma ou para outra. As armas, que servem para eles combaterem são as razões. Defensor e acusador são dois esgrimistas, os quais não raramente fazem uma má esgrima, mas talvez ofereçam aos apreciadores um espetáculo excelente” (CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do Processo Penal* [Tradução de José Antonio Cardinali], 1995, CONAN. Disponível em: <<http://www.pensamientopenal.com.ar/04092007/doctri06.pdf>>. Acesso em: 25 jan. 2010).

3 CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por um advogado*. São Paulo: Martins Fontes, 1995. p. 175-176.

4 *Idem*. p. 248.

Dessa forma, é possível que o Juiz se mantenha afastado das influências políticas e decida não as considerar na sua atividade judicante. Trata-se, pois, de elementos externos, que o ser humano, ainda que seja alto o preço a pagar, possui a capacidade de neutralizar.

Por outro lado, as influências internas, decorrentes das convicções do magistrado, da tradição, dos preconceitos etc., traduzem-se em sentimentos, que não se colocam à disposição da racionalidade humana para fins de sua neutralização. Assim como a tristeza e a alegria, os preconceitos e as convicções, hauridas na vivência familiar e social, integram o próprio ser humano, como componentes indissociáveis da sua estrutura.

O que há, portanto, no campo do processo, são seres humanos que, com seus medos e frustrações, delegam a decisão acerca de suas incompatibilidades a outro ser humano ou, a um colégio de homens, que, também com seus medos e frustrações, possuem sobre si a difícil missão de produzir, sob a luz do ordenamento jurídico e dos valores presentes na sociedade, uma solução marcada pelas influências internas que atuam sobre a própria falibilidade humana.

O mister de julgar o próximo somente pode ser considerado algo fácil por aqueles que ainda não deram conta da missão que paira sob suas cabeças e, por conseguinte, não se importam com os destinos da sociedade. Como Carnelutti advertiu: “nenhum ser humano que refletisse sobre o que seria necessário para poder julgar um outro aceitaria ser juiz. Mas encontrar juizes é preciso, e este é o drama do direito. Isto deveria estar sempre presente na mente de todos os juizes e jurisdicionados no transcurso do ato em que se resume o processo”<sup>5</sup>.

Portanto, o processo é um campo de sentimentos, onde não há qualquer possibilidade de neutralidade humana, no sentido amplo do vocábulo.

### 3 – NEUTRALIDADE E IMPARCIALIDADE – DISTINÇÃO NECESSÁRIA

Cumprida essa rápida análise do humano no campo de processo, é preciso examinar os traços distintivos entre “neutralidade” e “imparcialidade”, com vistas a verificar se a “neutralidade”, muitas vezes referida como algo ao alcance do magistrado, relaciona-se em alguma medida – ou até mesmo confunde-se em algum ponto – com a imparcialidade que lhe é exigida.

---

5 CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. São Paulo: Servanda, 2010. p. 49. Aduz, ainda, “Os crucifixos que, graças a Deus, ainda se inclinam sobre as cabeças dos juizes nas sessões das Cortes Judiciárias, estariam bem melhor à sua frente, porque assim teriam, diante de si, a imagem da vítima mais insigne da justiça humana a lhes pedir contas das próprias iniquidades. Somente a consciência das suas próprias injustiças pode ajudar um juiz a ser mais justo”.

### 3.1 Os signos “Neutralidade” e “Imparcialidade”

O exame distintivo que se pretende desenvolver restaria comprometido caso não se promovesse incursão semiótica, sobretudo porque aos signos linguísticos e verbais “neutralidade” e “imparcialidade” são atribuídas pelos dicionaristas correspondências, que, acaso transportadas ao plano do processo, implicariam em significativa desvirtuação da significação pretendida.

Tal exame não pretende – até porque os limites deste escrito não permitem – o estudo da teoria dos signos. Todavia, importa referir à dicotomia de sistemas de signos desenvolvida por Ferdinand de Saussure, segundo a qual a língua e a escrita consubstanciam dois sistemas distintos, entre os quais se estabelece uma relação de dependência caracterizada pela função deste último de representar o primeiro. Porém, para Saussure, o que ocorre, em verdade, é a usurpação do papel principal pela representação, o que enseja a atribuição de maior importância à representação do signo vocal do que ao próprio signo, como se se acreditasse que, para se conhecer alguém, melhor seria contemplar a fotografia do que o rosto<sup>6</sup>.

No particular, são elucidativas as palavras de Jacques Fontanille ao cotejar o signo saussuriano com o signo peirciano:

“Enquanto Saussure concebia o signo como pressuposição recíproca entre duas faces distintas, Peirce o definia, desde o princípio, por uma relação assimétrica: *aquilo que, sob certo aspecto ou modo, representa algo para alguém*. Geralmente se diz que o signo saussuriano é diádico (duas faces, um significante e um significado) e o signo peirciano, triádico. Contudo, examinando atentamente a definição proposta pelo próprio Peirce, constata-se que ela contém, de fato, *quatro elementos*: (1) ‘aquilo’ que representa (2) ‘algo’ (3) ‘para alguém’ e (4) sob ‘certo modo’, ou ‘aspecto’.”<sup>7</sup>

Fontanille esclarece, outrossim, acerca da exclusão do “referente” da definição do signo empreendida por Saussure, em contraponto com a importância atribuída por Peirce ao atribuí-lo um papel essencial, conforme, de fato,

6 SAUSSURE, Ferdinand de. *Cours de linguistique générale*. Paris: Payot, 1955. p. 44. Esclarece Saussure que “Langue et écriture sont deux systèmes de signes distincts; l’unique raison d’être du second est de représenter le premier; l’objet linguistique n’est pas défini par la combinaison du mot écrit et du mot parlé; ce dernier constitue à lui seul cet objet. Mais le mot écrit se mêle si intimement au mot parlé dont il est l’image, qu’il finit par usurper le rôle principal; on représentation du signe vocal qu’à ce signe lui-même. C’est comme si l’on croyait que, pour connaître quelqu’un, il vaut mieux regarder sa photographie que son visage”.

7 FONTANILLE, Jacques. *Semiótica do Discurso*. São Paulo: Contexto, 2008. p. 39.

verifica-se do seguinte excerto da obra de Charles Sanders Peirce, destacada por Fontanille<sup>8</sup>:

“Um signo, ou representâmen, é aquilo que, sob certo aspecto ou modo, representa algo para alguém. Dirige-se a alguém, isto é, cria, na mente dessa pessoa, um signo equivalente, ou talvez um signo mais desenvolvido. Ao signo assim criado, denominado *interpretante* do primeiro signo. O signo representa alguma coisa, seu *objeto*. Representa esse objeto não em todos os seus aspectos, mas com referência a um tipo de ideia que eu, por vezes, denominei *fundamento* do *representâmen*.”

Nesse contexto, importa examinar algumas definições localizadas nos léxicos, em cujo âmbito se verifica, em certa medida, relação de coincidência ou sinonímia entre o conteúdo do signo “neutralidade” e o conteúdo do signo “imparcialidade”, fato que influencia sobremaneira a nossa percepção, na construção dos significantes e dos significados.

Inicia-se, de logo, com crítica desenvolvida acerca da definição lançada no dicionário organizado por Aurélio Buarque de Holanda.

Veja-se a definição de neutro naquele léxico:

“*Neutro*. [Do lat. *neutru*] Adj. 1. Que não toma partido nem a favor nem contra, numa discussão, contenda, etc.; neutral. 2. Que julga sem paixão; imparcial, neutral. 3. Diz-se de nação cujo território as potências se comprometem a respeitar em caso de guerra entre elas. 4. Não distintamente marcado ou colorido. 5. Indefinido, vago, distinto, indeterminado. 6. Que se mostra indiferente, insensível, neutral. 7. *Gram.* Diz-se do gênero das palavras ou nomes que, em certas línguas, designam os seres concebidos como não animados, em oposição aos animados, masculinos ou femininos. ~ V. cor -a, elemento -, ponto -, pressão -a, rocha -a e verbo. *S. m.* 8. *Eletr.* Num circuito de corrente alternada, condutor permanentemente ligado à terra e que tem potencial constantemente igual a zero. [Cf. *nêutron*.]”<sup>9</sup>

Em recorte das duas primeiras conceituações, quais sejam: (“1. Que não toma partido nem a favor nem contra, numa discussão, contenda, etc.; neutral. 2. Que julga sem paixão; imparcial, neutral.”), sustentou-se que:

“(…) as diversas acepções gramaticais do termo já seriam suficientes para demonstrar a enorme complexidade da discussão acerca da

8 *Idem*.

9 FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda, *Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. 3. ed. Curitiba: Positivo, 2004. p. 1.853. p. 1.399.

neutralidade, notadamente se encarada sob uma ótica leiga. (...) *Data venia* do ilustre dicionarista, ousamos discordar do seu entendimento de que neutro e imparcial sejam sinônimos, pelo menos do ponto de vista jurídico-político.”<sup>10</sup>

Ao relacionar a neutralidade com o julgamento “sem paixão” e “neutro” tem-se que o ilustre dicionarista não se distanciou em importante monta da essência dos signos envolvidos, porquanto a ausência de paixão é, de fato, uma forma de neutralidade – o que se pode discutir, no particular, é se é possível ao humano despojar-se de suas paixões, de modo a providenciar um julgamento neutro; todavia, tal reflexão situa-se fora do alcance epistemológico que aqui se busca atingir.

Por sua vez, o estabelecimento de correspondência entre os signos “neutro” e “imparcial” merece, ainda que não evidente, a referida crítica lançada no sentido de se discordar que “neutro e imparcial sejam sinônimos, *pelo menos do ponto de vista jurídico-político*” (grifou-se).

É que, de fato, emerge não ser só do ponto de vista jurídico-político que a imparcialidade afasta-se da correspondência à neutralidade. Basta que se compulse o próprio dicionário referido na busca pelo conceito de “imparcial”, *verbis*: “*Imparcial*. [De im-2 + parcial.]. Adjetivo de dois gêneros. 1. *Que julga desapassionadamente; reto, justo*. 2. *Que não sacrifica a sua opinião à própria conveniência, nem às de outrem*. ~ V. estimador –.”<sup>11</sup> (grifou-se).

Percebe-se, pois, que basta a mera alteração de perspectiva e os signos do sistema escrito deixam de representar o mesmo signo para passar a corresponder a distintos conteúdos, o que, a toda evidência, provoca percepções e, conseqüentemente, significações diversas. Vale dizer, na linha desse raciocínio, ao se buscar pelo “neutro” é-se conduzido ao “imparcial”, todavia, ao se buscar pelo “imparcial”, não se encontraria o “neutro”.

E não se está aqui a defender que a estrada semiótica que parte de um signo e conduz ao outro é inexoravelmente idêntica àquela que parte deste último até o primeiro. Todavia, ao se estabelecer uma sinonímia, não se pode afastar tal correspondência, sobretudo porque “sinônimo” “diz-se de palavra ou locução que tem a mesma ou quase a mesma significação que outra”<sup>12</sup>.

Assim, não se revela indicado, salvo em situações que sugiram pretensões específicas, que ao se buscar criar na mente de alguém um signo equivalente à

10 PAMPLONA FILHO, Rodolfo. O mito da neutralidade do juiz como elemento de seu papel social. In: *O Trabalho*. O Trabalho, Curitiba, n. 16, p. 368-375, 1998.

11 FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Op cit.* p. 1.853.

12 *Idem.* p. 1.853.



ideia de “imparcialidade”, possa-se lhe transmitir o signo escrito “neutralidade” e que ao se objetivar a formação da imagem de neutro, não se possa representar o que pensamos ser “imparcial”.

Tal incongruência conduz à distorção do sistema de valores, decorrente da interação das percepções do mundo “interior” e do mundo “exterior”, responsáveis por, respectivamente, produzir os significantes e os significados<sup>13</sup>.

Nada obstante, é preciso observar que nem sempre essa distorção do sistema de valores produz reflexos negativos na sociedade.

### 3.2 “Neutralidade” – a perspectiva filosófica

Diante do que até aqui se examinou, faz-se necessário recorrer a reflexões filosóficas, para que se possa desprender as amarras que, na conceituação geral, conectam o que é “neutro” ao “imparcial”, mas não o que é “imparcial” ao “neutro”.

Veja-se, a propósito, a conceituação apresentada por Japiassú & Marcondes:

“Neutralidade (do lat. Medieval *neutralitas*);

1. Em um *sentido geral, isenção, imparcialidade*, recusa a tomar partido em relação a posições opostas ou em conflito. (grifou-se).

2. Em um sentido mais específico, as concepções que defendem a neutralidade das teorias científicas defendem a ideia de que essas teorias devem ser neutras quanto à constituição da realidade em si mesma, ou seja, não devem partir de nenhum pressuposto ontológico.

3. Em epistemologia, discute-se contemporaneamente a pretensa neutralidade do conhecimento científico. A ciência seria neutra na medida em que é factual, descritiva, isto é, preocupa-se com a descrição e a expli-

---

13 FONTANILLE, Jacques. *Semiótica do discurso*. São Paulo: Contexto, 2008. p. 38. Refere o autor que “a questão tratada por Saussure pode ser reduzida a dois pontos essenciais: (1) *a relação entre a percepção e a significação*. A partir de nossas percepções emergem significações; nossas percepções do mundo ‘exterior’, de suas formas físicas e biológicas, produzem significantes. A partir de nossas percepções do mundo ‘interior’, conceitos, afetos, sensações e impressões formam-se os significados; (2) *a formação de um sistema de valores*. Os dois tipos de percepções entram em interação, e essa interação define um sistema de posições diferenciais, sendo cada posição caracterizada segundo dois regimes de percepção: o conjunto é chamado, então, sistema de valores.”. E aduz: “Paralelamente à teoria do signo, uma teoria da significação vem à tona em Saussure. Essa teoria, especialmente por meio da noção de ‘imagem’ (imagens acústicas, visuais, mentais e psíquicas), está enraizada na percepção. O percurso que vai da substância à forma, do qual se reteve apenas o resultado final, é, de fato, o percurso que vai do mundo sensível ao mundo significante”.

cação dos fenômenos, sem emitir juízos de valor, sem fazer prescrições. Porém, *deve-se reconhecer que o conhecimento científico, situado em um contexto histórico-social, corresponde a interesses, valores, preconceitos, dos próprios indivíduos e grupos que produzem esse conhecimento e da sociedade que os aplica e utiliza. A ciência não estaria assim imune a elementos ideológicos, não poderia ser neutra.* (grifou-se).

4. O princípio da neutralidade científica é o princípio segundo o qual os cientistas estariam isentos e imunes, em nome de sua racionalidade objetiva, de formular todo e qualquer juízo de valor, de manifestar toda e qualquer preferência pessoal e, conseqüentemente, de ser responsáveis pelas decisões políticas relativas ao uso de suas descobertas.”<sup>14</sup>

Verifica-se, pois, que Japiassú & Marcondes também estabelecem, no campo das generalidades, a correspondência entre o “neutro” e o “imparcial”. No particular, não será possível empreender o exame na perspectiva de retorno, realizado no âmbito da obra de Holanda, já que não consta do referido dicionário de filosofia o verbete “imparcialidade” ou “imparcial”.

Todavia, até pela natureza do léxico filosófico, observa-se que os autores situam o neutro no campo da epistemologia e sustentam a total influência do contexto social, dos valores, preconceitos, etc., que afastam a possibilidade de neutralidade científica, sobretudo pela impossibilidade de imunização em relação aos elementos ideológicos.

Indaga-se: há humano em ação racional, que não esteja sob a influência de alguma ideologia?<sup>15</sup> E aqui se emprega o vocábulo “ideologia” no sentido

14 JAPIASSÚ, Hilton; MARCONDES, Danilo. *Dicionário básico de Filosofia*. 5. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2008. p. 200.

15 E aqui importa referenciar o estudo desenvolvido por Manoel Jorge e Silva Neto em torno dos diversos sentidos da palavra ideologia: “Na teoria social norte-americana contemporânea, por exemplo, o termo ideologia vem sendo utilizado para designar opiniões políticas conscientemente formuladas (cf. Anthony de Crespigny e Jeremias Cronin, *Ideologias políticas*, p. 9). Afirmam os autores mencionados que a palavra ideologia quando inauguralmente concebida portava conotação bem distinta da que hoje se formula. Fora empregado o termo à época da Revolução Francesa, pela primeira vez, por Destutt De Tracy, que o associou à busca de um método, sendo que *ideologie* foi o nome dado por De Tracy ao método específico que propunha como universalmente aplicável. ‘A *ideologie*, ou ciência das ideias, proporcionaria o verdadeiro fundamento para todas as demais ciências (op. cit., p. 6). Crespigny e Cronin aludem ainda ao sentido mais genérico e popular da palavra ideologia, apontada como sistemas de crenças de grupos sociais, e, com efeito, tal concepção foi disseminada a partir das obras de Karl Marx, muito embora não tenha sido o filósofo alemão o primeiro a reconhecer que os grupos sociais carregam consigo uma particular compreensão da realidade, distinta dos demais (*idem, ibidem*). Esclareça-se que, ao nos referirmos a embate ideológico, como fizemos no texto, associamos indicativamente a concepção de ideologia à de sistemas de crenças de grupos sociais. Não obstante, não se esgotam nesse plano as incontáveis significações da palavra ideologia. Karl Mannheim (cf. *Ideologia y Utopia*, p. 49) reconhece dois sentidos distintos e separados do termo ideologia, sendo um particular e outro total. Ideologia, tomada sua acepção particular, segundo Mannheim, se revela através da desconfiança e do ceticismo do indivíduo com relação às ideias do seu adversário, e, por outro giro, assumida em seu sentido total, é

de sistemas de crenças de grupos sociais, a significar um conjunto de ideias, princípios e valores que refletem uma determinada visão de mundo, orientando uma forma de ação, sobretudo uma prática política<sup>16</sup>.

---

sinônimo de conjunto de ideias de uma época ou de um grupo histórico-social concreto, '(...) por exemplo, de uma classe, quando estudamos as características e composição da total estrutura do espírito de nossa época ou deste grupo' (*idem, ibidem*). Tércio Sampaio Ferraz Jr. (cf. *Teoria da Norma Jurídica*, p. 155-157) clarifica que 'ideologia é termo equívoco, significando, ora falsa consciência, ora tomada de posição (filosófica, política, pessoal, etc.), ora instrumento de análise crítica (teoria da ideologia), ora instrumento de justificação (programas de ação). Em nossa concepção, funcionalizamos o conceito. Admitimo-lo como conceito axiológico, isto é, a linguagem ideológica é também valorativa. Só que, enquanto os valores em geral constituem prisma, critério de avaliação de ações, a valoração ideológica tem por objetivo imediato os próprios valores. Além disso, com qualidade pragmática diferente. Enquanto os valores são expressões dialógicas, reflexivas e instáveis, a valoração ideológica é rígida e limitada. Ela atua no sentido de que a função seletiva do valor no controle da ação se torna 'consciente'. Isto é, a valoração ideológica é uma metacomunicação que estima as estimativas, valora as próprias valorações, seleciona as seleções ao 'dizer' ao endereçado como este deve vê-las'. 'A ideologia, isto é, a avaliação ideológica, através da qual podemos identificar a qualidade imperatividade do sistema normativo, sendo metacomunicativa, constitui, portanto, por assim dizer, uma pauta de segundo grau, pressupondo a existência das próprias normas. Ela calibra o sistema normativo na media em que só por ela é possível determinar, numa situação dada, que tipo de efetividade deve possuir ele, como um todo, para que suas normas constituam cadeias válidas e, em consequência, que tipo de autoridade deve ser assumida como legítima. Assim, por exemplo, máximas do tipo 'ninguém deve permitir-se obter proveito de sua própria fraude ou tirar vantagens de sua própria transgressão' são inspiradas em considerações que têm seu fundamento em avaliação ideológica, com as que afirmam o primado universal da ordem, da justiça, enquanto valor social, podendo decidir, em consequência, sobre a validade e efetividade de testamentos, contratos e outros atos jurídicos, confirmando-lhes, alterando-lhes e suprimindo-lhes a força obrigatória. Elas não são dirigidas diretamente aos relatos das normas, mas aos seus cometimentos, tocando, por isso, imediatamente na relação entre editor e sujeito como meta complementar.' É Tércio Sampaio Ferraz Jr., ainda, quem esclarece a respeito da possibilidade de distinguir-se entre um enunciado sobre a ideologia e um enunciado ideológico, ao afirmar que '(...) a distinção é possível e tem ao menos um valor operacional. Assim, em tese, um enunciado sobre a ideologia, não importa seja ele mesmo ideológico, tem uma ideologia com seu objeto. Já um enunciado ideológico não fala de uma ideologia, mas tem uma carga ideológica: emite, ideologicamente, um valor, ou seja, um símbolo de preferência para ações indeterminadamente permanentes, uma fórmula integradora e sintética para a representação do consenso social. Muito embora, por reconhecemos, na prática, essa distinção seja menos imprecisa, poderíamos resumi-la dizendo que, numa alusão a Hart (1961:99), um enunciado sobre ideologia manifesta um ponto de vista externo, enquanto um enunciado ideológico manifesta um ponto de vista interno. O primeiro é aquele que é emitido por um observador que, em tese, não tem um compromisso com a ideologia que menciona, ao passo que o segundo é emitido por um observador que se compromete'. (cf. *Instituição de 1988: Legitimidade. Vigência e eficácia. Supremacia*, p. 17). Questão de relevo à qual não devemos tangenciar diz respeito à consideração de a ciência do direito comportar ou não a ideologia. Para Hans Kelsen, a ciência do direito é ideológica enquanto em oposição ao mundo do ser ou a natureza, sob o prisma lógico transcendental, tendo em vista a sua afirmativa de que 'somente quando se entenda 'ideologia' como oposição à realidade dos fatos da ordem do ser, isto é, quando por ideologia se entenda tudo que não seja realidade determinada por lei causal ou uma descrição desta realidade, é que o Direito, como norma – isto é, como sentido de atos da ordem do ser causalmente determinados, mas diferente destes atos –, é uma ideologia' (cf. *Teoria pura do Direito*, p. 116-117). Contudo, é também anti-ideológica, quando se não referir a valores e, nessa linha, conclui Kelsen: '(...) a ciência tem, com reconhecimento, a intenção imane de desvelar o seu objeto. A 'ideologia', porém, encobre a realidade enquanto, com a intenção de a conservar, de a defender, a obscurece ou, com a intenção de a atacar, de a destruir e de a substituir por outra a desfigura' (op. cit., p. 118-119)."

16 JAPIASSÚ, Hilton; MARCONDES, Danilo. *Dicionário básico de Filosofia*. 5. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2008. p. 141.

Com essa perspectiva, sem desejar aqui realizar digressão acerca das identidades, realidades e valores, desenvolvida por Saussure, impõe-se destacar a possibilidade de se tratar coisas idênticas como diferentes e coisas diferentes como idênticas, sempre considerada a carga valorativa que se atribui ao signo. E assim revela-se possível afirmar que a “imparcialidade” é “neutralidade”, caso ao primeiro signo seja atribuída a carga valorativa do segundo, máxime porque as significações dependem do contexto em que o signo é empregado.

Nessa perspectiva é que Saussure utiliza a representação do “cavalo” no Jogo de Xadrez e sustenta que, na sua materialidade pura, deslocado de sua casa e das demais condições do jogo, não representa nada para o jogador, não se tornando elemento real e concreto, senão quando estiver revestido de seu valor e fazendo corpo com ele. De igual sorte, outro objeto, sem qualquer semelhança com a peça “cavalo”, uma vez colocada na respectiva casa e a ela atribuída o valor do “cavalo”, será tratada como idêntica ao cavalo<sup>17</sup>.

Tais reflexões aplicam-se, em toda a sua extensão, ao que se busca delinear no presente escrito, porquanto, ainda que as distinções já se façam mostrar no campo da generalidade, o *locus* de aplicação da neutralidade e da imparcialidade aqui considerado é aquele afeto às decisões judiciais, ambiente em que só é possível afirmar que o magistrado pode ser neutro se, com isso, esteja-se desejando atribuir à neutralidade a carga valorativa da imparcialidade, operação que, ademais, pode, a uma primeira vista, relevar-se por demais despidianda e inapropriada, todavia, em contexto específico poderá representar significativo agregado à teoria e à *praxis* processual, especialmente no que concerne à atuação do magistrado e à imagem do Poder Judiciário.

Impõe-se considerar, pois, a necessidade de se invocar o pensamento de Edmund Husserl para sustentar a possibilidade de neutralidade humana diante de uma situação de conflito, importando, todavia, advertir que a suspensão de juízos (*epoché*, *epokhé* ou *εποχή*) é uma ação que pode se afirmar impossível de ser atingida em toda a sua extensão, sobretudo porque o objetivo do pensar fenomenológico é o alcançar da essência (*eidós*), limite da redução eidética.

---

17 SAUSSURE, Ferdinand de. *Cours de linguistique générale*. Paris: Payot, 1955. p. 154-155. “Enfin, toutes les notions touchées dans ce paragraphe ne diffèrent pas essentiellement de ce que nous avons appelé ailleurs des valeurs. Une nouvelle comparaison avec le jeu d’échecs nous le fera comprendre (voir p. 125 sv.). Prenons un cavalier : est-il lui seul un élément de jeu? Assurément non, puisque dans sa matérialité pure, hors de sa case et des autres conditions du jeu, il ne représente rien pour le joueur et ne devient élément real et concret qu’une fois revêtu de sa valeur et faisant corps avec elle. Supposons qu’au cours d’une partie cette pièce vienne à être détruite ou égarée: Peut-on la remplacer par une autre équivalente? Certainement: non seulement un autre cavalier, mais même une figure dépourvue de toute ressemblance avec celle-ci sera déclarée identique, pourvu qu’on lui attribue la même valeur. (...)”.

Dessa forma, a essência, que se localiza no Ser (*Sein*) próprio de determinado indivíduo como o que (*Was*) ele é, resta conduzida ao mundo das ideias (*in Ideen gesetzt*). A intuição empírica (*erfahrende Anschauung*) ou individual (*individuelle*) pode ser transformada em visão de essência (*Wesensanschauung*) ou ideação (*Ideation*)<sup>18</sup>.

Assim, essa “suspensão de juízo” no campo fenomenológico não implica a neutralidade no sentido amplo e irrestrito, mas sim pretende a “contemplação desinteressada”, alusivas aos interesses naturais na existência, abstendo-se de emitir juízos sobre ela, sem, todavia, pô-la em dúvida. Trata-se da neutralidade filosófica, não transportável ao plano empírico da decisão.

Na verdade, como adverte José Ferrater Mora, a “ausência de pressupostos” não se refere à constituição da realidade, mas às doutrinas ou ideias sobre ela. Para o filósofo, seria este o sentido atribuído por Husserl e, por isso mesmo, não se pode afirmar que tal neutralização seria impraticável, já que é necessário considerar a que se refere a “‘actitud neutral’ implicada en la neutralización de referencia. Si dicha actitud es una actitud ante ideas, nociones, ‘posiciones’, etc., no parece inconveniente admitir la posibilidad de una neutralización. Si, en cambio, se refiere a ‘situaciones básicas’, la neutralización parece difícil, si no imposible”<sup>19</sup> (grifou-se).

18 HUSSERL, Edmund. *Ideen zu einer reinen Phänomenologie und phänomenologischen Philosophie*. Hamburg: Felix Meiner Verlag GmbH: 2009. p. 13. “Zunächst bezeichnete ‘Wesen’ das im selbststeigenden Sein eines Individuum als sein Was Vorfindliche. Jedes solches Was kann aber ‘in Idee gesetzt’ werden. Erfahrende oder individuelle Anschauung kann in Wesensanschauung (Ideation) umgewandelt werden – eine Möglichkeit, die selbst nicht als empirische, sondern als Wesensmöglichkeit zu verstehen ist. Das Erschaute ist dann das entsprechende reine Wesen oder Eidos, sei es die oberste Kategorie, sei es Besonderung derselben, bis herab zur vollen Konkrektion”.

19 FERRATER MORA, José. *Diccionario de Filosofía*. 5. ed. Buenos Aires: Editorial Sudamericana, 1964. p. 277. “El concepto de neutralidad, y el ‘neutralismo’ resultante, puede usarse también en otro sentido: en el de la ‘ausencia de supuestos’ (la Voraussetzungslosigkeit a que se han referido muchos filósofos alemanes). En este caso la neutralidad se refiere no a la constitución de la realidad, sino a las doctrinas o ideas sobre la misma. En este sentido Husserl ha hablado de neutralidad en cuanto neutralización (Neutralisierung), o sea en cuanto ‘modificación de neutralidad’ (Neutralitätsmodifikation). Consiste ésta en el acto de ‘desconectar’ toda tesis relativa al mundo natural y colocarla entre paréntesis (VÉASE), haciéndola de esta manera ‘neutral’ con respecto a cualquier supuesto y hasta con respecto a cualquier afirmación (Ídem, § 31). La ‘modificación de neutralidad’ es, según Husserl, aquel tipo de modalidad que descarta toda ‘modalidad doxal’ a la cual se refiere, pero en forma completamente distinta de la mera negación, la cual es positiva y no ‘neutralizante’. La modificación en cuestión no suprime nada ni ‘hace nada’: es sólo, dice Husserl, la contraparte consciente de toda ejecución o acto, es decir, su ‘neutralización’ (ibid., § 109). Se ha discutido a este respecto (y en otros respectos) hasta qué punto es posible una completa neutralización frente a toda ‘posición’ o ‘negación’. Es común estimar que tal neutralización es impracticable, pero hay que tener en cuenta a qué se refiere la ‘actitud neutral’ implicada en la neutralización de referencia. Si dicha actitud es una actitud ante ideas, nociones, ‘posiciones’, etc., no parece inconveniente admitir la posibilidad de una neutralización. Si, en cambio, se refiere a ‘situaciones básicas’, la neutralización parece difícil, si no imposible”.

Sustenta, pois, que a neutralidade alusiva a todo o suposto de caráter ontológico não é só possível, “sino que es indispensable para que se ponga en marcha el pensamiento filosófico. En efecto, éste no sería filosófico si no comenzara desde las ‘raíces’, es decir, si no descartara todo supuesto (ontológico) que se presenta ante él con pretensión de verdad.”

Adverte, todavia, que:

“(…) la ‘neutralidad ontológica’ en cuestión es sólo la condición indispensable para que haya un verdadero punto de partida ontológico, el cual de este modo no será simplemente dado, sino ‘asumido’ en la forma de ‘ser radicalmente pensado’. En otros términos, el pensamiento filosófico es neutral sólo en cuanto que, al empezar a funcionar, deja de serlo. Ello distingue el pensamiento filosófico del científico, en el cual es en principio imposible la neutralidad en el sentido aquí indicado.”<sup>20</sup>

Nesses termos, a neutralidade possível ao Juiz é aquela que representa a “suspensão do juízo” e o encontro com a essência, ação que o desloca de sua posição de poder e o auxilia a perceber o calor das angústias das partes, subjacente à frieza dos autos. Viabiliza-se, assim, a percepção do magistrado no sentido de que aqueles que submetem suas demandas são seres humanos como ele e como tal devem ser tratados. Traz, enfim, o Juiz ao campo do humano simples, para que perceba que a única coisa que o diferencia do homem do povo é a investidura no poder, que, um dia, haverá de lhe faltar.

Enfim, a essência do humano que deve buscar o juiz no campo do processo – cuja compreensão constitui condição de qualidade na apreciação da demanda – relaciona-se com a denominada neutralidade subjetiva, consubstanciada no tratamento igual das partes, sem que se empreenda discriminação negativa de qualquer sorte. Exigir, por sua vez, a neutralidade em relação aos princípios que decidiu abraçar para a condução de sua vida, bem como das influências que, de forma consciente ou inconsciente, incidem sobre seu modo de pensar e agir, equivale a pedir-lhe que elimine os seus próprios caracteres humanos, a sua própria essência<sup>21</sup>.

---

20 *Idem.*

21 Nesse sentido posiciona-se Nery Junior ao invocar a doutrina de Claus Dieter Classen e César de Souza: “(...) não se pode exigir do juiz, enquanto ser humano, neutralidade quanto às coisas da vida (neutralidade objetiva), pois é absolutamente natural que decida de acordo com seus princípios éticos, religiosos, filosóficos, políticos e culturais, advindos de sua formação como pessoa. A neutralidade que se lhe impõe é relativa às partes do processo (neutralidade subjetiva) e não às teses, *in abstracto*, que se discutem no processo”. (NERY Jr., Nelson. *Princípios de processo na Constituição Federal*. 9. ed. São Paulo: RT, 2009. p. 137.)

## 4 – INDEPENDÊNCIA E IMPARCIALIDADE COMO IMPERATIVOS CATEGÓRICOS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO

No cenário do processo, o espírito do Juiz deve se orientar pelo princípio do dever, em linha com o imperativo categórico kantiano, pelo simples fato de que sua ação deve ser boa em si, desprezando, pois, motivos, interesses ou fins. Todavia, as regras do devido processo legal são imperativos hipotéticos a serem observados pelo Juiz, não porque são boas ou ruins em si, mas porque servem de meio para a tentativa de promoção do justo possível<sup>22</sup>.

A fruição isonômica do direito ao contraditório e à ampla defesa representa uma das vigas mestras do processo, que permite às partes declinar elementos de convicção idôneos, ou não, a suportar a pretensão judicializada.

Nessa perspectiva é que se desenvolve a imparcialidade do Juiz, que, vinculado ao arcabouço normativo, submete-se ao dever de promover a paridade de armas e a igualdade de oportunidades, com vista à construção dos argumentos e do corpo probatório; vigilante, contudo, em relação às manobras imorais e antijurídicas, desnecessárias e protelatórias, absolutamente indesejáveis na formação do seu livre convencimento.

Como reflete Carnelutti ao delinear a função das partes no processo: “a parcialidade deles é o preço que se deve pagar pela imparcialidade no juiz durante o processo; é o milagre do homem em superar a sua própria parcialidade, conseguindo não ser parte, não tomando partido”<sup>23</sup>. Reflexão que se alinha com o pensamento de Calamandrei:

“Imparcial deve ser o juiz, que está acima dos contendores; mas os advogados são feitos para serem parciais, não apenas porque a verdade é mais facilmente alcançada se escalada de dois lados, mas porque a parcialidade de um é o impulso que gera o contraimpulso do adversário, o estímulo que suscita a reação do contraditor e que, através de uma série de oscilações quase pendulares de um extremo a outro, permite ao juiz apreender, no ponto de equilíbrio, o justo.”<sup>24</sup>

22 KANT, Immanuel. *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*. Stuttgart: Reclam, 2008. p. 44. “Alle Imperativen nun gebieten entweder hypothetisch, oder kategorisch. Jene stellen die praktische Notwendigkeit einer möglichen Handlung als Mittel zu etwas anderem, was man will (oder doch mögliche ist, dass man es wolle), zu gelangen vor. Der kategorische Imperativ würde der sein, welcher eine Handlung als für sich selbst, ohne Beziehung auf einen andern Zweck, als objektiv-notwendig vorstellte”.

23 CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. Op. cit. p. 58-59.

24 CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juizes, vistos por um advogado*. Op. cit. p. 126.



É preciso advertir, a propósito, que a imparcialidade do Juiz, malgrado também deflua de dever moral, da dinâmica do processo e de disposições legais, encontra a sua fonte primeira em uma das dimensões do princípio constitucional do juiz natural, qual seja aquela que determina que “o juiz competente tem de ser imparcial”<sup>25</sup>.

A independência do magistrado, por sua vez, constitui pressuposto inextinguível da imparcialidade, porquanto jamais se pode falar em juiz imparcial acaso existam amarras externas que forcem o juiz a projetar sobre os autos elementos que deles não emanam, justamente para favorecer a interesses outros, que não a consecução da justiça.

Decorre, pois, do princípio do juiz natural o reconhecimento de regras éticas que objetivam a garantir o lastro de independência necessário à imparcialidade, conforme se verifica do Capítulo III do Código de Ética da Magistratura Nacional, de onde se extraem vedações expressas que tratam da interferência entre os juízes, de influências externas indevidas, do dever de denunciar as interferências e da participação em atividades político-partidárias<sup>26</sup>.

---

25 NERY Jr., Nelson. *Princípios de processo na Constituição Federal*. Op. cit. p. 126. Explica o autor que “O princípio do juiz natural, enquanto postulado constitucional adotado pela maioria dos países cultos, tem grande importância na garantia do estado de direito, bem como na manutenção dos preceitos básicos de imparcialidade do juiz na aplicação da atividade jurisdicional, atributo esse que se presta à defesa e proteção do interesse social e do interesse público geral. É adotado no Brasil desde a Constituição Imperial de 1824”. Aduz, ainda, que “a garantia do juiz natural é tridimensional. Significa que: 1) não haverá juízo ou tribunal *ad hoc*, isto é, tribunal de exceção; 2) todos têm direito de se submeter a julgamento (civil e penal) por juiz competente, pré-constituído na forma da lei; 3) o juiz competente tem de ser imparcial”.

26 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Código de Ética da Magistratura Nacional: “CAPÍTULO II – INDEPENDÊNCIA – Art. 4º Exige-se do magistrado que seja eticamente independente e que não interfira, de qualquer modo, na atuação jurisdicional de outro colega, exceto em respeito às normas legais. Art. 5º Impõe-se ao magistrado pautar-se no desempenho de suas atividades sem receber indevidas influências externas e estranhas à justa convicção que deve formar para a solução dos casos que lhe sejam submetidos. Art. 6º É dever do magistrado denunciar qualquer interferência que vise a limitar sua independência. Art. 7º A independência judicial implica que ao magistrado é vedado participar de atividade político-partidária.”. No particular, as reflexões de Nelson Nery Junior acerca do tema demonstram a dimensão que assume a independência do magistrado: “Independente é o juiz que julga de acordo com a livre convicção, mas fundado no direito, na lei e na prova dos autos. Julgará apreciando livremente as provas, mas sua decisão tem de ser fundamentada (CPC, 131). Decisão não fundamentada é nula, conforme expressa determinação da CF, 93, IX. Decisão que afirma indeferir determinado requerimento “por falta de amparo legal” é inconstitucional por dois motivos: a) essa alegação não constitui fundamento, de modo que a decisão é não fundamentada, *nula ex* CF, 93, IX; b) o juiz não pode eximir-se de sentenciar alegando lacuna ou obscuridade na lei, porque isso é negativa de prestação jurisdicional, em ofensa à CF, 5º, XXXV. Havendo lacuna na lei, o juiz deve decidir aplicando a analogia, costumes e princípios gerais do direito (CPC, 126). Essa possibilidade de o juiz julgar de acordo com o seu livre convencimento denomina-se independência jurídica ou independência funcional (CodÉticaMN 1º, 4º s 7º e 17; LOMN 351 e 40)”.



## 70 ANOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO

Com tais fundamentos, exige-se dos juízes postura imparcial, cujo conteúdo é expressamente determinado pelo aludido Normativo, que chega, inclusive, a delimitar um conceito, conforme se verificam dos seguintes dispositivos:

“Art. 8º O magistrado imparcial é aquele que busca nas provas a verdade dos fatos, com objetividade e fundamento, mantendo ao longo de todo o processo uma distância equivalente das partes, e evita todo o tipo de comportamento que possa refletir favoritismo, predisposição ou preconceito.

Art. 9º Ao magistrado, no desempenho de sua atividade, cumpre dispensar às partes igualdade de tratamento, vedada qualquer espécie de injustificada discriminação.”

A imparcialidade é tão crucial à consecução da justiça que a doutrina chega a se debruçar de forma intensa sobre questões que envolvem a possibilidade de se reconhecer a quebra de imparcialidade decorrente de atividades do juiz extra-processo, como, por exemplo, a emissão de opiniões científicas em livros e periódicos, a realização de palestras, o posicionamento em aulas e no desenvolvimento de teses acadêmicas etc.

Decerto que revelaria exagero depreender-se, de forma abstrata, a imparcialidade da atuação acadêmica do juiz<sup>27</sup>, todavia, faz-se necessário o exame do caso concreto, de modo a afastar qualquer conexão direta a envolver as partes ou o conteúdo de determinado processo, com determinado propósito.

Não se trata aqui de examinar o acerto ou equívoco de se afastar ou não a imparcialidade no particular, até porque de acerto e de equívoco não se trataria, o que se objetiva com a discussão é a garantia da preservação da paridade de armas, de modo que as partes não sejam, de forma alguma, prejudicadas no seu direito às devidas oportunidades para apresentar seus elementos de sustentação, de travarem o diálogo processual isonômico e de terem suas teses examinadas por um juiz assim dito imparcial.

---

27 Esclarece Nelson Nery Junior que “A questão da imparcialidade ou parcialidade do juiz que emite opiniões científicas em livros, artigos doutrinários, palestras, entrevistas e teses acadêmicas, para julgar ações nas quais essas opiniões são discutidas, não é nova. Entre nós, Pontes de Miranda e Celso Agrícola Barbi, de escolas processuais diametralmente opostas, já se manifestaram no sentido de que isso não torna no juiz suspeito para julgar ações. (...) O afastamento da parcialidade do juiz pode ocorrer se o magistrado defender determinada tese jurídica como *parte* em outro processo judicial ou administrativo, o que demonstra seu interesse concreto no deslinde da causa em favor da tese favorável a seus interesses subjetivos.” (NERY Jr., Nelson. *Princípios de processo na Constituição Federal*. Op. cit. p. 137)

Em palavras outras, que se deixem as contradições<sup>28</sup> fluírem à luz dos princípios do *due process of Law*, no curso de uma dialética processual, que privilegie, sobretudo, a entrega de cada um, aquilo que, de fato, lhe pertence.

## 5 – OS DESVIOS DA IMPARCIALIDADE

Para além das reflexões essenciais, a absoluta ausência de correspondência entre o neutro objetivo e o imparcial no campo processual-filosófico também se revela no plano processual-empírico, ainda que o empirismo não se deixe explicar pelo próprio empirismo<sup>29</sup>.

Como visto, o que se exige é a observância dos princípios constitucionais no campo processual, de modo a se garantir a prestação jurisdicional hígida. Com essa perspectiva é que a ordem jurídica contempla as disposições que pretendem obstar a parcialidade do magistrado, de modo a preservar a sua equidistância e, por conseguinte, o tratamento isonômico das partes em conflito.

Os institutos do impedimento e da suspeição, regulados nos arts. 134 a 138 do Estatuto Processual Civil, consubstanciam arcabouço normativo que delimita a zona de atuação do magistrado e representam verdadeiro instrumental de proteção à higidez processual e, conseqüentemente, à produção de uma prestação jurisdicional que privilegie o valor justiça possível.

A análise mais detida dos referidos dispositivos faz emergir a verdadeira essência de cada um dos impedimentos objetivados na norma, de maneira a oferecer a todos os interessados na lide a possibilidade a aferir a presença de possível desvio de imparcialidade, ainda que o próprio magistrado não se sinta deslocado deste centro, por força do fundamento invocado.

O inciso I do art. 134, que impede o Juiz de exercer suas funções em processo de que for parte, encerra a nítida representação do extremo da parcialidade, já que a “parte” em determinado processo não possui outro objetivo que não o de empreender todos os esforços para que a solução lhe seja favorável, o

28 Na lógica dialética de Hegel, a contradição constitui o motor ao mesmo tempo do pensamento e do real, toda afirmação de verdade sendo apenas um momento provisório da posse do real espírito, devendo ser ultrapassada (*Aufhebung*); ela se realiza em três fases: *tese*, *antítese* e *síntese*, que marcam o progresso da consciência e o movimento da história até o *espírito absoluto*. Assim, a filosofia hegeliana se caracteriza pela integração da contradição, da qual faz um momento necessário da dialética, que é a resolução de todas as contradições. Ainda para Hegel, o real não é o concreto nem tampouco o imediato, o ponto de partida, mas o resultado do pensamento que gera a realidade. (JAPIASSÚ, Hilton; MARCONDES, Danilo. *Dicionário básico de Filosofia*. Op. cit. p. 56)

29 LYOTARD, Jean-F. *La phénoménologie*. França: Presses Universitaires de France, 1954, p. 13. “Or expérience, ne fournissant jamais que du contingent et du singulier, ne peut offrir à la science le principe universel et nécessaire d’une affirmation semblable”.

que, a toda evidência, rivaliza com a função de decidir a lide de forma imparcial, considerada quase que exclusivamente os elementos constantes dos autos.

Considerando que exorbita os limites do presente escrito o exame individualizado das hipóteses previstas nos referidos dispositivos, basta que se consigne que o impedimento é depreendido a partir da situação objetiva que revela a possibilidade de decisão viciada por eventual interesse ilegítimo daquele, cujo único interesse deve ser à persecução do justo.

Tal situação, pois, deve ser excepcionada para que o magistrado seja afastado e substituído, sem que possa ele – sobretudo diante da objetiva possibilidade de lesão – atuar no sentido de ultrapassar o óbice que o impede de funcionar no processo.

De igual sorte, assim como a hipótese de impedimento pode ser identificada como evento violador da imparcialidade, a fabricação de uma hipótese de impedimento representa a busca do afastamento de magistrado que, obedecidos os princípios processuais, não se encontra, na verdade, impedido ou suspeito.

A norma adjetiva também contempla em sua *ratio* impedir tais manobras, já que absolutamente afrontosas ao princípio do juiz natural.

Nessa perspectiva, importa destacar que, ao mesmo tempo em que o art. 134, inciso IV, do Código de Processo Civil assinala a hipótese de impedimento do magistrado em processo, “quando nele estiver postulando, como advogado da parte, o seu cônjuge ou qualquer parente seu, consanguíneo ou afim, em linha reta; ou na linha colateral até o segundo grau”, preocupa-se em proscrever a construção de simulacros de impedimento, conforme se verifica do parágrafo único do mesmo dispositivo, *verbis*: “No caso do nº IV, o impedimento só se verifica quando o advogado já estava exercendo o patrocínio da causa; é, porém, vedado ao advogado pleitear no processo, a fim de criar o impedimento do juiz” (grifou-se).

No mesmo sentido, malgrado a maior força da subjetividade no particular, as hipóteses de suspeição do magistrado também se colocam ao alcance das normas e dos interessados no deslinde da questão *sub judice*, de modo a possibilitar – decerto que, em alguns casos, já não mais com a mesma precisão que caracteriza os impedimentos – a proteção dos bens jurídicos envolvidos.

No particular, sobretudo porque aqui interessa o confronto da neutralidade com a imparcialidade, cumpre examinar o inciso V, do art. 135, que estabelece fundamento de suspeição no fato de que o magistrado possa ser identificado como “interessado no julgamento da causa em favor de uma das partes”.

E aqui as dificuldades se multiplicam e já se iniciam a partir da inexorável indagação: o que seria o interesse?

Decerto que não se cuida de interesse fundado em convicções e ideologias positivas que orientam a pré-compreensão do magistrado e o conduz, de logo, ainda que de forma inconsciente, a se inclinar pela prevalência do direito em relação a uma das partes, especialmente quando a demanda comporta significativa carga axiológica, com relevante desproporção social e econômica entre os litigantes, em que se verifica subalternização da dignidade.

Nesses casos, antes mesmo de compulsar os autos, o magistrado, que é humano, há de se inclinar de acordo com suas convicções e formação. O interesse aqui é legítimo, ainda que não possa ser invocado para subverter a ordem processual, em um caso, por exemplo, que, por desvio de formalidades, deva-se extinguir o feito sem apreciação do seu mérito, em desfavor do demandante fragilizado.

A dificuldade se mostra ainda mais intensa quando se reflete sobre o comando do parágrafo único do art. 135, que estabelece que “poderá ainda o juiz declarar-se suspeito por motivo íntimo.”.

Indaga-se: O que seria “motivo íntimo”?

Como garantir que este “motivo íntimo”, eventualmente invocado pelo Juiz, guardará coerência ao fim último da garantia da imparcialidade?

Não se pretende aqui investigar os contornos do fundamento da suspeição em exame, tampouco as diversas possibilidades de manipulação abusiva da norma no particular, todavia, cumpre registrar que a declaração de suspeição não se presta à salvaguarda de eventual interesse do magistrado, mas sim à preservação de incolumidade do processo, sob pena de configurar negativa ilegítima do exercício da função, sobretudo considerando o que dispõem os arts. 72 e 73 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional (LOMAN)<sup>30</sup>.

Importa advertir, ademais, acerca da natureza fechada do rol indicado no referido Diploma, conforme, inclusive, depreende-se do entendimento firmado

---

30 BRASIL. Lei nº 35/79. “Art. 72. Sem prejuízo do vencimento, remuneração ou de qualquer direito ou vantagem legal, o magistrado poderá afastar-se de suas funções até oito dias consecutivos por motivo de: I – casamento; II – falecimento de cônjuge, ascendente, descendente ou irmão; Art. 73 – Conceder-se-á afastamento ao magistrado, sem prejuízo de seus vencimentos e vantagens: I – para frequência a cursos ou seminários de aperfeiçoamento e estudos, a critério do Tribunal ou de seu órgão especial, pelo prazo máximo de dois anos; II – para a prestação de serviços, exclusivamente à Justiça Eleitoral. III – para exercer a presidência de associação de classe. (...)”.

no âmbito do Conselho Nacional de Justiça<sup>31</sup>, órgão responsável pela edição da controvertida Resolução nº 82/09, cujo conteúdo, pela sua peculiaridade, merece destaque:

“Art. 1º No caso de suspeição por motivo íntimo, o magistrado de primeiro grau fará essa afirmação nos autos e, em ofício reservado, imediatamente exporá as razões desse ato à Corregedoria local ou a órgão diverso designado pelo seu Tribunal.

Art. 2º No caso de suspeição por motivo íntimo, o magistrado de segundo grau fará essa afirmação nos autos e, em ofício reservado, imediatamente exporá as razões desse ato à Corregedoria Nacional de Justiça.

Art. 3º O órgão destinatário das informações manterá as razões em pasta própria, de forma a que o sigilo seja preservado, sem prejuízo do acesso às afirmações para fins correccionais.”

Advirta-se, por oportuno, que um dos fundamentos invocados pelo CNJ, para editar tal Resolução foi justamente o “elevado número de declarações de suspeição por motivo de foro íntimo”, o que ensejava o desvirtuamento deste instrumento, em absoluto desfavor à função judicante.

É preciso considerar, enfim, que o óbice do argumento da imparcialidade não deve servir de instrumento de afastamento ilegítimo do magistrado de seu ofício em determinado processo.

### 6 – A NEUTRALIDADE COMO UM MITO NECESSÁRIO AO PAPEL SOCIAL DO JUIZ

Distintamente da utilização subalterna dos institutos que objetivam garantir a imparcialidade, a neutralidade objetiva é, como se observou, algo que não se presta a ser manipulada pela natureza humana.

---

31 BRASIL. CNJ. PCA nº 200810000017431, do qual se extrai o seguinte excerto: “Como se sabe é da Jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal o reconhecimento do caráter exaustivo a enumeração das vantagens conferidas aos magistrados pela Lei Complementar nº 35/79. Assim, quando a Lei federal de caráter geral aduz, em números fechados, sobre a possibilidade de afastamento de Magistrados, não há justificativa possível para alargamento, especialmente se tratando de afastamento para tratar de “interesse pessoal”, cujo conceito, vago e impreciso, pode dar ensejo a interpretações as mais variadas possíveis. Normas deste jaez nunca são bem-vistas pela sociedade, conferem caráter discricionário amplo à Administração e podem ser utilizadas até mesmo em detrimento ao interesse público. Neste ponto, exatamente quanto ao interesse público, é de se ressaltar que o Constituinte derivado, quando da edição da emenda Constitucional nº 45, dispôs no inciso XII do art. 93 que atividade jurisdicional será ininterrupta, e até por tal razão, a possibilidade do afastamento do Magistrado de suas funções há de ser vista de forma absolutamente restritiva.”

Decerto que a neutralidade filosófica é possível de ser atingida, todavia, não se revela possível decidir sem abandonar o campo da filosofia. Depois da suspensão de juízos, da redução eidética e fenomenológica, do encontro da essência e do conseqüente retorno às coisas mesmas, impõe-se regressar ao campo da experiência, porquanto é justamente neste domínio que se aguarda a decisão do juiz.

Nada obstante, afirmar a neutralidade do juiz, antes de trazer qualquer mácula ao processo, cumpre o necessário papel de fortalecer a imagem do Poder Judiciário, sobretudo porque:

“A credibilidade deste Poder está intimamente relacionada com o exercício de papéis sociais e a crença na figura da Justiça, pois, conforme comenta Luiz Antônio Nunes, é preciso ressaltar “a necessidade que a sociedade e as instituições têm de manutenção de seus valores fundamentais. Valores dentre os quais se encontra a Justiça, que não pode ser destruída pela mostra de suas fraquezas. Não que estas precisem ser escondidas, ao contrário, precisam ser tratadas e eliminadas.”<sup>32</sup>

Na verdade, não se deve confundir o juiz neutro com aquele que põe a neutralidade como um propósito, ainda que quimérico e inalcançável. Tal conduta representa a constante busca pelo desbastar dos preconceitos e, para além da imparcialidade objetiva, o perseguir do ponto de equilíbrio entre ideologias e influências.

A neutralidade deve ser sim uma figura de mitologia, no sentido antropológico, como explicação da própria razão de existir do Poder Judiciário e da Justiça; como um sinônimo para o equilíbrio e como modelo social de solução desprovida de influências indesejáveis.

Para a pessoa do povo, juiz neutro é juiz, mais que imparcial, impassível. E essa figura mitológica é necessária ao imaginário social, que pretende vislumbrar no Poder Judiciário não um Poder como os demais, mas o último reduto de armas contra a injustiça e a barbárie.

Esse paradoxo no qual se sustenta a sociedade de conflitos justifica-se na medida em que “enquanto exercente de um papel social, o juiz atua numa relação de autoridade, e não de liderança, pelo que funciona como um mero símbolo para a sociedade, símbolo este que deve refletir os ideais de justiça, dentro da organização social”<sup>33</sup>.

---

32 PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *O Mito da neutralidade do juiz como elemento de seu papel social*. O Trabalho. Curitiba, n. 16, p. 368-375, 1998.

33 *Idem*.

Ocorre que, como já se delineou a partir do exame dos desvirtuamentos dos instrumentos de imparcialidade, o Poder Judiciário é composto de seres humanos e, como tais, falíveis em sua totalidade, o que inexoravelmente conduz à existência de condutas – decerto que em grau pontual e reduzido – que em lugar de homenagear a justiça, antes a vilipendia, o que culmina por macular toda a instituição, acaso não sejam adotadas medidas que desvinculem o ato transgressor da linha de ação institucional.

Empreendimento de difícil edificação, considerada a maneira como a sociedade costuma enxergar as condutas negativas e positivas:

“Opera-se contra qualquer classe, e não é diferente no âmbito dos Profissionais Jurídicos, o modelo indutivo de imputação negativa e o modelo excepcionalista da imputação positiva. Vale dizer, a sociedade lança mão do método indutivo para determinar a mácula profissional decorrente de conduta desviante, na mesma medida em que utiliza o método da exceção diante de fato que valorize o profissional e que, por conseguinte, deveria dignificar e valorizar a classe como um todo.

Essa situação decorre de característica nossa, seres humanos, na medida em que atribuímos maior desvalor às condutas negativas do que valor às condutas positivas, ainda que seja possível encontrar entre elas uma equivalência. Ademais, o homem possui inclinação natural ao desejo de conhecimento dos fatos negativos, da tragédia alheia e dos ilícitos. Constitui, enfim, elemento atávico ao ser humano e desta característica não podemos fugir.”<sup>34</sup>

E o escape para tal cenário nos oferece Karl Popper, ao sustentar que:

“Now it is far from obvious, from a logical point of view, that we are justified in inferring universal statements from singular ones, no matter how numerous; for any conclusion drawn in this way may always turn out to be false: no matter how many instances if white swans we may have observed, this does not justify the conclusion the all swans are white.”<sup>35</sup>

E preciso ainda considerar que o consenso da sociedade centra-se em expectativas em relação às atitudes dos indivíduos, enquanto exercentes de papéis sociais. Entretanto, justamente por se tratarem de indivíduos, há a pos-

---

34 BARBOSA, Charles S. Em resgate à ética nas carreiras jurídicas – a necessária ruptura com o modelo acadêmico científico-positivista. *Diálogos & Ciências*, ano III, n. 8. p. 85-95, mar. 2009.

35 POPPER, Karl. *The logic of scientific discovery*. England: Routledge, 1992. p. 4.

sibilidade de que seu comportamento não seja “aparentemente” o esperado, influenciando negativamente na instituição como um todo<sup>36</sup>.

Explica-se, portanto, o porquê:

“o discurso institucional do Poder Judiciário visa sempre reforçar esta ilusão da neutralidade do juiz, tendo em vista que, caso o indivíduo – investido na função de magistrado – se desvie de forma tão radical a ponto de que o jurisdicionado venha a questionar a legitimidade da autoridade, pode-se sempre taxá-lo com a pecha da falta de neutralidade, como se fosse um pecado a ser execrado para não se macular a Justiça.

Desta forma, resguarda-se o bom juiz, observador dos parâmetros e regras estabelecidas (notadamente, o princípio do contraditório), que mesmo trazendo para a sentença, ainda que de forma disfarçada ou inconsciente, todas as suas paixões e ideologias na interpretação, não poderá ser taxado de parcial, mesmo não sendo, na prática, neutro.

Isto é o que efetivamente viabiliza a crença na atividade de julgar, pois satisfaz a sociedade não somente com a prestação jurisdicional, mas com a “doce e saudável ilusão” de que o juiz não se vale de suas paixões e ideologias na função que exerce.”<sup>37</sup>

O paradoxo da neutralidade ou do terceiro-estado da essência, como descrito por Giles Deleuze, constitui exatamente um paradoxo do sentido, considerando-se que, “se o sentido como duplo da preposição é indiferente tanto à afirmação como à negação, se não é passivo nem ativo, nenhum modo da preposição é capaz de afetá-lo”<sup>38</sup>.

Referido paradoxo trasladado para o campo da atuação judicial quer significar a “esterilidade” ou a “neutralidade esplêndidas” como características do juiz que lhe conferiria idoneidade e legitimidade para julgar, sobretudo porque, na lógica do sentido, o terceiro estado da essência, que corresponde à neutralidade, representa a indiferença “ao universal e ao singular, ao geral e ao particular, ao pessoal e ao coletivo”, bem como “à afirmação e à negação”<sup>39</sup>.

Tal ser supra-humano, por evidente, não existe, salvo no imaginário social, pelo bem da Justiça e pela preservação da imagem do Poder Judiciário.

---

36 PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *O mito da neutralidade do juiz como elemento de seu papel social*. Op. cit.

37 *Idem*.

38 DELEUZE, Giles. *A lógica do sentido*. 4. ed. São Paulo: Perspectiva, 2007. p. 35.

39 *Idem*. p. 37.



### 7 – CONCLUSÃO

Este ensaio foi uma tentativa de um esforço conjunto para a compreensão filosófica do ato de julgar, bem como do mito da neutralidade que envolve o papel social do magistrado.

Por isso, ao encerrá-lo, convida-se o ilustre leitor a refletir sobre o que aqui se defendeu, propugnando por novas ideias que ajudem a resolver velhas questões, no que encontrarão, nestes coautores, seus mais sinceros aliados...

Final, lembrando Almeida Garret, na “Nota do Canto II” do “Retrato de Vênus”, declaramos, pois, “que, se êrro encontrarem os professores, mui grata, e grande mercê me farão de me avisar; e conhecerão pela minha docilidade na emenda a pouca presumpção do auctor”<sup>40</sup>.

### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOSA, Charles S. Em resgate à ética nas carreiras jurídicas – a necessária ruptura com o modelo acadêmico científico-positivista. *Diálogos & Ciências*, ano III, n. 8. p. 85-95, mar. 2009.

CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por um advogado*. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. [Tradução, José Antonio Cardinalli], 1995, CONAN. Disponível em: <<http://www.pensamientopenal.com.ar/04092007/doctri06.pdf>>. Acesso em: 25 jan. 2010.

CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. São Paulo: Servanda, 2010.

DELEUZE, Giles. *A lógica do sentido*. 4. ed. São Paulo: Perspectiva, 2007.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. 3. ed. Curitiba: Positivo, 2004.

FONTANILLE, Jacques. *Semiótica do discurso*. São Paulo: Contexto, 2008.

GARRETT, J. B. da Silva Leitão d’Almeida, *O retrato de Venus: poemas*. 1. ed. Coimbra: Imp. da Universidade, 1821, p. 46. Disponível em: <<http://purl.pt/19/1/>>. Acesso em: 08 set. 2010.

HUSSERL, Edmund. *Ideen zu einer reinen Phänomenologie und phänomenologischen Philosophie*. Hamburg: Felix Meiner Verlag GmbH: 2009.

JAPIASSÚ, Hilton; MARCONDES, Danilo. *Dicionário básico de Filosofia*. 5. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

KANT, Immanuel. *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*. Stuttgart: Reclam, 2008.

LYOTARD, Jean-F. *La phénoménologie*. França: Presses Universitaires de France, 1954.

---

40 GARRETT, J. B. da Silva Leitão d’Almeida. *O retrato de Venus: poemas*. 1. ed. Coimbra: Imp. da Universidade, 1821, p. 46. Disponível em: <<http://purl.pt/19/1/>>. Acesso em: 08 set. 2010.

## 70 ANOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO

\_\_\_\_\_. *O inumano*: considerações sobre o tempo. [Tradução: Ana Cristina Seabra/Elisabete Alexandre]. Coleção Novos Rumos. 2. ed. Lisboa: Editorial Estampa, 1997.

NERY Jr., Nelson. *Princípios de processo na Constituição Federal*. 9. ed. São Paulo: RT, 2009.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. O mito da neutralidade do juiz como elemento de seu papel social. *O Trabalho*, Curitiba, n. 16, p. 368-375, 1998.

POPPER, Karl. *The logic of scientific discovery*. England: Routledge, 1992. p. 4.

SAUSSURE, Ferdinand de. *Cours de linguistique générale*. Paris: Payot, 1955.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*.

# DIREITOS FUNDAMENTAIS, GARANTISMO E DIREITO DO TRABALHO

Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da Silva\*

## 1 – APRESENTAÇÃO

**A** reconstrução jurisprudencial de um direito do trabalho desregulado é fenômeno recente em países latino-americanos. Trata-se de atividade decisória na qual, com a aplicação de princípios e de normas constitucionais e internacionais, Cortes Supremas vêm negando aplicabilidade a leis de desregulamentação ou flexibilização de direitos por considerá-las inconstitucionais. Segundo se tem notícia, indica movimento jurisprudencial ocorrido na primeira década dos anos 2000 em diversos países do continente, que se contrapõe diretamente àquela conduta de desconstrução de direitos, em verdadeiro ativismo judiciário negativo, típico dos anos 1990. É, em certa medida, uma reação à *flexibilidade jurisprudencial*, que ocorre quando, pelas mãos de decisões judiciais, a normatividade do trabalho é flexibilizada em prejuízo dos trabalhadores, como ocorreu em larga escala nos anos 1990. Ambos os conceitos foram cunhados pelo jurista uruguaio Oscar Ermida Uriarte; o primeiro, com o otimismo do jurista (2007) e o segundo, com o realismo do pesquisador do direito (2004) e, em certa medida, expressam os giros paradigmáticos que as Cortes trabalhistas são capazes de empreender no tempo<sup>1</sup>.

\* Doutora em Direito e mestra em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela PUC-Rio; professora adjunta da Faculdade Nacional de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRJ; advogada e integrante do Instituto dos Advogados Brasileiros – IAB e do Instituto Brasileiro de Direito Social Cesarino Júnior – IBDSOJ; bolsista de Produtividade em Pesquisa do CNPq – Nível 2.

1 Sobre a possibilidade de ocorrer uma reconstrução jurisprudencial do direito desregulado, nos reportamos a Ermida Uriarte, que, em entrevista publicada no Brasil (Ermida Uriarte, 2007), quando indagado se “os operadores do Direito, de modo especial os juízes do trabalho, podem resistir à flexibilização do Direito do Trabalho oriunda do Parlamento e, algumas vezes, da própria cúpula do Poder Judiciário, e como reagir?” foi assertivo: “Sim, podem. Claro, sempre que atuarem com independência, valentia e criatividade. E aqui tem um papel fundamental os princípios e a aplicação direta das normas constitucionais e internacionais. Por isso, eu me referi à “reconstrução jurisprudencial” do Direito do Trabalho. Já se avançou nesta linha nos tribunais superiores de alguns países (...)”. Ermida Uriarte refere-se especificamente à Corte Suprema de Justiça argentina, aos tribunais constitucionais do Peru e da Colômbia e à Sala Constitucional da Corte Suprema de Costa Rica. Já a *flexibilidade jurisprudencial* indica o processo no qual, na ausência de mutações legislativas, “a jurisprudência modifica sua orientação para interpretações desreguladoras ou mais favoráveis ao empregador do que as que até então vinha sustentando” (ERMIDA URIARTE, 2004a, p. 221), adotado largamente no Brasil dos anos 1990 (SILVA, 2008).

Assim iniciamos essas linhas, com dupla finalidade. Saudar os 70 anos da Justiça do Trabalho, instituição construída e integrada por variegados atores, juízes, advogados, servidores. E, sobretudo, pelos atores sindicais e trabalhadores que, ao postularem novas teses, ao exigirem o cumprimento de seus direitos, possibilitam à instituição sua reconfiguração e abertura às expectativas democráticas<sup>2</sup>. E homenagear uma de nossas maiores referências teóricas no âmbito juslaboral, Oscar Ermida Uriarte, diante de seu passamento.

Reconstruções jurisprudenciais não existem sem formulações críticas e práticas sociais instituintes. Neste sentido, considerações sobre fundamentos do direito, do Estado e da regulação constitucional podem contribuir para tal intento. O objetivo deste ensaio é, pois, apresentar os elementos constitutivos do *garantista*, teoria que abre ricas possibilidades para o tratamento de temas como a aplicação dos direitos fundamentais nas relações laborais individuais.

Enquanto a atuação do Estado e de seus poderes segue sendo o objeto do interesse dos juristas orientados pela tradição liberal, o mercado e os poderes privados, com suas coerções econômicas, merecem cada vez maior atenção por parte dos constitucionalistas, que sem descuidar da necessária contenção dos poderes coercitivos estatais, principalmente quando exercidos contra os mais débeis, afirmam um sistema de garantias fundado no reconhecimento de direitos fundamentais. Nesse quadro se insere o trabalho do jurista italiano Luigi Ferrajoli, centrado nos conceitos de democracia constitucional, de garantismo e de direitos fundamentais, e que nos propicia ricas reflexões teóricas no âmbito da filosofia e da teoria do direito contemporânea.

Em trabalho anterior, também em diálogo com Luigi Ferrajoli, compreendemos a liberdade sindical como direito fundamental intrínseco a um sistema de garantias, conjugando o conceito formal de direitos fundamentais, com a necessária superação das dicotomias: liberdades negativa e positiva, obrigações de fazer e não fazer, para assegurar a efetivação dos direitos sociais, políticos e

---

2 Não se olvide que no contexto de formação institucional da Justiça do Trabalho, em especial de seu tradicional poder normativo, se percebia um movimento simultâneo de “reconhecer e deslegitimar a capacidade das classes sociais (e da própria sociedade) em formular noções e códigos de sociabilidade” (PAOLI, 1994, p. 106), o que, segundo Maria Célia Paoli, se deveria ao fato de a Justiça do Trabalho “não se comprometer com as ideias de justiça ou de igualdade, mas de paz social, e ‘solução’ dos conflitos pelo pressuposto da colaboração de classes”, eliminando “de início a noção de uma interlocução real” (1994, p. 108). À referência específica sobre o tradicional tratamento dado aos conflitos coletivos do trabalho em julgamentos de dissídios coletivos se acresce a reflexão da socióloga no contexto da consolidação democrática, que sublinhava a existência de uma ampla demanda em prol da democratização do judiciário e um questionamento/reivindicação acerca da possibilidade de a Justiça do Trabalho atuar como espaço de práticas democráticas, provenientes de diversos segmentos sindicais, sociais e mesmo de integrantes do Judiciário trabalhista, (PAOLI, 1994).

civis<sup>3</sup>. No presente artigo, a partir da proposta teórica de um *garantismo* – que expande seus domínios para além do direito penal e acena com uma revalorização dos aspectos publicistas dos direitos do trabalho – pretendemos refletir sobre uma concepção de direitos fundamentais, com incidência direta sobre os locais de trabalho. Busca-se estabelecer pressupostos para a eficácia horizontal dos direitos civis, políticos e de participação dos trabalhadores nas empresas, compreendidos como verdadeiros direitos fundamentais dos mais débeis.

Um dos critérios utilizados por Ferrajoli para identificar os direitos fundamentais no plano axiológico é aquele que identifica direitos fundamentais com as expectativas vitais dos mais fracos. Afinal, racionalidade jurídica abstrata não dá conta de fundamentar direitos conquistados historicamente em processos de lutas que desvelam “*o véu de normalidade e naturalidade oculto na opressão ou discriminação precedente*” (FERRAJOLI, 2008, p. 51). Por outro lado, a eleição de tal critério axiológico denota que a oposição entre fortes e fracos, entre poderosos e destituídos de poder, segundo Cabo e Pisarello, encontra-se pressuposta nas preocupações ferrajolinas. Neste sentido, “*los derechos fundamentales son valiosos en tanto contribuyan a la paz, a la igualdad, al aseguramiento de la democracia y, sobre todo, a la protección de los más débiles*” (CABO E PISARELLO, 2001, p. 16) e tal concepção é coerente com os pressupostos de um direito, como o do trabalho, que reconhece a desigualdade, organiza as condições para a reprodução de tais relações de classe, mas aspira a uma pretensão emancipatória de proteção dos vulneráveis.

Afinal, desde a segunda metade do século XX, a fonte de legitimação das instituições políticas do estado constitucional se deslocou da noção de soberania estatal para os direitos fundamentais dos cidadãos (FERRAJOLI, 2008, p. 309), invertendo-se a relação entre cidadania e instituições políticas, com a consolidação da democracia constitucional.

Entretanto, a perda de memória das tragédias do passado e a ausência de garantias e de instituições garantidoras contribuem, ao lado do fenômeno da globalização econômica, para uma “*bio-economía de la muerte*” (FERRAJOLI, 2008, p. 310). O crescimento das desigualdades e da pobreza, a concentração da riqueza e a expansão das discriminações expõem a crises a democracia constitucional, com a hegemonia de um liberalismo que afirma “*que a autonomia empresarial não é um poder, e enquanto tal, sujeito à regulação jurídica,*

---

3 Trata-se do ensaio “Direitos fundamentais e liberdade sindical no sistema de garantias: um diálogo com Luigi Ferrajoli”, que publicamos na Revista da Faculdade de Direito de Campos, ano VI, n. 6, jun. 2005. Quando as referências a Ferrajoli (2008) estiverem em português trata-se de tradução livre das citações de *Democracia y garantismo*.

senão uma liberdade, e que o mercado não somente não tem necessidade de regras senão que tem necessidade, para produzir riqueza e emprego, de não ser submetido a limites” (FERRAJOLI, 2008, p. 59).

A contrariedade de tal lógica com o estado de direito constitucional é flagrante, pois esta concepção não admite poderes *legibus soluti e*, neste sentido, são denunciadas por nosso jurista: “Contra esta regresión de la economía y e de relaciones de trabajo al modelo paleocapitalista y contra la rehabilitación de la guerra como médio de solución de las controversias internacionales, no existem otras alternativas más que el derecho y la garantía de los derechos así como, obviamente, uma política que se los tome en serio” (FERRAJOLI, 2008, p. 59). Deste modo, para a afirmação plena dos direitos fundamentais em uma sociedade globalizada, é necessário reconhecer que certo paradigma de democracia constitucional estaria em crise.

## 2 – GARANTIAS E GARANTISMO

Garantias, tal qual definidas pelo direito civil, visam a assegurar o adimplemento das obrigações e a tutela dos direitos patrimoniais. Em termos jurídicos mais amplos, garantia designa “qualquer técnica normativa de tutela de um direito subjetivo” (FERRAJOLI, 2008, p. 60) e garantias constitucionais referem-se à tutela reforçada nos sistemas estruturados com base em constituições rígidas. Para Ferrajoli, garantia constitui “toda obrigação correspondente a um direito subjetivo, entendendo por ‘direito subjetivo’ toda expectativa jurídica positiva (de prestações) ou negativa (de não lesionar)”, sendo possível falar em garantias positivas e negativas (2008, p. 63).

*Garantismo*, por sua vez, é neologismo que se refere a técnicas de tutelas dos direitos fundamentais (2008, p. 61), e embora tenha sido aplicado originalmente no campo do direito penal se estende “como paradigma da teoria geral do direito, a todo campo de direitos subjetivos, sejam estes patrimoniais ou fundamentais, e a todo o conjunto de poderes, públicos ou privados, estatais ou internacionais” (FERRAJOLI, 2008, p. 62). Fala-se em *garantismo liberal* ou penal (defesa dos direitos de liberdade frente ao arbítrio policial ou judicial), *garantismo patrimonial* (tutela dos direitos de propriedade), *garantismo internacional* (para tutelar os direitos humanos estabelecidos em pactos internacionais) e *garantismo social* “para designar o conjunto de garantias, em boa medida ainda ausentes ou imperfeitas, dirigida à satisfação dos direitos sociais, como a saúde, a educação e o trabalho e outros semelhantes” (FERRAJOLI, 2008, p. 62).

Tais dimensões específicas prenunciam que o garantismo como técnica de tutela jurídica designa:

“el conjunto de límites y vínculos impuestos a todos los poderes – públicos y privados, políticos (o de mayoría) y económicos (o de mercado), en el plano estatal y en el internacional – mediante los que se tutelan, a través de su sometimiento a la ley y, en concreto, a los derechos fundamentales en ella establecidos, tanto las esferas privadas frente a los poderes públicos, como las esferas públicas frente a los poderes privados.” (FERRAJOLI, 2008, p. 62)

Tal concepção constitucional fixa uma esfera subtraída da deliberação majoritária (*esfera de lo indecible*) com proibições que garantam liberdades e com vínculos que assegurem os direitos sociais. Portanto, o garantismo se inscreve dentre as concepções de democracia substantiva ou substancial, no âmbito do constitucionalismo democrático,<sup>4</sup> com o qual em grande medida se confunde ao se redefinir como um “modelo de direito fundado sobre a rígida subordinação à lei de todos os poderes e sobre os vínculos impostos para garantia dos direitos consagrados nas constituições” (2008, p. 1.999).

### 3 – DESENVOLVIMENTO DO PARADIGMA GARANTISTA NO ÂMBITO LABORAL

O paradigma do constitucionalismo substancial e garantista se projeta muito além de institutos específicos aplicáveis no âmbito do direito penal, de onde se origina. Na obra de Luigi Ferrajoli, mereceram tratamento específico, como três modelos de desenvolvimento do paradigma garantista, temas diversos, tais como a renda mínima, as relações entre liberdade de informação e meios de comunicação e a regulação laboral concretizada na Itália pelo Estatuto dos Trabalhadores.

Interessam-nos em especial as reflexões sobre a Constituição e o Estatuto dos Trabalhadores italiano porque as diretrizes daquela Constituição expressariam a mudança de paradigma na regulação jurídica do trabalho no sistema

---

4 As possibilidades de o *garantismo* contribuir para fundamentar o processo de reconstrução jurisprudencial do Direito do Trabalho, de que nos falava Oscar Ermida Uriarte (2007), decorrem da própria modificação da concepção de jurisdição e de atuação judicial no âmbito do constitucionalismo substancial: “cambia la naturaleza de la jurisdicción y de la ciencia jurídica, a las que ya no corresponden únicamente la aplicación y el conocimiento de unas normas legales cualesquiera, sino que asumen, además, un papel crítico de su invalidez siempre posible” (FERRAJOLI, 2008, p. 66). Acrescer ao controle formal também o controle material, substancial do conteúdo das normas legais às promessas constitucionais pode contribuir para uma consistente invalidação de regras que suprimem direitos conquistados.

constitucional. No dizer de Ferrajoli (2008), a introdução da Constituição nos lugares de trabalho, estendendo a aplicação dos direitos fundamentais em locais nos quais são subtraídos, tais como as fábricas, denota uma mudança de paradigmas do ponto de vista da teoria do direito, com uma conotação publicista que passa a ser conferida às relações de trabalho. Trata-se da agregação da dimensão horizontal – dos direitos fundamentais como direitos dos indivíduos oponíveis a outros sujeitos privados – à tradicional dimensão vertical dos direitos fundamentais como direitos em face do Estado (FERRAJOLI, 2008, p. 286).

Os direitos fundamentais se inserem nas relações laborais não somente quando representam garantias inovadoras para os trabalhadores em face das empresas e do Estado, mas principalmente por se inserirem em uma específica formação social, o lugar de trabalho, talvez a mais importante entre todas aquelas formações sociais nas quais se desenvolve a personalidade do homem (FERRAJOLI, 2008, p. 286).

A tutela legal de direitos que asseguram aos trabalhadores: a) liberdade de manifestação de ideias, b) liberdade de consciência, com proibição de investigar suas opiniões, c) direito à intimidade, com proibição de implantar instalações audiovisuais que tenham como finalidade controlar à distância suas atividades, d) direito de igualdade e vedação de discriminações, e) direito de associação sindical e liberdade de ação dentro da fábrica e f) garantia de readmissão àqueles despedidos injustamente (dentre outros assegurados pelo estatuto italiano) tem forte repercussão. A positivação representa muito mais do que o reconhecimento da exigibilidade de tais direitos, ou garantias para o exercício de tais liberdades nas relações laborais. Traduziria uma conversão da natureza do espaço de trabalho e do próprio direito laboral:

“Gracias a la introducción de estos derechos, la fábrica, en cuanto lugar de trabajo, deja de ser un lugar privado – una simple propiedad inmobiliaria del patrono – y se convierte en un lugar público. También adquiere una dimensión pública la relación de trabajo, dentro de la cual el trabajador deja de ser una mercancía y se convierte en sujeto de derechos fundamentales: o sea, de derechos inviolables y no negociables, que tienen el valor de leyes del más débil como alternativa a otros límites y vínculos a la ‘libertad salvaje y desenfrenada’(…)” (FERRAJOLI, 2008, p. 287).

Se a metamorfose do trabalho subordinado se põe em marcha desde as origens do moderno direito do trabalho com o desenvolvimento de sua natureza publicista, uma mudança de paradigma ocorreria quando se introduz a relação de trabalho na lógica dos direitos fundamentais universais e indisponíveis



(FERRAJOLI, 2008, p. 288). Mas que dimensão pública é esta? A que reduz a liberdade de ação dos trabalhadores subsumindo-as à esfera da vontade do Estado? A antiga ideia de que todo o conjunto normativo seria cogente, público, advindo da normatividade estatal? De modo algum, refuta Ferrajoli, para quem público não se confunde com estatal. A esfera pública se define, ou deveria se constituir, como “todo lo que tiene que ver con el interés de la cosa pública o común, o sea, con el interés de todos; mientras que ‘privado’ es todo aquello que tiene que ver únicamente con el interés de los individuos” (FERRAJOLI, 2008, p. 289).

Deste modo, quando se está diante de situações nas quais todos são titulares, como as que envolvem direitos fundamentais ou são exercidas no interesse de todos, falamos em esfera pública. À esfera privada pertencem, na opinião de Ferrajoli, todas as situações nas quais cada um possa ser titular com exclusão de outro e poderes conferidos em função de interesses pessoais e direitos patrimoniais (2008, p. 289). A dicotomia esfera pública/esfera privada, aqui, não se estabelece como critério clássico de definição da natureza jurídica das regras trabalhistas, mas para reafirmar os espaços permeados pelos direitos fundamentais em oposição àqueles que se regem pela dinâmica do mercado, pela desigualdade e pela primazia dos direitos patrimoniais.

A esfera pública é aquela que tem como finalidade, observa o autor, “garantir por meio dos direitos fundamentais a dignidade das pessoas e, com ela, a igualdade ou, ao menos, níveis mínimos de igualdade” (2008, p. 289). Se os particulares manejam funções que versam sobre direitos fundamentais, tais funções são públicas e se subtraem da lógica do mercado, tanto quanto aquelas que implicam o exercício de poderes coercitivos. Sob tal ponto de vista, não somente o “desenvolvimento do direito do trabalho se configura como uma progressiva expansão de sua dimensão publicista”, como também reformas legislativas orientadas para uma re-mercantilização estão em dissonância com a orientação constitucional: “las políticas de reducción de las garantías de los trabajadores contradicen profundamente la naturaleza del trabajo en nuestro sistema constitucional: que no es (y no debe ser) una mercancía, intercambiable y fungible, siendo una dimensión de la persona; que no puede ser objeto de mercado, siendo sobre todo sujeto de derechos fundamentales” (FERRAJOLI, 2008, p. 290).

Embora aspectos histórico-normativos distingam as normas italianas e brasileiras infraconstitucionais de regulação do trabalho humano, e em especial sejam completamente distintos os sentidos da dimensão publicista presente em cada uma delas por se inscreverem em paradigmas regulatórios diferenciados,

a perspectiva constitucional parece-nos assemelhada. Em ambas as Constituições democráticas, os direitos dos trabalhadores são considerados direitos fundamentais, o projeto constitucional objetiva a redução das desigualdades e anuncia a promessa de subordinação da ordem econômica à ordem social e do trabalho.<sup>5</sup> Assim, a conclusão de Ferrajoli sobre o desenvolvimento do paradigma garantista no mundo do trabalho guarda consonância, do ponto de vista normativo, com a ordem brasileira, pois também aqui:

“el trabajo es una manifestación de la persona de la misma manera que lo son el pensamiento, palabra, la conciencia y otras similares. Como tal, no puede subordinarse a la lógica privada del mercado, sino que exige ser tutelado – como lo impone nuestra Constitución – contra las arbitrariedades de los poderes no solo públicos, sino también, y diría sobre todo, de los privados.” (FERRAJOLI, 2008, p. 291)

Conquanto, no limite, a tese equivalha a uma ruptura com uma tradição laboral que deslocou o direito do trabalho para o campo das relações privadas, o que não está imune a críticas,<sup>6</sup> a lógica da subtração do trabalho da ordem mercantil permeia o paradigma constitucional brasileiro e tem como consequência imediata assegurar que a subordinação dos particulares às obrigações de tutela e de garantia como se pública fosse a relação laboral. Assim, com tal abordagem teórica, parece-nos que não haveria espaço para os conflitos que opõem direitos fundamentais dos trabalhadores a direitos de propriedade privada dos empregadores, nem para construções que, ao identificá-los como conflitos entre direitos fundamentais, busca resolvê-los por meio de fórmulas liberais de ponderação e razoabilidade, que podem acabar estabelecendo fortes

---

5 No Brasil, enquanto os valores sociais do trabalho são considerados fundamento do estado democrático de direito (art. 1º, IV, CRFB) ao lado da “livre iniciativa”, os objetivos da República não poderiam ser mais eloquentes: a) construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I, CRFB), b) garantir o desenvolvimento nacional (art. 3º, II, CRFB), e c) erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais (art. 3º, III, CRFB). Na Itália, determina-se à República que se volte à remoção dos obstáculos da ordem econômica e social que, ao limitar de fato a liberdade e a igualdade dos cidadãos, impedem o pleno desenvolvimento da pessoa humana e a efetiva participação de todos os trabalhadores na organização política e econômica (art. 3º, CI), e à promoção de condições que assegurem o efetivo direito de todos os cidadãos ao trabalho (art. 4º, CI). Ou seja, os Títulos I e II da Constituição guardam certa sintonia com aspectos da Constituição italiana, texto normativo referencial para Ferrajoli. Constitucionalmente, a ordem econômica está subordinada ao primado do trabalho e a República deve estar fundada na ordem social.

6 A nosso ver, é no campo das relações entre autonomia individual e autonomia coletiva e no âmbito dos espaços da contratação coletiva que as teses de Ferrajoli devem ser recebidas com maior cautela, embora o próprio autor reconheça alguns desses problemas ao se antecipar e defender que a subordinação das relações contratuais coletivas a vínculos públicos estabelecidos pela lei não significa a “homologación de todos los trabajadores, ni mucho menos exclusión de la contratación individual o colectiva” (2008, p. 291).

limites ao exercício das liberdades individuais e coletivas dos trabalhadores no âmbito dos locais de trabalho, concebidos como locais privados.

O reconhecimento dos direitos dos trabalhadores como direitos fundamentais denota uma expansão da dimensão pública das relações laborais. No caso brasileiro, mais que um deslocamento topográfico, a subtração da regulação do trabalho do Capítulo da ordem econômica, promovida pelo constituinte de 1988, e seu deslocamento para o Título II significaria o reconhecimento de que o local de trabalho, no que concerne ao exercício dos direitos fundamentais dos trabalhadores, é um espaço público por excelência. A vitalidade de uma concepção mais ampliada de direitos fundamentais pode auxiliar na constituição de sujeitos autônomos e menos submetidos aos constrangimentos do mercado e ao poder empregatício. Em uma sociedade em que o controle do trabalhador se projeta também para o espaço público, em que os limites fáticos ao pleno desenvolvimento da personalidade humana já não estão mais definidos apenas pelos muros físicos das fábricas e da vigilância no local de trabalho, é axial que os mecanismos normativos de emancipação se espraíam para outros territórios.

Assim como o constitucionalismo se afirmou em face do Estado absolutista, o constitucionalismo garantista deve se afirmar em face do absolutismo do mercado. Sendo as coerções econômicas e as manifestações de poder do empregador os mecanismos que conduzem a potenciais lesões aos direitos fundamentais, o desenvolvimento do paradigma garantista no âmbito do direito do trabalho buscará conter a privatização dos espaços e das normas de trabalho.

Diante do reconhecimento de que assegurar liberdades nos espaços de trabalho é um dos modos de garantir a Constituição e que as concepções que suprimem os locais de trabalho da incidência direta dos direitos fundamentais dos trabalhadores se afastam do princípio democrático, a memória nos traz os ensinamentos de Norberto Bobbio. Conquanto se insira em outra tradição jusfilosófica, os relatos autobiográficos sobre a participação de Bobbio em congresso operário na Turim de 1957 são primorosos e merecem a longa transcrição:

“Este congresso sobre as liberdades civis nas fábricas deve oferecer a oportunidade de colocar em discussão um dos problemas mais graves do direito constitucional contemporâneo: o problema da defesa dos direitos de liberdade não apenas no confronto com os poderes públicos, mas também nos confrontos com os poderes que continuam a ser chamados privados. Uma Constituição que tenha solucionado o primeiro problema e não o segundo não pode ser considerada democrática. (...) Constituição democrática é aquela que não apenas consolida as liberdades civis, mas cria órgãos e leis que ajudem no sentido de que essas liberdades tenham

realidade e sejam salvaguardadas, e que ali, onde os bastiões erguidos contra os abusos de poder desmoronem ou estejam ameaçados de ruir, possa rapidamente mobilizar-se para erguer novos redutos. A nossa constituição é dotada dos dispositivos que permitem enfrentar esse perigo. Mas para fazê-lo são necessários três fatores: a consciência de que esse perigo existe, um exame preciso dos remédios e a vontade unânime de viver numa sociedade democrática.” (BOBBIO, 1998, p. 165-166).

No referido congresso, protestava-se contra a discriminação política promovida por grande empresa automobilística italiana que, ao estabelecer políticas de discriminação entre trabalhadores colaboradores e críticos, entre integrantes de duas centrais sindicais distintas, cerceava a liberdade de atuação política dos trabalhadores de certo segmento sindical<sup>7</sup>.

Estabelecidos estão os pressupostos doutrinários para assegurar a incidência direta de toda sorte de direitos fundamentais – e não apenas os sociais, sobretudo os civis e políticos – aos locais de trabalho e às relações de trabalho. Cabe, agora, perquirir se existem conexões entre *garantismo* e jurisprudência e, mais especificamente, entre *garantismo* e reconstrução jurisprudencial do direito do trabalho.

---

7 No texto publicado originalmente em 1958, *Risorgimento*, VIII, 1, p. 19, por ocasião dos *Anni Duri alla FIAT*, Bobbio afirma: “(...) O significado fundamental de uma constituição democrática é afirmar que o poder sobre os homens, seja ele exercido por determinado grupo ou pessoa, deve ter limites juridicamente estabelecidos, e nada existe de mais contrário à atuação de uma estável e pacífica convivência entre os homens, na qual está o objetivo do Estado, que um poder ilimitado na sua natureza e arbitrário em seu exercício. (...) Sendo assim, a afirmação das liberdades civis continuaria letra morta e a finalidade principal à qual tendem as garantias constitucionais estaria excluída se as liberdades do cidadão, afirmadas contra os órgãos do Estado, não fossem igualmente definidas e protegidas contra o poder privado. Um dos disparates da hodierna sociedade capitalista é a concentração de grandes poderes nas mãos de instituições privadas. Sabemos que esses poderes são amplos a ponto de suspender, minorar ou até mesmo tornar vãs algumas liberdades fundamentais que até agora pareciam ameaçadas apenas pelos órgãos do poder estatal. (...) A nossa Constituição reconhece e protege a liberdade de pensamento. Suponhamos que uma grande empresa coloque como condição para a admissão dos seus funcionários a adesão a certa corrente política. Neste caso, mais uma vez, o cidadão seria livre para ter opinião própria perante o Estado. Mas já não seria livre para sustentá-la diante da empresa privada. Pergunto-me: em tal situação, ainda existiria ou já não existiria mais a liberdade política? Poderíamos objetar que o privado, qualquer coisa que faça, não impõe uma crença ou uma opinião política; mas considera uma e outra como condição para garantia de trabalho. Respondo que do mesmo modo poderíamos sustentar que até o Estado mais tirânico não impõe uma crença ou uma opinião, mas se limita a estabelecer certas condições para sermos considerados cidadãos com plenos direitos, permitindo assim que haja liberdade de escolha entre aceitar a crença ou a opinião do Estado, ou acabar na prisão.” (BOBBIO, 1998, p. 165-167).

## 4 – JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA E O GARANTISMO: EXAME DE CASOS SELECIONADOS

Um primeiro campo para a concretização do *garantismo* está no estabelecimento de limites ao exercício do poder diretivo e disciplinar dos empregadores. No limite, trata-se de indagar sobre as possibilidades de controle (pela jurisprudência) do poder de comando (do empregador) nos marcos de uma sociedade de controle (e não apenas de vigilância).

Conceitos jurídicos originários da dogmática civilista vêm sendo (bem) utilizados para conter e limitar o poder disciplinar e o poder de comando do empregador. Proibição de abuso de direito, responsabilidade por infligir dano moral, responsabilidade extrapatrimonial, boa-fé objetiva, são institutos que permitem ao direito dar conta de resolver progressivas demandas por dignidade pessoal nas relações laborais. Antonio Rodrigues de Freitas Júnior, entretanto, observa ser necessário distinguir o modo de incidência destas figuras de direito privado daquele que ocorre quando entra em campo a proteção que tem índole constitucional, qualificada como direito fundamental (2009, p. 25), pois enquanto no primeiro caso está-se diante de uma incidência vertical e mediata, no segundo, a eficácia é horizontal ou imediata. Nesta hipótese, a proteção “não apenas observa os cânones da hermenêutica constitucional, como também, por seus predicados, sobrepõe-se e até mesmo invalida outras normas, sejam elas infraconstitucionais, mesmo emanadas do poder constituinte derivado” (FREITAS Jr., 2009, p. 25).

Reconhecendo que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não desconhece a perspectiva da eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações de trabalho<sup>8</sup>, Antonio Rodrigues de Freitas Júnior salienta não ser ousado pugnar e atribuir eficácia direta a direitos fundamentais quando está em jogo o exercício da autoridade de gestão dos empregadores, do poder diretivo e punitivo. Afinal, para um ambiente de respeito à tolerância, à diversidade e à alteridade, o autor observa ser necessário ultrapassar a “proteção à pessoa do indivíduo vitimado” e reconhecer a eficácia do direito fundamental “para conferir às relações intersubjetivas – *uti universi* – que se estabelecem no interior do ambiente social de trabalho uma grandeza qualitativamente mais fraterna e tolerante” (FREITAS Jr., 2009, p. 28). O controle das despedidas arbitrárias se

---

8 Freitas Júnior cita como exemplos da aplicação, pelo STF, da perspectiva de eficácia imediata para garantia dos direitos de personalidade no âmbito das relações laborais o RE nº 160.222-RJ (invalidação de cláusula contratual de sujeição à revista íntima), o RE nº 161.243-DF (extensão de benefício de regulamento interno para empregados originariamente excluídos do campo de aplicação em virtude da nacionalidade) e o RE 158.215-RS (utilização da cláusula do devido processo legal para invalidar exclusão de sócio de cooperativa), (2009, p. 27)

apresenta como campo fértil de exercício de uma jurisprudência *garantista* que admita a incidência direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações de trabalho e no exercício do poder disciplinar.

O direito fundamental de proteção em face das despedidas arbitrárias também foi aplicado pela Corte para invalidar inovações legais de conteúdo flexibilizador, introduzidas na Consolidação das Leis do Trabalho no bojo das reformas neoliberais promovidas pelo Executivo Federal, no contexto das privatizações e reforma gerencial do Estado brasileiro. O Supremo Tribunal Federal rechaçou a fixação de regra que instituíra modalidade de despedida arbitrária ou sem justa causa, sem indenização correspondente. E em decisão *garantista*, deu ampla interpretação ao princípio constitucional da proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa (CF, art. 7º, I) e declarou a inconstitucionalidade dos §§ 1º e 2º do art. 453 da CLT (com a redação dada pela Lei nº 9.528/97)<sup>9</sup>.

9 Estamos nos referindo a três decisões, em particular. Publicado no Diário de Justiça do dia 29 de junho de 2007, o acórdão da ADI 1.721-3-DF recebeu a seguinte ementa: “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 3º DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 1.596-4/97, CONVERTIDA NA LEI Nº 9.528/97, QUE ADICIONOU AO ART. 453 DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO UM SEGUNDO PARÁGRAFO PARA EXTINGUIR O VÍNCULO EMPREGATÍCIO QUANDO DA CONCESSÃO DA APOSENTADORIA ESPONTÂNEA. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO.” Já o segundo acórdão foi publicado no Diário de Justiça do dia 01.12.06 com a seguinte ementa: “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. READMISSÃO DE EMPREGADOS DE EMPRESAS PÚBLICAS E SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA. ACUMULAÇÃO DE PROVENTOS E VENCIMENTOS. EXTINÇÃO DO VÍNCULO EMPREGATÍCIO POR APOSENTADORIA ESPONTÂNEA. NÃO CONHECIMENTO.” Na primeira ADI, foram requerentes o Partido dos Trabalhadores – PT e o Partido Comunista do Brasil – PC do B, tendo se apresentado como interessado na inconstitucionalidade a Federação Nacional dos Trabalhadores nas Empresas de Correios e Telégrafos e Similares – FENTECT. Na segunda ADI 1.770-4/DF foram requerentes o Partido Democrático Trabalhista – PDT e o Partido Comunista do Brasil – PC do B, não tendo se apresentado como *amicus curie* nenhuma entidade sindical ou organização de aposentados. O julgamento final das duas ADIs ocorreu na sessão plenária de 11.10.06, sob a presidência da Ministra Ellen Gracie, e estando presentes à sessão os ministros Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio Mello, sendo que este ministro foi vencido nas duas ações, na ADI 1.770-4, em parte, pois dava procedência em menor extensão ao pedido, e na ADI 1.721-3 porque a julgava improcedente. É digno de registro que em ambas as ações o Ministério Público, na pessoa do Procurador-Geral da República, opinou pela constitucionalidade dos dispositivos, e improcedência do pedido das ações, sustentando que a aposentadoria extinguiria o contrato de trabalho. Por fim, destacamos a decisão do STF proferida no RE 463.629: “RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MATÉRIA TRABALHISTA. ART. 453 DA CLT. EXTINÇÃO DO VÍNCULO EMPREGATÍCIO PELA APOSENTADORIA VOLUNTÁRIA. IMPOSSIBILIDADE. 1. A interpretação conferida pelo Tribunal Superior do Trabalho ao art. 453 da CLT, segundo a qual a aposentadoria espontânea do empregado importa na ruptura do contrato de trabalho (Orientação Jurisprudencial nº 177 da SDI-1) viola o postulado constitucional que veda a despedida arbitrária, consagrado no art. 7º, I, da Constituição Federal. 2. Precedentes: ADI 1.721-MC, ADI 1.770-MC e RE 449.420. 3. Recurso extraordinário conhecido e provido. Diante das decisões do Supremo Tribunal Federal, o TST cancelou a Orientação Jurisprudencial 177 da SDI que afirmava ser a aposentadoria voluntária por tempo de serviço modalidade de extinção contratual (ainda que mantida na realidade a relação de emprego), sendo inviável considerar a integralidade do tempo de serviço para fins de apuração da base de cálculo para cálculo da indenização pela despedida sem justa causa (40% do FGTS)”.

A atuação garantista da Suprema Corte em aplicar direitos fundamentais sociais como contenção às reformas *in pejus* aos trabalhadores não se limitaria ao controle de constitucionalidade de leis em sentido formal. O reconhecimento de direitos fundamentais de minorias desprestigiadas em convenções coletivas provenientes do exercício da autonomia coletiva também foi objeto da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Diante de acordos coletivos de trabalho que estabeleçam o requisito de comunicação formal da gravidez para que a empregada adquirisse a garantia de emprego durante o ciclo gravídico-puerperal, eximindo o empregador das obrigações de proteção, caso não houvesse prova de sua ciência inequívoca, o Tribunal Superior do Trabalho em um primeiro momento flexibilizou a proteção constitucional<sup>10</sup>. Assim, como segundo um paradigma garantista, “todos os direitos fundamentais dos trabalhadores positivados são inderrogáveis tanto pela discricionariedade administrativa, como pela autonomia privada, individual ou coletiva” (FERRAJOLI, 2008, p. 291), para o Supremo Tribunal Federal não estão sujeitos à deliberação (e, portanto, à transação pela autonomia coletiva) os direitos fundamentais sociais<sup>11</sup> diante da natureza irrenunciável dos direitos constitucionais dos trabalhadores e do princípio da norma mais benéfica.

Em um contexto no qual o direito do trabalho passou a ser flexibilizado *in pejus*, em detrimento dos direitos fundamentais sociais tanto pelas mãos do legislador quanto pelas vias da negociação coletiva e de decisões judiciais de cortes trabalhistas, o Supremo Tribunal Federal contribuiu, ainda que tímida-

---

10 “Orientação Jurisprudencial nº 88. Gestante. Estabilidade provisória. Inserido em 28.04.97. O desconhecimento de estado gravídico pelo empregador, salvo previsão contrária em norma coletiva, não afasta o pagamento da indenização decorrente da estabilidade (art. 10, II, *b*, ADCT). A ausência de cumprimento da obrigação de comunicar a empregadora o estado gravídico em determinado prazo após a rescisão, conforme previsto em norma coletiva que condiciona a estabilidade a esta comunicação, afasta o direito à indenização decorrente da estabilidade.” Posteriormente foi dada nova redação à OJ nº 88: “Gestante. Estabilidade Provisória. O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade. (art. 10, II, *b*, ADCT). Legislação: CF/1988”, entendimento consubstanciado atualmente na Súmula nº 244 do Tribunal Superior do Trabalho.

11 Trata-se de decisão proferida em recurso extraordinário em que a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal reformou decisão do TST e restabeleceu sentença de primeira instância da Justiça do Trabalho que determinara o pagamento da indenização pela dispensa arbitrária de empregada grávida, não obstante previsão constante em cláusula convencional, assim ementada: “Estabilidade provisória da empregada gestante (ADCT, art. 10, II, *b*): inconstitucionalidade de cláusula de convenção coletiva do trabalho que impõe como requisito para o gozo do benefício a comunicação da gravidez ao empregador. 1. O art. 10 do ADCT foi editado para suprir a ausência temporária de regulamentação da matéria por lei. Se carecesse ele mesmo de complementação, só a lei a poderia dar; não a convenção coletiva, à falta de disposição constitucional que o admitisse. 2. Aos acordos e convenções coletivos de trabalho, assim como às sentenças normativas, não é lícito estabelecer limitações a direito constitucional dos trabalhadores que nem à lei se permite.” (BRASIL, STF-RE 234.186-3, Ministro-Relator Sepúlveda Pertence, 2001).



mente, para a *reconstrução jurisprudencial de um direito do trabalho* senão desregulado, ao menos flexibilizado.

Jurisprudência *garantista* em matéria de direitos coletivos envolve não uma reconstrução, mas uma construção concretizadora do direito fundamental à greve, positivado no art. 9º da CRFB. Em confronto com uma memória repressiva, encontramos decisões recentes do Tribunal Superior do Trabalho seguindo tal intento ao rechaçar argumentos patronais que identificam greve política como greve abusiva e ao sublinhar a existência de “movimentos grevistas que se dirigiram a interesses estranhos aos estritamente contratuais”, tais como as “*greves de solidariedade* e as *greves políticas*, que não são vedadas pela Constituição Federal”<sup>12</sup>. A afirmação da amplitude do direito de greve e da reserva à autonomia coletiva de competência exclusiva para deliberar sobre a oportunidade do exercício do direito e decidir acerca de que interesses serão defendidos na greve expressa uma opção nitidamente garantista de concretização do direito fundamental e de reconhecimento da legitimidade constitucional de movimentos paredistas, contendo reivindicações políticas que buscam a melhoria das condições de vida dos trabalhadores.

Em um cenário de abertura do Tribunal Superior do Trabalho a interpretações garantistas, quiçá o Supremo Tribunal não enverede por interpretações em desprestígio dos princípios do direito constitucional do trabalho. Posições liberais em matéria constitucional podem provocar uma erosão na interpreta-

12 Trata-se de importante decisão da Seção de Dissídios Coletivos do TST, proferida em 09 de novembro de 2009, nos autos do processo TST-RODC-548/2008-000-12-00.0, com a seguinte ementa: “RECURSO ORDINÁRIO EM DISSÍDIO COLETIVO. AMPLITUDE DO DIREITO DE GREVE. A Carta Magna brasileira de 1988, em contraponto a todas as constituições anteriores do país, conferiu, efetivamente, amplitude ao direito de greve ao determinar que compete aos trabalhadores a decisão sobre a oportunidade de exercer o direito, assim como decidir a respeito dos interesses que devam por meio dele defender (*caput* do art. 9º, CF/88). A teor do comando constitucional, portanto, não são, em princípio, inválidos movimentos paredistas que defendam interesses que não sejam rigorosamente contratuais, ilustrativamente, razões macroprofissionais e outras.” O Acórdão, de relatoria do ministro Mauricio Godinho Delgado, é claramente garantista: “Ao contrário, a Carta Magna brasileira, de 1988, em contraponto a todas as constituições anteriores do país, conferiu, efetivamente, amplitude ao direito de greve. É que determinou competir *aos trabalhadores* a decisão sobre a *oportunidade de exercer* o direito, assim como sobre os *interesses que devam por meio dele defender* (*caput* do art. 9º, CF/88). Oportunidade de exercício de greve e interesses a serem nela defendidos, ambos sob decisão dos respectivos trabalhadores, diz a Carta Magna. A teor do comando constitucional, portanto, não são, em princípio, inválidos movimentos paredistas que defendam interesses que não sejam rigorosamente contratuais, ilustrativamente, razões macroprofissionais e outras. A validade desses movimentos será inquestionável, em especial se a solidariedade ou a motivação política vincularem-se a fatores de significativa repercussão na vida e trabalho dos grevistas. Essa é a hipótese dos autos em que os trabalhadores, unidos em uma mobilização nacional, reivindicaram legitimamente melhorias nas relações do trabalho portuário. Dessa forma, é inevitável a conclusão de que o simples fato de ter o movimento paredista cunho estritamente político, conforme alega o Suscitante, não torna o movimento abusivo, visto que os trabalhadores apenas exerceram em sua plenitude um direito constitucionalmente garantido”.



ção da constituição do trabalho e um retrocesso na concretização dos direitos. Referimo-nos especialmente a recentes debates havidos no Supremo Tribunal Federal em torno de institutos e temas caros aos juslaboralistas. Sob a aparência de concretização de princípios constitucionais, o Supremo Tribunal Federal determinou a suspensão da nova redação da Súmula nº 228 do TST<sup>13</sup> e inicia debate sobre a constitucionalidade da prescrição trintenária do FGTS, resolvida na Justiça do Trabalho com a edição da Súmula nº 362 do TST<sup>14</sup>.

Trata-se do julgamento do Recurso Extraordinário 522.897, no qual se discute a constitucionalidade do art. 23 da Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990, que reafirmou, depois da nova ordem constitucional, a prescrição trintenária para cobrança de parcelas não depositadas no Fundo de Garantia por Tempo de Serviço. A tese da inconstitucionalidade aduzida pelo empregador (no caso, o Estado do Rio Grande do Norte) foi acolhida nos votos dos ministros Gilmar Mendes e Ellen Gracie, tendo sido suspenso o julgamento no último dia 04 [de agosto de 2011] com o pedido de vista do ministro Carlos Ayres Britto. A tese da inconstitucionalidade sustenta que na nova ordem constitucional o Fundo de Garantia corresponderia a um crédito trabalhista, prescritível em cinco anos, a teor do inciso XXIX do art. 7º da CRFB. Conquanto a natureza complexa do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço não permita concluir tratar-se exclusivamente de uma modalidade de crédito trabalhista, ainda que assim o fosse, tal conclusão não levaria à inconstitucionalidade do art. 23 da Lei nº 8.036 de 1990. Afinal, o *caput* do art. 7º da Constituição Federal não somente não veda que os direitos nele enunciados sejam ampliados pela legislação infraconstitucional como constitucionaliza o princípio trabalhista que prestigia a norma mais favorável. Em matéria trabalhista, com expressa garantia constitucional, a norma mais favorável é sempre o vértice do ordenamento, constituindo os direitos materiais previstos no art. 7º (CRFB) o piso, não um teto para a proteção.

Não se deve olvidar “que o art. 7º da Constituição revela-se como uma centelha de proteção ao trabalhador a deflagrar um programa ascendente, sempre ascendente, de afirmação dos direitos fundamentais,” consoante magistério de Augusto César Leite Carvalho, que assevera: “Quando o *caput* do mencionado

---

13 Trata-se da decisão proferida pelo Ministro Gilmar Mendes, que deferiu medida cautelar nos autos da Reclamação 6.266-DF, atendendo a requerimento da Confederação Nacional da Indústria – CNI para suspender os efeitos da Súmula nº 228 do E. Tribunal Superior do Trabalho, que em nova redação afirmou: “Adicional de insalubridade. Base de cálculo. A partir de 9 de maio de 2008, data da publicação da Súmula Vinculante nº 4 do Supremo Tribunal Federal, o adicional de insalubridade será calculado sobre o salário básico, salvo critério mais vantajoso fixado em instrumento coletivo”.

14 Súmula TST nº 362 – FGTS. Prescrição: “É trintenária a prescrição do direito de reclamar contra o não recolhimento da contribuição para o FGTS, observado o prazo de 2 (dois) anos após o término do contrato de trabalho”.

preceito enuncia que irá detalhar o conteúdo indisponível de uma relação de emprego e de logo põe a salvo “outros direitos que visem à melhoria de sua condição social”, atende a um postulado imanente aos direitos fundamentais: a proibição de retrocesso” (2007).

Sabe-se que o direito fundamental reconhecido no inciso XXIX, do art. 7º da Constituição é o da ampla garantia do direito de ação trabalhista (CAMINO, 2004, CARVALHO, 2007), e que o lapso temporal fixado objetivava, em seu tempo, aumentar o prazo prescricional estabelecido originalmente na Consolidação das Leis do Trabalho. A adequada interpretação para o art. 7º, inciso XXIX, é a que extrai do direito constitucional não uma interpretação textual, mas aquela que, referenciada na tendência progressista e progressiva dos direitos fundamentais<sup>15</sup>, reafirma os direitos fundamentais como direitos dos mais fracos: “Centrando o foco, portanto, na matriz constitucional (...) exaure-se na percepção de o conceito de prescrição considerado pelo constituinte, em restrição que fez ao direito de ação trabalhista, ser insusceptível de mutação pelo legislador ordinário sempre que assim não suceder para melhorar as condições sociais do trabalho”. (CARVALHO, 2007, grifo nosso).

As potencialidades do garantismo para a reconstrução jurisprudencial dos direitos do trabalho estão dadas e já são exploradas em casos específicos. Parafraseando Ferrajoli, afirma-se que o futuro dos direitos dos trabalhadores também depende de nós, de nossa consciência, de nossa responsabilidade civil e política, de nosso atuar (2008, p. 292). Instigada por uma leitura que conjuga o processo de positivação dos direitos do trabalho na desigual sociedade brasileira com o estabelecimento de um horizonte para as aspirações utópicas de uma classe em construção,<sup>16</sup> concluímos o artigo tomando por empréstimo de Douzinas (2009) a epígrafe de Oscar Wilde: “Nem vale a pena olhar para um mapa do mundo que não inclua a Utopia, pois ele exclui o único país onde a humanidade está sempre aportando.”

15 Como manifestação das potencialidades do garantismo para sustentar um processo de reconstrução dogmática do direito do trabalho, o excelente artigo do Ministro Augusto César de Carvalho que afirma a incompatibilidade entre o art. 219 § 5º, do CPC (que em nova redação alberga a possibilidade de declaração ex-officio da prescrição) seja ao constatar que “a mudança de sentido fere a proibição de retrocesso em relação ao direito de ação trabalhista elevado à categoria de direito fundamental pela Constituição e por esta já delimitado”, prosseguindo “por seu turno, o credor da prestação salarial tem interesse prevalente quando comparado, com esteio no ordenamento constitucional e mesmo legal, ao desejo de o devedor trabalhista eximir-se das obrigações que contraiu ao apropriar-se da energia de trabalho.” (CARVALHO, 2007).

16 A referência aqui é ao instigante ensaio de Cardoso, para quem “a consciência de classe dos trabalhadores brasileiros foi, por muito tempo, a consciência do direito a seus direitos, cuja efetividade esteve sempre em processo e, nesse sentido, foi, sempre e renovadamente, utópica” (2010, p. 806).

## 5 – REFERÊNCIAS

## 5.1. Referências Bibliográficas

- BOBBIO, Norberto (1998). *Diário de um século: autobiografia*, Rio de Janeiro: Campus.
- CAMINO, Carmen (2004). *Direito individual do trabalho*. 4. ed. Porto Alegre: Síntese.
- CARDOSO, Adalberto (2010). *Uma utopia brasileira: Vargas e a construção do estado de bem-estar numa sociedade estruturalmente desigual*. Dados, Rio de Janeiro, v. 53, n. 4. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0011-52582010000400001&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52582010000400001&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 14 ago. 2011.
- CARVALHO, Augusto César Leite de (2007) *Prescrição trabalhista “ex officio”*: Uma análise da compatibilidade sob o prisma constitucional. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/10480/prescricao-trabalhista-ex-officio>>. Acesso em: 14 ago. 2011.
- DOUZINAS, Costas (2009). *O fim dos direitos humanos*. São Leopoldo: Unisinos.
- ERMIDA URIARTE, Oscar (2004a). A flexibilização no Direito do Trabalho. A experiência Latino-Americana. In: Tribunal Superior do Trabalho (Org.). *Flexibilização no Direito do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: IOB Thompson, p. 217-252.
- \_\_\_\_\_. (2004b). A aplicação judicial das normas constitucionais e internacionais sobre direitos humanos trabalhistas. In: Tribunal Superior do Trabalho (Org.). *Fórum internacional sobre direitos humanos e direitos sociais*. São Paulo: LTr, p. 280-293.
- \_\_\_\_\_. (2007). Entrevista: Panorama Latino Americano. *Revista da Associação Latinoamericana de Juízes do Trabalho*. n. 2, ano 1, dez., p. 14-18. Disponível em: <[http://www.aljt.org/index.php?option=com\\_content&task=blogcategory&id=39&Itemid=65](http://www.aljt.org/index.php?option=com_content&task=blogcategory&id=39&Itemid=65)>. Acesso em: 01 ago. 2011.
- FERRAJOLI, Luigi et al. (2001). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta.
- \_\_\_\_\_. (2002a). *Derechos y garantías. La ley del más débil*. 3. ed. Madrid: Editorial Trotta.
- \_\_\_\_\_. (2002b). Prólogo. In: ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Editorial Trotta.
- \_\_\_\_\_. (2008). *Democracia y garantismo*. Madrid: Editorial Trotta.
- FREITAS Jr., Antonio Rodrigues de (2009). Direitos Sociais e eficácia horizontal dos direitos fundamentais: possíveis consequências práticas para o exercício do poder disciplinar do empregador. In: *Revista Trabalhista Direito e Processo*. Ano 8, n. 31, jul./set., p. 22-29.
- ITALIA. La Costituzione della Repubblica Italiana. Disponível em <<http://www.comune.fi.it/costituzione/italiano.pdf>>. Acesso em: 16 ago. 2011.
- PAOLI, Maria C. (1994). Os direitos do trabalho e sua justiça: em busca de referências democráticas. *Revista da USP* (Dossiê Judiciário). São Paulo, n. 21, p. 100-115, mar./maio.
- SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da (2008). *Relações Coletivas de Trabalho: configurações institucionais no Brasil contemporâneo*. São Paulo: LTr.

\_\_\_\_\_. (2011). Reforma do Judiciário e Justiça do Trabalho: Esboço para a avaliação do legado reformador no âmbito do direito de greve In: Grijalbo Fernandes Coutinho; Marcos Neves Fava. (Org.). *O que estão fazendo da nova competência da Justiça do Trabalho?* Análise crítica da jurisprudência do STF, do TST e do STJ após EC C 45. São Paulo: LTR, p. 611-639.

### 5.2. Referências legislativas e jurisprudenciais

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 17 jun. 2011.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI 1.721-3- DF. Requerentes – Partido dos Trabalhadores – PT, Partido Democrático Trabalhista- PDT, e Partido Comunista do Brasil – PC do B. Requerido: Presidente da República. Relator: Ministro Carlos Britto. Brasília, 11 de abril de 2003. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=MEDIDA%20PROVIS%20D3RIA%20APOSENTADORIA%20ESPONTANEA&processo=1721>>. Acesso em: 24 ago. 2011.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI 1.770-4/DF. Requerentes: Partido Democrático Trabalhista – PDT e Partido Comunista do Brasil – PC do B. Requerido: Presidente da República Congresso Nacional. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, 06 de novembro de 1998. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=READMISS%20C3O%20DE%20EMPREGADOS%20DE%20EMPRESAS%20P%20DABLICAS%20ACUMULA%20C7%20C3O%20DE%20PROVENTOS&processo=1770>>. Acesso em: 24 ago. 2011.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Reclamação. Rcl 6266. Reclamante: Confederação Nacional da Indústria. Reclamado: Tribunal Superior do Trabalho (Súmula nº 228). Relator: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, 14 de outubro de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2629349>>. Acesso em: 24 ago. 2011.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. RE 158.215/RS. Recorrentes: Ayrton da Silva Capaverde e outros. Recorrido: Cooperativa Mista São Luiz LTDA. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 30 de abril de 1996. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+158215%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+158215%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 24 ago. 2011.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. RE 160.222/RJ. Recorrentes: Ana Paula Muniz dos Santos e Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Recorrido: Nahum Manela. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, 11 de abril de 1995. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+160222%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+160222%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 24 ago. 2011.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. RE 161.243/DF. Recorrentes: Joseph Halfin. Recorrido: Compagnie Nationale Air France. Relator: Ministro Carlos Velloso. Brasília, 26 de outubro de 1996. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+161243%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+161243%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 24 ago. 2011.

## 70 ANOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. RE 234.186/SP. Recorrente: Elizabeth dos Santos Silva. Recorridos: Credencial Serviços Ltda. Relator: Ministro: Sepúlveda Pertence. Brasília, 05 de junho de 2001. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=RE.SCLA.%20E%20234186.NUME.&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 14 ago. 2011.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. RE 463.629. Recorrente: Rosali Gomes. Recorrido: Jorge Sant'anna Bopp e Outro (A/S). Relator: Ministra Ellen Gracie. Brasília, 14 de novembro de 2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+463629%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+463629%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 24 ago. 2011.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. RE 522.897: Andamento Processual. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=522897&classe=RE&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 18 ago. 2011.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Supremo inicia debate sobre prazo de prescrição quanto ao FGTS*. Notícias STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=185851>>. Acesso em: 04 ago. 2011.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. Orientação Jurisprudencial nº 88 “Gestante. Estabilidade Provisória. O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade. (art. 10, II, b, ADCT). Legislação: CF/1988”. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:tribunal.superior.trabalho;subsecao.especializada.dissidios.individuais.1:orientacao.jurisprudencial:2011;88>>. Acesso em: 24 ago. 2011.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso Ordinário em Dissídio Coletivo RODC-548/2008-000-12-00.0. Recorrente: Sindicato dos Operadores Portuários de São Francisco do Sul. Recorrido: Sindicato dos Estivadores e Trabalhadores em Estiva de Minérios de São Francisco do Sul. Relator: Ministro Mauricio Godinho Delgado. Brasília, 27 de novembro de 2009. Disponível em: <[http://ext02.tst.jus.br/pls/ap01/ap\\_red100.resumo?num\\_int=700931&ano\\_int=2009&qtd\\_acesso=14555253](http://ext02.tst.jus.br/pls/ap01/ap_red100.resumo?num_int=700931&ano_int=2009&qtd_acesso=14555253)>. Acesso em: 24 ago. 2011.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 362 “É trintenária a prescrição do direito de reclamar contra o não recolhimento da contribuição para o FGTS, observado o prazo de 2 (dois) anos após o término do contrato de trabalho.” Disponível em: <[http://www.dji.com.br/normas\\_inferiores/enunciado\\_tst/tst\\_0361a0390.htm#TST Enunciado nº 362](http://www.dji.com.br/normas_inferiores/enunciado_tst/tst_0361a0390.htm#TST%20Enunciado%20n%28362%29)>. Acesso em: 24 ago. 2011.

---

## Notas e Comentários

---



## TST ENTREGA ORDEM DO MÉRITO JUDICIÁRIO DO TRABALHO

O Tribunal Superior do Trabalho realizou no dia 11 de agosto a tradicional solenidade anual de entrega da Ordem do Mérito Judiciário do Trabalho. Desde que foi criada, em 1970, a Ordem do Mérito homenageia pessoas e instituições que se distinguiram em suas profissões ou serviram de exemplo para a sociedade.

Segue, abaixo, a lista de agraciados:

*Grã-Cruz:*

Ministra Gleisi Helena Hoffmann  
Ministro José Eduardo Cardoso  
Ministro Orlando Silva de Jesus Júnior  
Governador Marcelo Déda Chagas  
Embaixador Leovigildo da Costa e Silva  
Apresentadora Hebe Camargo

*Grande Oficial:*

Ministra Laurita Hilário Vaz  
Senadora Ana Amélia Lemos  
Senador Eunício Lopes de Oliveira  
Deputado Federal José Antônio Machado Reguffe  
Deputado Federal José Roberto Santiago Gomes  
Deputado Federal Zenaldo Rodrigues Coutinho Júnior  
Desembargadora Ana Lúcia Bezerra Silva  
Desembargadora Márcia Andrea Farias da Silva  
Vice-Almirante Walter Carrara Loureiro

*Comendador:*

Desembargador Júlio César Cardoso de Brito  
Desembargador Alexandre Agra Belmonte  
Desembargador Ricardo Luiz Tavares Gehling  
Desembargadora Ana Paula Pellegrina Lockmann



## NOTAS E COMENTÁRIOS

Procuradora Flávia Piovesan  
Deputado Distrital Francisco Leite Oliveira  
Ex-Deputada Estadual Celina Martins Jallad (*in memoriam*)  
Doutor Miguel Ângelo Sampaio Cançado  
Doutor Luís Roberto Barroso  
Doutor Nelson Mannrich  
Doutora Ângela Maria de Castro Gomes  
Doutor Osmar Mendes Paixão Côrtes  
Maestro Cláudio Cohen  
Médico Cimar Eustáquio Marques da Silva  
Geólogo Guilherme de Oliveira Estrella

### *Oficial:*

Juiz Fernando Luiz Gonçalves Rios Neto  
Juíza Patrícia de Matos Lemos  
Procurador Wilson Coury Jabour Júnior  
Doutor Peter Nadas  
Doutor Eliomar Pires Martins  
Senhor Ubiratan de Freitas Mesquita  
Senhor Rogério Mücke Ceni  
Senhor Ricardo Martins de Lima

### *Instituição:*

Clube do Choro de Brasília

## MINISTRO CARLOS ALBERTO TOMA POSSE NO CNJ

O ministro Carlos Alberto Reis de Paula tomou posse, em 23 de agosto, como conselheiro do Conselho Nacional de Justiça para o biênio 2011/2013. O ministro será o representante do Tribunal Superior do Trabalho junto ao Conselho.

Escolhido para falar em nome dos novos conselheiros, homenageados em sessão solene, o ministro Carlos Alberto enfatizou em seu discurso que a composição que se inicia trabalhará para a valorização do Judiciário. “Uma magistratura sem juízes valorizados é inexistente”, destacou.

Mineiro de Pedro Leopoldo, o ministro Carlos Alberto é doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais, professor do Departamento de Direito da Universidade de Brasília e, no TST, onde atua desde 1998, preside a Terceira Turma. O ministro foi presidente da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho (ENAMAT), no biênio 2007/2009, e assumiu a Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho entre 2009 e 2011.

### **TST PROMOVE IV ENCONTRO SOBRE LEGISLAÇÃO ESPORTIVO-TRABALHISTA**

O Tribunal Superior do Trabalho realizou, nos dias 15 e 16 de setembro, pelo quarto ano consecutivo, o IV Encontro Nacional sobre Legislação Esportivo-Trabalhista. Coordenado pelo ministro do TST Guilherme Caputo Bastos, o encontro reuniu especialistas para discutir temas como contrato de menor, Estatuto do Torcedor, organização sindical no futebol, justa causa no direito esportivo e o impacto do *marketing* desportivo nos contratos.

Nesta edição, o evento trouxe uma inovação em sua dinâmica, com opções de minicursos voltados a diversos ramos do Direito – civil, trabalhista, tributário, constitucional, justiça desportiva e *marketing* desportivo. O encontro promoveu também dois painéis, nos quais magistrados, advogados e juristas fizeram exposições sobre temas como os impactos do futebol na economia brasileira, a regulamentação de férias, jornada de trabalho e remuneração do atleta profissional, a visão jurídica de megaeventos e a necessidade de legislação própria para o futebol.

“O encontro é uma oportunidade de aprofundamento das discussões jurídicas desses temas e uma oportunidade de preparação e aprimoramento dos especialistas desse campo do Direito, mas não só”, afirma o presidente do TST, ministro João Oreste Dalazen. “Ele tem também a missão institucional e social de enfrentar os novos desafios que serão lançados no Brasil antes e depois de eventos de envergadura internacional, como a Copa do Mundo de 2014 e a Olimpíada de 2016”, disse Dalazen.