

**REVISTA
DO TRIBUNAL
SUPERIOR
DO TRABALHO**

DOUTRINA

1987

COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

Ministro Presidente — MARCELO PIMENTEL

Ministro Vice-Presidente — MARCO AURÉLIO PRATES DE MACEDO

Ministro Corregedor-Geral — LUIZ JOSÉ GUIMARÃES FALCÃO

MEMBROS TOGADOS

Ministro CARLOS ALBERTO BARATA SILVA

Ministro CARLOS COQUEIJO TORREÃO DA COSTA

Ministro MARCO AURÉLIO MENDES DE FARIAS MELLO

Ministro ORLANDO TEIXEIRA DA COSTA

Ministro RANOR THALES BARBOSA DA SILVA

Ministro JOSÉ AJURICABA DA COSTA E SILVA

Ministro LUIZ PHILIPPE VIEIRA DE MELLO

Ministro JOÃO AMÉRICO DE SOUZA

REPRESENTAÇÃO CLASSISTA

EMPREGADORES:

Ministro NELSON TAPAJÓS (até 22 de janeiro de 1987)

Ministro HERMÍNIO MENDES CAVALEIRO

Ministro JOSÉ CARLOS DA FONSECA (a partir de 18 de junho de 1987)

Ministro AURÉLIO MENDES DE OLIVEIRA (a partir de 25 de junho de 1987)

EMPREGADOS:

Ministro JOÃO WAGNER (até 9 de março de 1987)

Ministro HÉLIO DE SOUZA REGATO DE ANDRADE

Ministro NORBERTO SILVEIRA DE SOUZA

Ministro FERNANDO VILAR (a partir de 17 de junho de 1987)

PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO

**REVISTA
DO
TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO**

ÓRGÃO OFICIAL DA JUSTIÇA DO TRABALHO

ANO DE 1987

COMISSÃO DA REVISTA DO TST

Ministro Carlos Alberto Barata Silva
Ministro Orlando Teixeira da Costa

COORDENAÇÃO

Serviço de Jurisprudência e Revista

REDAÇÃO

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO
Praça dos Tribunais Superiores — Brasília



REVISTA DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO: órgão oficial da Justiça
do Trabalho, Brasília, DF — Brasil, ano de 1987, São Paulo, LTr, 1988

CDU-347.998 : 331 (81) (05)
-34 : (81) (094.9) (05)

Assessoria Editorial
HM - PRODARTE

Composição
LIBERDADE

Impressão
PROL

(Cód. 602.2)

© Todos os direitos reservados



EDITORA LTR

R. Apa, 165 - CEP 01201 - Fone: (011) 826-2788 - São Paulo - Brasil

1 9 8 8

SUMÁRIO

TEMAS EM DEBATE: DIREITO CONSTITUCIONAL DO TRABALHO

PIMENTEL, Marcelo	
A Constituição Ideal	9
SÜSSEKIND, Arnaldo	
Garantia Contra a Despedida Arbitrária	31
COSTA, Orlando Teixeira da	
A Nova Constituição: Estabilidade e Jornada de Trabalho	45
BARATA SILVA, Carlos Alberto	
A Negociação Coletiva na Nova Estrutura Sindical	48
SILVA, José Ajuricaba da Costa e	
Unidade e Pluralidade Sindical	54
SANTOS, Roberto Araújo de Oliveira	
Liberdade Sindical e Exercício Abusivo do Poder Normativo da Justiça na Constituição	60
MAGANO, Octavio Bueno	
Os Representantes Classistas no Processo Trabalhista	72

TEMAS DIVERSOS

COQUEIJO COSTA	
Tendências Atuais do Direito Processual do Trabalho	79
MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias	
O Prequestionamento e o Recurso de Revista	86
MARTINS, Ildélio	
Sobre a Projeção Jurídica da Gratificação Periódica	95
LEAL, Ronaldo José Lopes	
Adequação do Recurso Adeslvo no Processo do Trabalho	99
COQUEIJO COSTA	
Ação Cautelar	109
MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias	
Contrato de Trabalho — Resilição — Ônus da Prova — Enunciado 212 da Súmula do Tribunal Superior do Trabalho	111
GUIMARÃES FALCÃO, Luiz José	
A Greve nas Atividades Essenciais	116
SILVA, José Ajuricaba da Costa e	
Alguns Temas da Execução Trabalhista	119

MONOGRAFIAS PREMIADAS PELO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

Prêmio "OSCAR SARAIVA" — 1986

SILVA, Wilma Nogueira de Araújo Vaz da O Papel do Juiz na Criação do Direito	131
CABEDA, Fernando Vaz A Alçada no Processo do Trabalho	163

D E S T A Q U E

PIMENTEL, Marcelo Discurso de Posse	205
COSTA, Orlando Teixeira da Saudação a Marcelo Pimentel	217
PIMENTA, Wagner Saudação em nome do Ministério Público	221
SERRALVO, Amauri Saudação em nome da Ordem dos Advogados do Brasil	223
QUINTÉLLA, Antônio Domingos Meirelles Saudação em nome dos Advogados do Rio de Janeiro	226
SINOPSE NOTICIOSA	229

TEMAS EM DEBATE:

**DIREITO CONSTITUCIONAL
DO TRABALHO**

A CONSTITUIÇÃO IDEAL (*)

Marcelo Pimentel (**)

Com raro orgulho, cruzo os umbrais desta Casa de tão nobres e ricas tradições, um dia marcante nesta minha laboriosa vida de servidor público que há quarenta anos se iniciou, nove dos quais como Magistrado, dezoito como Consultor Jurídico do Ministério do Trabalho, cerca de dez como Assistente, Assessor ou Oficial de Gabinete de Ministros da Justiça, dezoito como Delegado, Assessor ou Conselheiro em reuniões e conferências na OIT.

Nesse tão longo lapso de tempo, assisti ou mesmo participei, embora modestamente, de marcantes fatos da vida nacional, inclusive da Constituinte de 1946 e agora outra, esta, sim, deixando-me entre inseguro e preocupado em razão dos imprevistos com que nos tem surpreendido.

Vim da augusta Faculdade de Direito das Minas Gerais, onde cursei os quatro anos iniciais da Universidade, levando-me uma conquista profissional paralela a correr para o Rio de Janeiro, onde, afinal, iniciei a modesta carreira que me alçou ao Tribunal Superior do Trabalho e à vida pública com horizontes maiores.

Quis o destino que fosse testemunha ou partícipe de dois eventos marcantes da vida nacional. Na primeira Constituinte, como chefe da seção política do "Estado de Minas", órgão dos Diários Associados, ou na Agência Meridional do Rio de Janeiro, como cronista, acompanhei, vivi a conquista política pós-ditadura getuliana e depois convivi, ao longo de quinze anos, com os notáveis políticos dos congressos posteriores. Hoje, na posição de Presidente da Justiça do Trabalho, acampanho, vivo e sofro as agruras de uma Assembléia que ainda anda meio perdida nos seus destinos e, realmente, não se encontrou nos seus objetivos.

Não sei bem se a Nação já se refez da decepção que foi o Anteprojeto da Comissão de Sistematização, como também não sei definir se o que se oferecia em termos de conquista social era realmente um progresso ou temerária aventura em que se espicaçava o capital apavorado, o investidor, eliminando o capital estrangeiro, enfim, uma sortida de avanços tão arriscados que o capital, um eterno trânsfuga de situações perigosas, recolher-se-ia atemorizado, como se recolheu.

Vieram sugestões absolutamente revolucionárias para a nossa época nacional que parecia estar o capital posto à disposição da demagogia, do empirismo, da falta de visão futura, impondo-se-lhe uma coação que pararia o País, tolhendo o seu desenvolvimento, porque ninguém pode imaginar que, agregados tantos novos direitos aos trabalhadores, não se afrontaria a incipiente estrutura capitalista do País, num progressismo desavisado ou desvalrado. Não que o proposto

(*) Conferência de abertura proferida no Curso Sobre Direito Constitucional do Trabalho, realizado pela Universidade de São Paulo.

(**) O autor é Presidente do Tribunal Superior do Trabalho.

seja de inviabilidade irreversível. Claro que não. Inexeqüível para o Brasil de cento e vinte bilhões de dólares de dívida, Brasil de indústria obsoleta, dos juros de quinhentos por cento ao ano, de incipiente exportação, de mendicância permanente de moeda forte, enfim, um País marcado pela imprevidência nos seus lampejos alucinados de construir cinqüenta em cinco anos, abandonando-se a providência do progresso planejado pela visão megalomaniaca de ocupar os primeiros postos, sem retaguarda, na planilha das principais nações do mundo.

Felizmente, o bom senso afastou aquilo que seria mais desajustado da realidade e, afinal, no Projeto do Deputado Bernardo Cabral, a prudência expurgou algo que se colocara naquela pauta reivindicatória, que mais parecia de dissídio coletivo, para deixar a questão, como impõe a boa técnica, à legislação infraconstitucional. A meu ver mesmo alguma coisa nem sequer aí deverá se situar. Penso que jornada de quarenta horas, hoje tão comum nos países mais avançados social e economicamente, pode ser conquistada através da negociação coletiva, chave de uma possibilidade de maior equilíbrio nas relações entre capital e trabalho. No momento, o País precisa trabalhar, trabalhar, trabalhar muito, para sairmos do abissal da dívida impagável, tanto interna quanto externamente. As minidesvalorizações permanentes representam apenas o fracasso da política de equilíbrio econômico, porque com ela se pretende o artificialismo de uma exportação sem sustentação técnica, eis que o parque industrial não produz em termos competitivos, embora o operário continue recebendo salários minguados e sendo vítima de uma insana e desenfreada instabilidade na sua vida profissional.

Retirou-se, também, da pauta dos direitos sociais, a estabilidade, que pode e deve ser conquistada com uma dosagem. Um período sem estabilidade, para começar, seguido de outro de estabilidade controlada pela Justiça do Trabalho (esta é a minha receita, ficando o restante, também, para a negociação).

Toda evolução segue um ritmo racional e lento no tempo. Nada se impõe, porque a realidade rechaça. Um país não passa de subdesenvolvido a desenvolvido por decreto. Há de se respeitar o que seja o real, o lógico, de faticidade viável; não é exeqüível pensar-se em somar, distribuir direitos por conta alheia. Quem vai pagar a conta pode se revoltar e simplesmente abandonar o empreendimento ou partir para a automação, a robotização, limitando empregos. E precisamos de mais de 1.500.000 novos empregos por ano.

O empirismo nada constrói. O ideal é progredir socialmente, mas, jamais, aventurar-se, lançar-se ao incognoscível, porque, no confronto entre o decretado e a realidade, esta pode se tornar o amargor da decadência.

O Projeto do Deputado Bernardo Cabral, que apareceu marcado pela suspeita de que houve alterações não autorizadas no texto inicial, através de manobras no computador, é de duração efêmera. Acredito que um texto corrigido, muito alterado, deverá vir à luz dentro em pouco, já oferecendo uma segunda versão, na qual muita coisa vai desaparecer. Dos contatos que mantive com o relator, restou-me tal impressão.

Retirar-se do Anteprojeto da Constituição aquilo que lá colocaram, não representa retrocesso. Lembrou o eminente Ministro Cordeiro Guerra, em conferência, que há "reacionários que se intitulam progressistas, e não reacionários, o que

ocorre até mesmo na Igreja, onde há um verdadeiro Partido Clerical Radical, que finge harmonizar a negação de Deus com a fé católica e se horroriza com a escolha do Papa para o Arcebispo Primaz do Brasil, por recair num sacerdote humilde temente a Deus". Não se trata de discutir quem é o responsável pela defesa de todos os ditos avanços colocados no Anteprojeto. Mais importante que tanta regra no arcabouço constitucional é perseguir a conciliação de forças, em princípio antagônicas, de interesses contrapostos, se examinados sob um prisma egoístico, onde o detentor do capital pretende auferir o máximo do trabalhador pelo menor custo possível, enquanto este quer ganhar o máximo, dentro de suas próprias limitações, com um esforço cada vez menor. A missão árdua do Direito é conciliar essas ambições, garantindo o convívio pacífico entre elas, assegurando o bem-estar de empregados e empregadores, propiciando o indispensável entrelaçamento de ambos, numa união profícua, cujo denominador comum será o enaltecimento da figura humana e a multiplicação das riquezas, com a indispensável produção dos bens necessários ao consumo diário de uma sociedade cada vez mais sofisticada e exigente nos seus hábitos.

Mas, não é fácil libertar o homem do egoísmo: as doutrinas e os progressos políticos pretendem continuar sem poder explicar o que faltou para dar certo, salvo o irrealismo e progressismo exagerados e desconformes com a época.

A liberdade poderia bastar, agregada à igualdade e fraternidade, como sentimentos básicos, para a constituição de uma sociedade justa e feliz. Mas, o progresso conquista-se. Não se impõe, porque, nem sempre, desgraçadamente, o homem pratica gestos belos, tão belos quanto os sonhos que idealiza ou as palavras que profere.

Vou sempre repetir o que já chega a lugar comum de que a luta de sempre, a nossa luta, é contra a exploração do pobre pelo rico.

Suprimir a pobreza, erradicá-la definitivamente, substituí-la por um mundo novo e feliz, é o anseio utópico de todos. Já se pensou que a livre empresa seria o obstáculo para a realização da justiça social. As sociedades coletivistas, totalitárias, igualitárias foram execradas nesse mister de nivelar por cima. Não conseguiram, e alguns já buscam rumos que se agregam a fórmulas capitalistas, embora incipientes. Se alguns deles conseguiram minorar os índices de pobreza, certo que a liberdade e o desenvolvimento foram sacrificados. Mas, pouquíssimos esperam alcançar ainda no coletivismo o conforto mínimo que outros, sem tantos sacrifícios, já obtiveram. O retrocesso e a estagnação econômica têm sido o alto preço pago, subprodutos evidentes de qualquer sociedade totalitária, onde a vontade popular fica subjugada a princípios políticos coletivos, redendo-se, também, a um aparato bélico que sustenta tal sistema, obrigando os desenvolvidos a manterem outro igualmente, para defesa de sua segurança.

A valorização do trabalho humano, no plano jurídico, vai sendo realizada, interna e externamente. O Brasil evolui, a despeito de tantas dificuldades, inclusive no campo dos conflitos sociais. Até mesmo por essa evidência podemos concluir que houve sensível evolução no relacionamento entre as partes sociais, não raro em função da permanente assistência da Justiça do Trabalho que, no vácuo de medidas legislativas mais eficazes e atuais, tem criado algo novo, especialmente com relação ao trabalhador rural, que começa a ter, através de nossas sentenças e acórdãos, acesso contínuo a novas conquistas importantes nas rela-

ções de trabalho, criando, na realidade, para eles um direito novo. Alguns segmentos de trabalhadores conseguiram, outrossim, sensível aumento de ganho real, conquistas que os tiraram da marginalização, em alguns casos.

Assiste o mundo à travessia de uma era de conturbações políticas. Até mesmo de intensa perplexidade, fracassando os regimes de economia de mercado na sua tarefa de realizar, satisfatoriamente, a justiça social, ante a impossibilidade de se alcançar uma fórmula ideal para a distribuição das riquezas. Por mais paradoxal que se possa afigurar, nos países de economia dirigida, depara-se com a impotência na dinamização do crescimento econômico, fazendo com que inexista riqueza a ser distribuída.

Essa disparidade registrada nas economias dos diversos países do mundo inviabiliza uma proposta universal que possa representar uma solução genérica para todos os problemas, mesmo porque os interesses tendem a se individualizar.

Os ricos dinamizam egocentricamente a sua fortuna, catalisando os poucos recursos dos pobres, condenados, assim, à eterna condição de miserabilidade. Nos países em desenvolvimento, pressionados por uma dívida atroz, a angustiante idéia da recessão ou da estagnação apavora.

Nos países desenvolvidos e no nosso, pretenciosamente assemelhado àquelles, propugna-se por uma redução da jornada de trabalho para quarenta horas semanais. Para nós e para outros sedidos igualmente no quase mísero Terceiro Mundo, o assombroso é a desqualificação da mão-de-obra, enfraquecedora da produção, figurando ao lado da dramática escassez de capital. Impingem-nos os credores a contingência da consecução de superávit contra tudo e contra todos, que nos achacam, enquanto que os países ricos gozam do privilégio de planejar até seus déficits comerciais.

Necessitamos do capital alienígena e muitas vezes os ricos se valem dessa situação para aqui o colocar de modo espoliativo, protegendo apenas seus interesses, legando ao desprezo uma infinidade de outros, gerando, assim, um quadro de incerteza e insegurança político-social.

A todos esses percalços se agrega, como sói acontecer entre nós, o monopólio estatal de larga faixa da economia, em adição ao peso das incipientes estruturas tradicionais, contrastando com a vontade manifesta dos governos de privatizarem a economia.

No Brasil, as conseqüências dessa incerteza são mais drásticas, por se chocarem na tentativa de obtenção de um modelo econômico intermediário entre a economia de mercado e a dirigida, cujos limites ninguém ousou ainda definir, nem na Velha, nem na Nova República. E essa miscelânea culmina no Projeto da Nova Constituição Federal, na incapacidade inclusive de se discernir claramente os limites do regime político a ser proposto. Talvez o que se quis não se disse, e o que se disse realmente não se quer. O Projeto parece ser um desafio à sociedade, mais que uma proposta de Constituição — toda a polêmica possível ali está.

Pode ser até que a nossa mistura, economia de mercado e a dirigida, tenha propiciado o alto desenvolvimento que encanta e entusiasma, mas que não nos

livrou da renda *per capita* mendiga, inferior à dos nossos vizinhos *platinos*, isso para não estabelecer comparações com qualquer dos países da Europa, por mais pobre que seja, salvo a Albânia, paradigma de indigência política.

Feita essa invasão na área econômica, quero apenas ressaltar as minhas preocupações com o excesso de reivindicações que se colocou no Anteprojeto, repudiadas pelo Projeto Bernardo Cabral, mas objeto, ainda, de intenso *lobby*. Não preciso reafirmar que não sou contra as conquistas sociais, como qualquer um ademais. Porém, a dosagem é que se impõe. As conquistas devem ser negociadas, como forma de preservar a iniciativa empresarial tão necessária, geradora de empregos, princípio básico da sociedade organizada e sua evidente e primacial preocupação.

Mas, se o Projeto Bernardo Cabral eliminou aqueles direitos sociais que o progressismo enxertou, o que adotou, afinal?

As Constituições passaram, no presente século, a introduzir disposições relativas ao Direito do Trabalho, precisamente porque o aparelho legal e o Judiciário se apresentaram impotentes para a efetiva realização dos direitos fundamentais dos trabalhadores, seja no plano individual, seja no coletivo, das coalizões que se convencionou chamar de sindicatos, federações e confederações.

A idéia de que a primazia hierárquica e a nobreza maior da Constituição assegurariam respaldo suficiente para a realização dos direitos sociais somente fascinou alguns idealistas, mas a prática revelou que essa carta de direitos constitucionais ou repetiu o que já era cediço na legislação e na negociação entre as partes, ou prometeu direitos que nunca se realizaram, precisamente porque a *Lei das leis não é a sede jurídica adequada para a criação de direitos individuais*. Sua desejada estabilidade é algo incompatível com a especificação de direitos individuais com a precisão que se faz necessária para assegurar-lhe eficácia plena e imediata. Daí, talvez, por que é pensamento de Constituintes responsáveis, nesta altura, fazer com que à promulgação da Constituição se suceda, imediata e prontamente, uma legislação infraconstitucional que agasalhe algumas das reivindicações ora ainda postas no esboço constitucional e que, pela sua inferioridade hierárquica, não podem ali permanecer.

Mas, prosseguindo no meu raciocínio: a outra idéia, de que a Constituição realizaria a liberdade sindical, nada mais é que uma visão distorcida da realidade trabalhista que costuma estar sempre à frente da lei, cabendo-nos cuidar, apenas, para que não esteja contra a lei e, menos ainda, contra a Constituição. Uma Constituição pode fazer a mais enfática declaração da liberdade sindical sem que esta se realize na prática. Se a vontade nacional não é suficientemente forte para compelir os poderes constituídos a reconhecerem-na como simples aplicação do princípio maior da liberdade de associação, muito menos a letra da Constituição poderá fazer o milagre. A liberdade de associação é reconhecida a todos os cidadãos, em todas as Constituições democráticas, não se sabendo porque deva ser tida como excepcionando a liberdade de se associar para efeito da negociação coletiva.

O que desejo afirmar, como tenho feito reiteradamente em discursos e conferências recentes, é que, nas beiras do século XXI, chega a ser ridículo preten-

der ou esperar que a Constituição, por si só, seja suficiente para assegurar a liberdade sindical. Ela já foi conquistada e, realmente, nesta altura, contra a Constituição. Vejam-se as Centrais Sindicais. Se algo está faltando ou atrapalhando, não é a falta de uma norma constitucional ou legal, mas o excesso de tais normas. Vivemos o regime monista na área sindical: um só sindicato em cada base territorial. No entanto, por simples tolerância administrativa, estão aí três Centrais Sindicais que até possuem hoje representantes em Conselhos do Governo. A tolerância administrativa ou atos de hierarquia legal limitadíssimos criaram, incentivaram, reconheceram, enfim, puseram no mundo jurídico, sem base legal, todas essas entidades.

E o pluralismo sindical vai-se tornando evidente, pois as notícias são diárias das negociações com grupos de empregados, à margem do poder sindical, inclusive os notórios comandos de greve, de campanha salarial, etc., poder sindical que a lei e a Constituição pretendem regularizar, institucionalizando uma "organização sindical que já vai nascendo caduca".

A democracia nasce na alma do povo e isto vai acontecendo no Brasil de hoje, meio desordenadamente, mas com uma consciência de liberdade jamais vista ou sentida, nem quando Juscelino Kubitschek veio de Minas Gerais para ensinar democracia. O povo vem despertando para a vida democrática, talvez tangido pelos longos períodos de autoritarismo. Não foi nenhuma campanha política que lhe incutiu isto. Talvez seja a consequência da experiência que vem vivendo que amadureceu as consciências. O brasileiro de hoje sabe, pensa, pondera e é capaz de discernir onde se situa sua vontade e aspiração.

Os radicais, os intolerantes, os arbitrários, os revoltosos, os desajustados de todos os tipos e matizes vão esgotando o seu ódio destrutivo e o País vai respirando, aliviado, numa crescente prática da democracia, ainda que aqui e ali ameaçada, sempre inquietada por renovados rumores de crises pelos pescadores de águas turvas. Na realidade, a crise é um fato, uma expressão democrática, queiram ou não alguns tê-la como instrumento de revolta. Conviver com ela, saber equacioná-la, tolerá-la, superá-la, é prova de maturidade democrática. E isto vamos fazendo, apesar de, lamentavelmente, termos que reconhecer que é crise demais, aparentemente sem condutores que saibam pôr-lhe cobro.

Ela é o campo fértil ao confronto das idéias e negociações. Estamos vivendo a crise da organização constitucional, decorrente, inclusive, da miscigenação de idéias, classes sociais, níveis culturais que as urnas empurraram para o Congresso, talvez, realmente, pela primeira vez, mostrando a verdadeira estratificação social do País. Esses Constituintes, no meu modo de ver, representam, efetivamente, a amálgama popular brasileira. Daí termos, no momento, indiscutivelmente, uma crise de idéias, não uma crise político-institucional: todas as tendências ideológicas estão em Brasília, na Assembléia! Todos podem fazer suas sugestões, por mais aberrantes que sejam. Mesmo estas terão seus apoiadores. Há um enorme, desgastante e oneroso esforço — e que continuará sendo feito — para sopesar sugestões e aspirações dos diferentes segmentos da sociedade brasileira. E aí se situa a crise a que me refiro — o núcleo da crise: separar, joear, peneirar tudo, inclusive as inéditas emendas populares, para, afinal, aperecer o que será o texto constitucional. Claro que ninguém há de concordar com

as limitações que se impuseram quanto ao tempo de elaboração. Até parece que a Constituinte seria a panacéia para todos os males e sua imediata promulgação, o barco salvador da vida nacional.

Não se pode negar aos autores dos textos já divulgados em todos os documentos a honestidade, lealdade e competência com que procuraram reunir tendências tão conflitantes. O esforço de tentar eliminar tais colisões é que trouxe aos textos apresentados conflitos definidos como contradições, algumas chocantes até para os que possuem luzes jurídicas ou bom senso reconhecido. Mas, por certo, Bernardo Cabral e seus colegas da Sistematização seriam chamados de arbitrários, traidores do povo e dos seus companheiros Constituintes que lhe ofereceram esse mandato, se não tivessem feito o esforço de tentar refletir, no texto, as tendências dominantes, mesmo que contraditórias. Que assusta, assusta. Mas, a democracia avança mesmo é quando as idéias estão postas em uma mesa de discussão e a palavra continua livre. O que ocorreu foi o lamentável sistema de trabalho adotado, sem parâmetros ou documentos básicos, o que levou ao paradoxo de situações a que foram levados os constituintes.

Confesso que me atordou, que me surpreendeu, que neguei valor ao que se fez, mas passei a aceitar como um passo sociológico e politicamente defensável.

Um trabalho dessa profundidade merecia maior meditação, ainda mais quando se nota tão divergente panorama ideológico. A pressa de concluir não se justifica e até aceito que a pressão dos acontecimentos fará ultrapassar a data fatal, 15 de novembro, sem que tenhamos acordado em torno de todos os temas questionáveis. Parece intuitivo que, se o mandato presidencial ou qualquer outra das teses, está impedindo a rapidez, que se o retire da pauta, resolva-se este caso e se deixe a Constituinte concentrar-se no restante. Até aqui se tem aceitado as imperfeições, até justificado o procedimento que permitiu um texto contraditório, mas, insistir-se no erro, representa uma imperdoável e condenável omissão que a História, por certo, julgará com rigor. A existência de um dia "D" perfeitamente ultrapassável não justifica que se cultuem imperfeições. Alguém precisa pedir mais tempo, promover-se um novo calendário para a Constituinte, porque os entendimentos estão sendo atropelados pelo prazo, como se este fosse o importante, não a estruturação política nacional, fazendo temer pela excelência do trabalho, que melhor seria alcançada se a afoiteza fosse proibida, qualquer que seja o motivo.

Preocupa-me tudo o que acontece. Primeiro, como testemunha da história constitucional, eis que vi e vivi parcialmente a feltura da Carta de 1946; testemunhei as mudanças importantes oriundas da Revolução; segui, como jornalista, a longa jornada política do País; como estudante do Direito do Trabalho, longa caminhada que desemboca na minha subida à curul presidencial do Tribunal Superior do Trabalho, onde os fados obrigam-me a insistir junto aos Constituintes pela linha de orientação que mais interessa à Justiça que dirijo.

Fiz conferências sobre o trabalho constitucional. Escrevi uma série de artigos, publicados no Correio Braziliense, a respeito do Anteprojeto; escrevi dezenas de cartas a Constituintes; ofereci emendas a Bernardo Cabral, José Ignácio Ferreira e outros. O quanto escrevi parece que ofereceu resultado, porque consegui, inclusive, eliminar da Justiça do Trabalho, já tremendamente sobrecarregada, a compe-

tência para julgar acidentes do trabalho. O trabalho espelha muito do que sugeri. Mas, não consegui tudo. A exemplo do que fazia o eminente político brasileiro José Américo de Almeida, tenho dado os mesmos gritos de advertência, não raro até com certa agressividade impertinente. Quero que me ouçam, porque não peço por mim, mas por uma instituição que está sendo sacrificada.

O nosso panorama atual não é alentador. Estamos com algumas Juntas marcando audiências com até um ano de atraso. Temos acima de 28.000 processos no Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo, 9.000 no Tribunal Superior do Trabalho, citando apenas os dois como amostra. Esses números, apesar do insano trabalho dos ministros, por exemplo, que recebem em torno de setenta processos por semana, não baixam razoavelmente. O residuo não se extinguirá, apesar dos 22 a 25.000 processos que o Tribunal Superior do Trabalho julgará neste ano.

Pois bem. Pouco nos dão de novo. O Projeto Bernardo Cabral oferece-nos vinte e cinco ministros, evidente erro, porque impossível será fazermos cinco Turmas. Mas, já me entendi com S.Ex.^o para elevar o total a vinte e sete, o que, parece-me, será feito.

Vão transferir para a Justiça do Trabalho uma competência mais ampla e parte do que está hoje afeto ao Tribunal Federal de Recursos vem para nós: União, empresas públicas, sociedades de economia mista, etc. Tudo isto, com a mesma estrutura da primeira instância. Nada novo.

Tenho pensamento próprio sobre o que seria para mim a Constituição ideal. No campo trabalhista deveria desenhar um quadro mais limitado em que se faria:

I — discriminar os direitos fundamentais, estabelecendo que os demais seriam objeto de lei, de negociação coletiva ou de decisão normativa, tornando, assim, com poucas palavras, claro que a negociação coletiva poderia tudo o que não contrariasse a Constituição, ou fosse pertinente à relação de trabalho;

II — garantir o direito de associação também para fins trabalhistas, sem qualquer limitação legal, a não ser quanto ao respeito aos princípios da Constituição e à liberdade de todos para constituírem as associações que desejarem;

III — garantir o direito de greve, mediante o voto da maioria dos trabalhadores e ressalvando, ao Ministério Público e à própria Justiça do Trabalho, o dever de promover sentença que lhe ponha fim, em nome do interesse público; e

IV — assegurar a intervenção do poder normativo da Justiça do Trabalho, por iniciativa do Ministério Público, das partes em conflito, conjuntamente (o que equivale a eleger a Justiça do Trabalho como árbitro), ou da própria Justiça do Trabalho; e determinar que a Justiça do Trabalho possa escolher entre exercer, amplamente, o poder normativo ou determinar às partes o comportamento que julgar adequado, como, por exemplo, o retorno à negociação ou o fim da greve sob sanções à parte infratora.

A Justiça do Trabalho só poderá se responsabilizar pela sua eficiência, celeridade e prestimosidade se a Constituição estipular que o poder normativo é inerente à sua própria finalidade. Especializada como é, deve reter o direito de acompanhar a realidade social, sua dinâmica evolutiva permanente, correndo atrás do fato social de maneira a atender às reivindicações, o que é inviável através da

legislação ordinária, sempre dependente de um tempo relativamente longo de tramitação parlamentar.

Para que se tenha uma idéia de quanto é desnecessário insistir em liberdade sindical na Constituição, chamo atenção para o art. 6.º, do Substitutivo Bernardo Cabral, no seu parágrafo 52:

“É plena a liberdade de associação, exceto a de caráter paramilitar, não sendo exigida autorização estatal para a fundação de associações vedada a interferência do Estado no seu funcionamento”.

É amplo e democrático e dispensa qualquer complemento. Se só as associações de caráter paramilitar não têm liberdade de se constituir, é óbvio que as associações sindicais aí estão autorizadas pela Constituição, sem qualquer interferência do Poder Público.

Os parágrafos seguintes do mesmo artigo 6.º são suficientes para a liberdade sindical:

“§ 53 — As associações não poderão ser compulsoriamente dissolvidas ou ter suas atividades suspensas, exceto em consequência de decisão judicial transitada em julgado.

§ 54 — Ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado.

§ 55 — As entidades associativas, quando expressamente autorizadas, possuem legitimidade para representar seus filiados em juízo ou fora dele”.

O que falta definir é, pois, como as associações de caráter sindical ficarão autorizadas a representar seus filiados e a legitimidade dos instrumentos de negociação coletiva.

O poder normativo da Justiça do Trabalho já é, realmente, uma interferência do Estado na liberdade sindical, mas aí ressalta o interesse público, que é maior que o interesse de parte do todo, como tal a coletividade de trabalhadores.

Paradoxalmente, porém, o artigo 9.º estabelece que é “livre a associação profissional ou sindical”, como se o 6.º já não o assegurasse. O artigo 9.º não tem finalidade. Outrossim, a proposição, no sentido de que a “lei definirá as condições para o registro perante o Poder Público e para sua representação nas convenções coletivas”, deveria constar do artigo 6.º e não do 9.º, porque às associações não se deve exigir registro especial, diferente das demais associações. E não foi exigido registro das demais associações no artigo 6.º, o que é um erro até para efeito estatístico.

Importante é apenas situar o objeto do registro, isto é, apenas para representação na convenção coletiva. Conseqüentemente, o que os §§ 1.º e 2.º do artigo 9.º dizem é uma tautologia: a “lei não poderá exigir autorização do Estado para a fundação de sindicato” (o **caput** fala em associação profissional, o que é mais genérico e melhor coincidindo aí com a orientação da OIT: associações de trabalhadores e empregadores); é vedada a interferência do Poder Público na “organização sindical” (terceira nomenclatura para a mesma associação de trabalhadores e empregadores). É mais do que óbvio a partir do artigo 6.º. Se todos podem

organizar livremente associações, não há interferência do Poder Público, não se exigindo autorizações. A repetição quanto a sindicatos é, quando nada, suspeita.

Os parágrafos 3.º e 4.º do artigo 9.º são impertinentes, porque envolvem matéria do estatuto do sindicato que vai para a Constituição, negando a liberdade de organização que acaba de ser afirmada:

“§ 3.º — A assembléia geral fixará a contribuição da categoria, que deverá ser descontada em folha, para custeio das atividades da entidade.

§ 4.º — A lei não obrigará a filiação a sindicatos e ninguém será obrigado a manter a filiação”.

O parágrafo 5.º contém em si mesmo a demonstração de sua natureza não constitucional: havendo mais de um sindicato na categoria e na localidade, a lei deverá resolver o problema da representatividade.

O parágrafo 7.º do artigo 9.º é a negação da liberdade de associação tão defendida, apregoada e festejada: concede a prerrogativa ao sindicato (as associações de trabalhadores do artigo 9.º aqui se reduzem a sindicatos) para participar, obrigatoriamente, das negociações de acordos salariais. Foi-se por terra toda a proclamação da liberdade de associação e de negociação: o famoso sindicato único (o que vai resultar do parágrafo 5.º) está protegido na Constituição e os trabalhadores não podem organizar coisa alguma; terão que ser representados pelo que já existe. Falta coerência no texto, que pode e deve ser comprimido, para não dizer o que não deve, pois o previsto no artigo 6.º é mais que suficiente. O que o artigo 9.º quer é manter a viçosa estrutura sindical vigente, embora já caduca na prática. Faz lembrar o artigo 9.º que, em termos de liberdade de associação que se pretende defender tanto, com abundante regulamentação, acabaram por suprimi-la.

Entremos, porém, no aspecto delicado da greve.

O Anteprojeto da Comissão de Sistematização reconhecia o direito absoluto de greve (art. 18, V, b):

“b) é livre a greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade e o âmbito de interesses que deverão por meio dela defender, excluída a iniciativa de empregadores, não podendo a lei estabelecer outras exceções;”.

Caberia aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade e os interesses a defender. Não havia quem conciliasse. Garantia-se que, eclodida a greve, persistiria ela indefinidamente até que os próprios trabalhadores resolvessem sustar o movimento. Nem o Poder Judiciário poderia intervir, ele que tem capacidade de intervir até no Estado.

Ora, torna-se evidente o *disparate* da proposta. O todo social fica subjugado a interesses particulares, sem que se atenda ao princípio de que a legitimidade da greve há de ser apreciada sob prismas de legalidade como defesa dos interesses maiores da sociedade.

A legislação em vigor contém excessos burocráticos para a eclosão do movimento. Dispõe que, caso não se efetue a conciliação, instaurar-se-á o dissídio coletivo, como caminho para solução do litígio (art. 23, da Lei 4.330/64). Não se pode deixar ao alvedrio de uma das partes interessadas, e tão-somente a ela,

o dispor de bem maior, que é o equilíbrio social, através do reconhecimento da prevalência do interesse universal que deve preponderar sobre os da minoria ou ainda quando a causa defendida é ilegítima ou injusta. Ademais, fica a cargo dos próprios trabalhadores grevistas, como se propõe, resguardar o funcionamento de atividades essenciais, o que clama aos céus pela aberração, pois quem é interessado é que vai decidir.

O arrojado do que se propunha no Anteprojeto levaria o País ao caos, porque não haveria empresário que coexistisse com o arbítrio de direções sindicais desavisadas, a todo instante promovendo paralisações sem qualquer tipo de punição.

A relatividade desse direito tem sido reconhecida, quase generalizadamente, pela doutrina. Não sei o que ocorre lá pelas cubatas africanas, mas, na França, Itália, Espanha, México, Venezuela, Colômbia, Peru, Panamá, etc., embora seja um direito constitucionalmente protegido, tem sentido relativo, com as limitações impostas por leis e regulamentos. A Constituição Francesa, por exemplo, contém, no seu preâmbulo, que o direito será exercido de acordo com o disposto em leis e regulamentos. Nos Estados Unidos, a greve pode ser suspensa quando afetar o interesse público. Ao que parece, são duas tradicionais democracias!

Claro que a greve deve respeitar os direitos maiores da sociedade como um todo e não levar à extinção a categoria empresarial, o que facilmente seria atingido se a continuidade do movimento, sem limitações e sem qualquer tipo de controle judicial, não encontrasse um poder coativo que a ela pusesse cobro ou fizesse retornar as partes à negociação.

O inciso V do art. 18 do texto anterior da Comissão de Sistematização (atual art. 17) trata da "manifestação coletiva", mas, na verdade, afora uma vaga referência à "manifestação coletiva em defesa de interesses grupais, associativos e sindicais", na alínea a, cuida mesmo é de greve; e este deveria ser o título do inciso, pois essa "manifestação coletiva" é por demais ampla para ganhar autorização constitucional às ceegas.

Na alínea b, bastaria dizer que existe liberdade para o exercício da greve. Ao acrescentar que os trabalhadores decidirão sobre a oportunidade e o âmbito de interesses do movimento, já se está querendo limitar a competência do Poder Judiciário para apreciar a legalidade de uma greve: a Constituição não pode atribuir aos trabalhadores um direito potestativo de determinar a licitude da própria greve. Isto é um absurdo jurídico e um suicídio político. Além disso, a alínea exclui, nebulosamente, a "iniciativa de empregadores"; parece referir-se à proibição do "lock out". Ora, deixar de trabalhar e deixar fechada uma fábrica é direito de cada um. Se o exercício desse direito for abusivo e lesar gravemente o patrimônio de alguém, sem necessidade, é melhor deixar ao Poder Judiciário a decisão sobre a licitude ou não do procedimento de cada um e suas conseqüências. O exercício da liberdade não deve ser "ensinado" na Constituição. Deve ser aprendido no dia a dia das relações negociais e dos conflitos, decidindo o Judiciário qual o bem maior a preservar. A Constituição não tem como resolver, antecipadamente, a sorte desses conflitos.

O artigo 10 do Projeto Bernardo Cabral repete o exagero que aponteí: os trabalhadores continuam sendo os juizes da "oportunidade" e do "âmbito de

interesses" que a greve deverá alcançar. Os trabalhadores poderão fazer greve contra ou para tudo e a Constituição diz que eles são os árbitros da conveniência de qualquer paralisação. Como está, a greve pode derrubar o Presidente da República ou fechar o Congresso Nacional ou a Justiça. Tudo será perfeitamente constitucional!

Há evidente impropriedade e falta de vigilância no texto proposto, o que é deplorável, à vista da importância do direito que se quer ampliar. O texto engloba uma intercalada em que se afirma "na forma da lei". Mas, qualquer lei que se faça, limitando o direito, será inconstitucional, porque não se poderá tirar dos trabalhadores o arbítrio que lhes está sendo reconhecido.

Lamento que as minhas sugestões não tenham sido levadas em conta, no particular. Minha idéia é simples: assegura-se o direito de greve, permitindo-se, porém, que um Tribunal, em nome do interesse público e por iniciativa da autoridade, faça cessá-la, com a volta ao trabalho ou à negociação. O interesse público deve sempre falar mais alto de que o particular da categoria. A Justiça deve ser o árbitro de conveniências, o poder moderador, o recurso final para que a paz volte a reinar.

O que a lei ordinária viria a exigir, o Constituinte não se mostra muito preocupado. É surpreendente! Na realidade, está sendo criado quase o direito absoluto.

O artigo 34, I, institui original competência concorrente da União e dos Estados para legislar em matéria de trabalho, esclarecendo o § 1.º do mesmo artigo que, no "âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais", o que é dizer tudo, pois a lei é a norma geral. O intuito parece ser, evidentemente, o de atribuir à União o estabelecimento de diretrizes gerais, enquanto aos Estados fica a especificação dos direitos trabalhistas propriamente ditos.

Ora, em face do artigo 34, o artigo 162, que dispõe sobre o poder normativo da Justiça do Trabalho, cria um descompasso. Uma Justiça Federal, como é a Justiça do Trabalho, irá julgar dissídios coletivos e individuais envolvendo legislação estadual e federal.

Quanto aos dissídios coletivos, só iremos julgá-los se formos eleitos pelas partes como árbitro (§ 1.º do art. 162) ou se, recusada pelo empregador a negociação ou arbitragem, o sindicato dos trabalhadores (sindicato único outra vez) ajuizar o dissídio.

É uma redação preconceituosa, pois supõe que os trabalhadores e suas associações (sindicatos) estão acima do bem e do mal, jamais se recusando à negociação e à arbitragem. Só o empregador é capaz de fazer isto...

Está evidente que o sistema adotado é equívoco. Em primeiro lugar, por supor que só o empregador oferece resistência à negociação, quando, na realidade, havendo inspiração política, certamente, os empregados o farão mais amiúde. Em segundo lugar, não prevê o ajuizamento, pelo Ministério Público ou, de ofício, pela Justiça do Trabalho, do dissídio. Pelo menos uma dessas hipóteses deve ser prevista para que o Poder Público possa ter ação capaz de colocar termo a um movimento grevista, quando a sociedade está sendo injustamente sacrificada.

Importante, realmente, é que o dissídio não seja unicamente ajuizado por qualquer das partes. A meu ver, muito mais essencial, no resguardo do interesse público, é que a Justiça do Trabalho analise e julgue o comportamento das partes, porque somente assim ela poderá deixar de julgar. Fiz sugestão, no meu discurso de posse, no sentido de que à Justiça do Trabalho fosse reservado o direito de penalizar uma das partes, em favor da que fosse prejudicada, e de determinar o retorno à negociação ou ao trabalho. Reafirmo meu pensamento agora, pois, sem uma disposição assim, a Justiça do Trabalho terá sempre que julgar o dissídio isto é, terá que fazer, muitas vezes, a vontade daquele que resistiu à negociação exatamente para apressar o dissídio.

Mas, voltemos à estranhíssima competência concorrente do artigo 34 do Projeto.

A rigor, não se trata de um concurso de competências entre os Estados e a União. Cada qual ficou com a sua área específica e nela não concorrem entre si. Mas, há, evidentemente, uma área cinzenta, sem precisa definição, que se situa entre as esferas de competência: a estadual, ampla, e a federal, que se cinge às normas gerais (artigo 34, parágrafo 1.º). Ora, a área cinzenta — quem é quem — vai ocorrer exatamente em função do maior alcance interpretativo que se quiser dar às expressões “normas gerais”. Se normas nacionais for expressão de gerais, então a União pode tudo e o Estado ficará confinado a uma competência residual.

O Brasil é o País das interpretações! Todos sabem que aqui, ao se analisar uma lei recém-saida, busca-se a fórmula de burlá-la, não de cumpri-la. Neste caso, a norma não autoriza uma amplitude do sentido, pois diz que a competência da União “limitar-se-á a estabelecer normas gerais”. A competência é sempre de interpretação restrita e, no caso, a interpretação quanto à competência da União é estrita, sendo, via de consequência, ampla a do Estado.

Creio que a União só poderá estabelecer princípios gerais sobre os diferentes capítulos do Direito do Trabalho, especialmente aquilo que normalmente concerne ao contrato de trabalho, mas, quanto a normas de tutela, os princípios gerais serão os estabelecidos na Constituição, com a regulamentação que lhes der a lei federal.

Prevejo enorme confusão interpretativa sobre os limites da competência e entendo desprovido de qualquer propósito o artigo como colocado, inclusive com sua redação imperiosa.

Pergunto, por exemplo: a legislação federal poderá regular a celebração do contrato de trabalho, sua suspensão e extinção? Até aqui, seria possível considerar “normas gerais” as normas que regem, de modo amplo, todo e qualquer contrato de trabalho. Quando se tratar, porém, de estabelecer disposições, ainda que gerais, de proteção ao trabalhador, então a especificidade é a regra, bastando atentar para o Direito Comparado, onde se vê países que legislam sobre a tutela do trabalhador (e de modo diversificado) e aqueles que remetem a matéria à negociação coletiva, por se tratar, a rigor, do conteúdo específico de cada contrato de trabalho, cuja variabilidade é essencial à liberdade contratual e ao desenvolvimento da negociação coletiva. No caso em exame, dada a nossa tradição legislante, aos Estados-membros estaria reconhecida a competência para legislar

sobre a tutela do trabalho, geral ou especial (obedecidas, é claro, as normas constitucionais e a legislação federal que as regular).

Sobre a legislação sindical, por exemplo, ninguém poderia legislar, sem oferecer a liberdade e a autonomia das associações de classe.

Veja-se que, no inciso XI do mesmo artigo 34, conferiu-se competência *concorrente* à União e aos Estados para legislar sobre "procedimentos em matéria processual". Novamente estamos, em matéria processual, quase na mesma situação descrita para o direito material do trabalho, pois o procedimento abarca o maior número de normas de uma legislação ou código de processo. O procedimento ordinário, estando incluído nessa competência concorrente, somente se a União não legislar a respeito é que se entende o Estado legislando.

O parágrafo 2.º do artigo 34 deixa claro que a competência concorrente é suplementar. Para os Estados-membros, ela só existe quando inexistente legislação federal.

Como se vê, criaram um aranzel de efeitos terrivelmente complexos, aptos a gerar controvérsias intermináveis que abarrotarão os Tribunais já sacrificados, sem contar os problemas políticos e econômicos que resultarão do inevitável desejo dos Estados-membros de exercerem a sua autonomia através de legislação própria.

Quando se defendeu a extinção do Tribunal Superior do Trabalho — um pequeno grupo de advogados o fez perante a Comissão de Organização dos Poderes —, adverti de que haveria a criação de tantas normas de direito do trabalho quantos fossem os Tribunais Regionais. E agora lanço a mesma advertência, porque, na busca de autonomia, teremos miríades de leis estaduais legislando sobre teses que, certamente, não raro, estarão fora de sua competência.

Dizia eu então, a propósito das conseqüências da falta de uniformidade da jurisprudência, aqui transmutadas para o excesso de leis estaduais divergentes:

"É sabido que a Justiça do Trabalho está dividida, atualmente, em quinze Regiões.

A lei trabalhista (que é lei federal) sofre, seguidamente, como é inevitável, interpretações diversas de parte dos quinze Tribunais Regionais do Trabalho em funcionamento no País.

Essa divergência interpretativa, que a jurisprudência diariamente confirma, não pode deixar de ser **uniformizada**.

Em relação aos Tribunais de Justiça dos Estados, nos casos previstos na Constituição Federal, o Colendo Supremo Tribunal Federal, exerce, com sabedoria, esse papel de supervisão e coordenação da jurisprudência nacional.

Papel similar desempenha, em relação aos Tribunais Regionais do Trabalho, o Tribunal Superior. Assim tem sido, há quase meio século, com excelentes resultados, evitando-se profundas contradições na jurisprudência dos Tribunais Regionais do Trabalho.

Não é possível que uma lei trabalhista — de natureza federal — seja aplicada por órgãos da Justiça do Trabalho — que integra o Poder Judiciário Federal — de duas, três ou quatro maneiras diversas.

Admiti-lo será fomentar o caos nas relações de trabalho.

Quando uma empresa (e isso ocorre com todas as grandes empresas) tiver estabelecimentos, agências ou filiais em diversas circunscrições da Justiça do Trabalho, esse caos se transformará em catástrofe, porque empregados, nas mesmas condições, poderão ter direitos diversos perante o mesmo empregador. O que ocorrerá, também, com a disseminação da competência legislativa pelos Estados-membros, sobre matéria trabalhista!

O papel uniformizador do Tribunal Superior do Trabalho — que é uma de suas grandes razões de ser, sobretudo depois que o Supremo Tribunal, na forma da Constituição, apenas julga recursos extraordinários trabalhistas em casos de violação constitucional — adquiriu tamanha importância, que nos atrevemos a dizer que trabalhadores e patrões não terão segurança, quanto ao que devem ou não devem fazer, se seus atos forem julgados, **in extremis**, no âmbito estadual dos Tribunais Regionais do Trabalho, pelo atrito dos julgamentos proferidos. Nem se pode comparar os efeitos dos julgados da *Justiça Comum dos Estados na aplicação do Direito Federal*, como o Direito Civil e o Penal, por exemplo, com a ressonância social ampla e imediata das decisões trabalhistas na aplicação do *Direito do Trabalho que alcançam repercussão nacional*.

No Direito Civil e no Direito Penal, o interesse individual e restrito é a característica, com reflexos sociais menos contundentes.

No Direito do Trabalho, os jurisdicionados estão organizados em entidades representativas, com atuação nacional e interação permanente entre as diversas Regiões do País, pressionando a ordem econômica e social em todos os sentidos, podendo afetar profundamente a economia e as finanças do País e até mesmo influir na mudança do modelo da sociedade (mais socializada ou mais conservadora quanto à livre iniciativa).

Como então comparar os jurisdicionados da Justiça do Trabalho com os jurisdicionados da Justiça Comum dos Estados e da Federação?

É, portanto, do interesse nacional e do regime federativo, notadamente na fase atual da vida brasileira, que a interpretação do Direito do Trabalho se faça de forma harmônica, onde os interesses federativos sejam resguardados para se evitar a criação de novos focos de disparidades regionais.

Por outro lado, a importância do Tribunal Superior do Trabalho avulta na área dos conflitos coletivos de trabalho.

Toca-se, aqui, em ponto delicado da vida brasileira.

Existem "políticas salariais" que a Justiça do Trabalho vem considerando e cumprindo, com exatidão e segurança, nem sempre as endossando ou com elas concordando.

Muitas vezes, em nome da uniformidade e da correção do julgamento, o Tribunal Superior do Trabalho tem reformado decisões proferidas pelos Tribunais Regionais.

É muito mais fácil manter-se coerência, uniformidade e precisão — com segurança para todos — no julgamento dos dissídios coletivos quando o órgão

de cúpula (Tribunal Superior do Trabalho), por via de recurso, exerce vigilância judicial sobre as decisões dos órgãos de hierarquia inferior (Tribunais Regionais do Trabalho). Ao contrário, se cada Tribunal Regional do Trabalho, como se pretende, viesse a ter autonomia absoluta, irrecorrível, no julgamento das ações coletivas, a disparidade do tratamento dispensado às classes obreiras e patronais seria inevitável.

Isso nos parece terrivelmente injusto.

Do mesmo modo, as "políticas salariais" poderiam ser postas em risco.

E isso nos parece incrivelmente perigoso, em hora de crise econômica.

As causas trabalhistas ajuizadas contra Estados e Municípios são de competência da Justiça do Trabalho.

Se não existir um órgão central, com competência, por via de recurso, para uniformizar os julgamentos locais, os riscos acima indicados atingirão tanto os empregados e empregadores da área privada, quanto das áreas municipais e estaduais.

Municípios de um mesmo Estado, Estados da mesma Federação poderão — perguntamos nós — ficar sujeitos a jurisprudências divergentes, a respeito de leis federais que lhes sejam aplicáveis?

Ou será muito mais razoável manter-se a possibilidade de um reexame uniformizador, por parte do Tribunal Superior do Trabalho?

E AS CAUSAS CONTRA A UNIÃO?

Quando, há vários anos, se fez o chamado "Diagnóstico do Poder Judiciário", o Supremo Tribunal propôs (com a concordância do Tribunal Superior do Trabalho e do Tribunal Federal de Recursos) que as causas trabalhistas contra a União, autarquias e empresas públicas federais voltassem à competência da Justiça do Trabalho, reduzida, neste ponto, pela Emenda Constitucional n.º 1, de 1969.

É muito provável — há sintomas nesse sentido — que essa orientação renasça na elaboração da futura Carta Constitucional.

Teremos, nesse caso, os interesses trabalhistas da União (assim como de suas autarquias e empresas públicas) julgados, em derradeira instância, no âmbito regional.

Isso não nos parece aconselhável. A União poderá ficar jungida a decisões contraditórias entre si, com grave perturbação para o serviço público".

Fácil é concluir que a chamada competência concorrente é supletiva e não concorrente. Como se vê, ainda aqui, nem sempre o legislador usa o vocábulo adequado...

Certo que se pode ter como exequível essa competência sobre o direito material. Tenho minhas reservas quanto à conveniência, como salientei anteriormente.

Sou favorável a menos leis e mais negociação e penso realmente que a formulação da Comissão de Sistematização vai estimular a proliferação de leis

estaduais do trabalho, com prejuízo inevitável para que se negocie, veículo melhor que a lei para conciliar os interesses concorrentes.

De qualquer forma, porém, deixo claro que procurei expor ao Relator e a alguns membros da Comissão de Sistematização o meu temor quanto ao que se formulou e a minha convicção de que os resultados serão absolutamente negativos, sugerindo seja essa proposta expurgada do texto final.

No terreno do direito processual, entretanto, existindo uma legislação federal predominante (ainda que sobre regras mais gerais) e uma Justiça do Trabalho, que é federal, a competência estadual para legislar sobre procedimento não faz qualquer sentido. E, sobre o direito instrumental, o que se propõe é o retorno a épocas que precederam a 1939, quando cada Estado-membro dispunha de seu próprio Código de Processo! Parece ser um dos muitos equívocos do texto. Quem propôs, por certo, estaria pensando em uma Justiça do Trabalho estadual e uma legislação do trabalho, substantiva, exclusivamente estadual. Como isto não apareceu no Projeto, vê-se que há uma incompatibilidade entre os artigos 157 e 162, tornando-se a proposta inaceitável.

Mas, apenas para efeito de argumentação, aceitaria que a Justiça do Trabalho fosse estadual, com legislação estadual, respeitados os direitos fundamentais expressos na legislação federal. Veja-se, só pela suposição, como tudo se desarrumaria e pergunta-se, desde logo, o custo absurdo da inovação surrealista.

Na falta de um Tribunal Superior do Trabalho, a matéria teria que ir ao Supremo Tribunal Federal ou ao novo Superior Tribunal de Justiça, para que os direitos trabalhistas não surtissem como direitos menores na Constituição, desmerecedores da mesma proteção jurisdicional dada aos demais direitos. A quantidade de processos trabalhistas evidencia o quanto é impraticável essa alternativa pensada, mas não executada, no Projeto Bernardo Cabral.

Mesmo que houvesse uma Justiça Estadual do Trabalho (e onde os Estados buscariam recursos para sustentá-la?), e isto só poderia ocorrer se houvesse uma legislação substantiva estadual do trabalho, o Tribunal Superior do Trabalho teria que continuar existindo com a competência unificadora que tem ou, do contrário, essa competência teria que ser atribuída ao Supremo Tribunal Federal, o que seria desastroso, no momento em que a ele se procura dar uma maior competência para as questões jurídicas relevantes, sobretudo no plano constitucional.

Onde houver lei federal em aplicação, um Tribunal Federal deverá examinar o recurso. Do contrário, a própria supremacia da União e de suas leis estaria em jogo e, ainda, um bem da unidade nacional, que exige a pacificação da divergência jurídica por um tribunal superior.

Estou convencido de que a manutenção da Justiça Federal do Trabalho é o objetivo do Projeto, apesar desses escorregões sobre matéria processual e concorrência legislativa sobre Direito do Trabalho. Daí tornar-se despiendo prosseguir em análises sob hipotético tema.

No que toca à composição do Tribunal Superior do Trabalho, propõe-se elevá-la ao quantitativo de vinte e cinco ministros. Como se torna impossível compor cinco turmas com esse total, solicitei ao Deputado Bernardo Cabral que ampliasse o número para vinte e sete. É o que aguardo no novo texto.

Quero, porém, deixar uma advertência, ou melhor, o meu grito de alerta — se não for reajustada a primeira instância, a Justiça do Trabalho continuará incapaz de atender ao que dela se exige.

Nessa próxima semana, voltarei a me encontrar com o Ministro Paulo Brossard, na busca de uma melhor estruturação para a Justiça do Trabalho, inclusive dividindo-se o Tribunal Superior do Trabalho e os Regionais maiores e criando-se uma Turma só para julgar dissídios coletivos.

Os direitos fundamentais dos trabalhadores ganham especial e merecido relevo no Projeto da Constituição. Inseridos no Título II, trazem-se inovações em relação à Constituição em vigor.

O preâmbulo do artigo 7.º diz que, além "de outros, são direitos dos trabalhadores", desfazendo, assim, a ambigüidade do artigo 165, da atual Constituição, que assegura os direitos enumerados, "além de outros que, nos termos da lei, . . .".

Na verdade, a vigente Constituição não tem, no artigo 165, somente direitos de eficácia imediata, como ela faz crer, no *caput*: o salário mínimo não tem a "capacidade", apregoada na atual Carta, de "satisfazer, conforme as condições de cada região, as suas necessidades normais (dos trabalhadores) e as de sua família". A realidade é que o salário mínimo não atende às necessidades de ninguém, por sua insignificância. A integração do trabalhador na vida e no desenvolvimento da empresa, com a participação nos lucros, é outra quimera (artigo 165, V, da Constituição em vigor), o que o trabalhador tem é uma excessiva rotatividade da mão-de-obra que o torna um "transeunte" na empresa. E que dizer das colônias de férias, clínicas de repouso, recuperação e convalescença, mantidas pela União (artigo 165, XVIII), que a lei jamais teve a audácia de regulamentar? A maioria dos direitos que a Constituição assegurou aos trabalhadores são absolutamente ignorados ou por conveniência política (v. g. participação nos lucros) ou pela inconveniência da norma constitucional.

A planilha de dissídio coletivo que o Anteprojeto endossou, realmente, levaria, em réplica, a se enxertar na Carta normas jurídicas que, usando a gíria, não pegariam, inclusive porque não terla quem as pagasse.

Os que falam em Constituição sintética talvez estejam receiosos de engordá-la com promessas, prometendo-se mais do que se pode dar, por mais justo que seja. Pior que na Constituição não se promete: assegura-se o que não se vai cumprir. Veja-se o que se previu para a doméstica no Anteprojeto.

O artigo 7.º do Substitutivo, que trata dos "Direitos dos Trabalhadores", confrontado com a vigente Constituição, transforma o atual "direito" à estabilidade, com indenização ao trabalhador despedido, ou fundo de garantia equivalente, em três incisos:

- I — contrato de trabalho protegido contra despedida imotivada ou sem justa causa, nos termos da lei;
- II — seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário;
- III — fundo de garantia de tempo de serviço;"

Cheguei a formular uma proposta de garantia de emprego, com as ressalvas previstas em lei. Há empregos que, pela própria natureza, não admitem a estabe-

lidade: esportistas, artistas, etc., sendo necessário um seguro especial que substitua a garantia e que tivesse as limitações estabelecidas em negociação coletiva. Poderiam, assim, os próprios empregados conquistarem a garantia de emprego adequada à sua atividade e, na falta de acordo, a Justiça do Trabalho baixaria a norma conveniente, deixando sempre em aberto, à negociação futura, o aperfeiçoamento da garantia. Enfim, assegurar-se a estabilidade, igualmente, como alternativa, a partir de um período de experiência de três anos, pelo menos, seguido de um outro, com a dispensa policiada pela Justiça do Trabalho, condicionada à necessidade econômica do empreendimento, disciplina no emprego, etc.

A solução encontrada no Substitutivo é demasiadamente rígida: a lei irá impor um padrão de garantia que jamais será aplicado a todos. Provavelmente, pois, não se vai chegar a lei alguma e teremos, no preceito, o mesmo que acontece com a participação nos lucros, norma sem eficácia, o que é injustificável para a dignidade e respeitabilidade da Carta Magna.

A desvinculação entre o FGTS e a estabilidade é desejável. Mas, como está, realmente, o que não existirá é garantia no emprego.

O seguro-desemprego, limitado aos casos de desemprego involuntário, é defensável. A universalidade do seguro seria inviável. O limite ao desemprego involuntário talvez faça com que o Poder Público promova campanha contra a dispensa imotivada. O texto proposto esboça uma declaração contrária à dispensa imotivada. Se vai pesar nas burras do Governo o pagamento do seguro, será ele certamente um inimigo da dispensa imotivada, porque, se ela não for combatida eficazmente, o seguro-desemprego irá à bancarrota. Claro que o fortalecimento sindical poderá permitir que as associações criem sistemas supletivos de seguro a seu cargo, desde que se suprima da legislação a atual proibição de que exerçam atividade econômica.

Adiante veremos outro erro de técnica legislativa, quando o inciso IV fala em salário mínimo familiar mais salário-família (inciso X). Por que dois salários-família? É preciso lembrar que salário mínimo é obrigação da empresa e esta não pode ser transformada em órgão auxiliar da Previdência Social para cobrir as necessidades da família.

A fórmula de resolver problemas, jogando tributos sobre a empresa, é uma fase ultrapassada da economia capitalista, porque, afinal, é o trabalhador quem vai pagar e o empresário fica como benfeitor. Se o Estado quer criar benefícios, que o faça, mas sem onerar a produção, pois eles se tornam ilusórios, aumentando os custos da produção, ampliando as dificuldades de exportação e impedindo o crescimento do produto interno bruto, sem que, com isto, ganhe o trabalhador algo significativo. Isto sem falar nos preços internos, sempre pressionados pela orgia de benesses que o Poder Público anuncia e que, a serem verdadeiras, já estaríamos no melhor dos mundos.

O que o Poder Público realmente precisa fazer, e urgentemente, é reduzir os seus gastos e direcioná-los para essa função assistencial, se efetivamente quer exercê-la.

Se não quer, deixe que também isto poderá ser resolvido por negociação coletiva.

Reafirmo meu pensamento: se as partes forem deixadas livres para negociar, com direito de greve, é evidente, poderão resolver muitos dos problemas que o Governo considera seus e que não soluciona, não permitindo, também, que ninguém resolva.

O Inciso VI (garantia de salário, além da remuneração variável, quando existir) é um frívolo exercício de dizer o óbvio: salário mínimo é o fixo que a Constituição garante; salário variável, garantido quando existir, é declaração desnecessária e incompreensível em uma Constituição, pois a função da lei ordinária é exatamente garantir a inalterabilidade dos direitos já adquiridos.

A participação nos lucros, "desvinculada da remuneração, conforme definido em lei ou em negociação coletiva", cria, apenas, a questão jurídica de saber se a negociação deve esperar a lei ordinária ou pode regulá-la independentemente da lei.

Se puder, evidencia-se que a lei é uma condição suspensiva sobre o poder negocial das partes. Não há necessidade de tanta cautela para permitir a negociação coletiva neste caso: os trabalhadores nunca foram entusiastas da participação nos lucros, nem o serão tão cedo, sobretudo em um País de falências, concordatas, liquidações extrajudiciais e tantas outras formas de escamotear lucros, sem possibilidade para o trabalhador de evitar que a fraude seja fonte de riqueza para quem a pratica.

Creio que melhor seria deixar a participação nos lucros para a negociação coletiva; não havendo acordo, o poder normativo seria acionado e, certamente, funcionaria com moderação, dando tempo às partes para irem encontrando uma melhor solução para a negociação futura. Ninguém pensa que a participação é a melhor fórmula para o trabalhador. Talvez o seja mesmo para o empresário, que terá um operário mais dinâmico, produtivo, com olho nos lucros futuros. A participação é, realmente, para o trabalhador, uma fórmula medíocre de se criar salário ou contratá-lo com maiores expectativas de progresso para ele. Desvinculá-la dos salários, protege o empregador, que se libertará dos encargos previdenciários, e o empregado, quanto aos encargos fiscais, o que agride o bom senso, pois, realmente, participação nos lucros é salário.

Melhor seria que a Constituinte não cuidasse de dar solução a problemas ou polémicas jurídicas. Que conceda a participação nos lucros, sendo negociada, sem dizer mais nada. Melhor faria.

A remuneração do serviço extraordinário ficou com o adicional deferido à negociação coletiva. Porém, a lei precisa prever um adicional mínimo, sobretudo porque nem todos os trabalhadores terão convenção coletiva ou acordo aplicável. Não sei se seria oportuno, desde logo, criá-lo ou determinar que a lei ordinária o faça.

Velho vício é a questão do trabalho insalubre. Regula-se, na realidade, a venda da saúde pelo trabalhador, que ganha um adicional para morrer mais cedo ou invalidar-se jovem. A Constituição não deveria prever um adicional para atividades insalubres ou perigosas, uma opção para o pior. Deveria haver uma conjugação de medidas: adicional e seguro, bem como criar rotatividade na empresa limitando o tempo de trabalho do empregado em tal tipo de atividade. Como está

impedirá ou dificultará o legislador ordinário ou mesmo as partes, em negociação, de encontrarem solução melhor do que o simples adicional.

O artigo 7.º parece conter direitos dos trabalhadores que não são devidos pelo empregador: seguro-desemprego, salário-família, aposentadoria, creches, pré-escolar (incisos II, IV, X, XX, XXI).

Não vejo um objetivo maior, pois deveria discriminar tão só aqueles direitos a haver do empregador. A matéria previdenciária ou assistencial pertence a outro tipo de garantia, constitucional ou legal.

Parece certo que ninguém está pensando em transferir toda essa agenda para o empregador. Nem poderia sê-lo, porque, mais uma vez, desarranjaria todo o sistema vigente. Se se passar ao patrão, vão ser acrescidos custos à produção, em atividade macroassistencial que jamais poderá ser atribuída, total ou parcialmente, às empresas.

Deve ser constituído um sistema, somando-se o que existe atualmente, aperfeiçoando-o, sem sobrecarregar os custos da produção, simplesmente custeado pelo Estado, mediante receita própria, com o abandono de tanta Inromissão na área econômica, geralmente com incompetência, corrupção e desperdício, como se tem visto.

A proibição de Intermediação da mão-de-obra, a sua locação para atividade permanente, urge extirpar. O Tribunal Superior do Trabalho baixou Enunciado (n. 256) da jurisprudência, transferindo o encargo do vínculo empregatício para o real tomador do serviço, quando ultrapassados os limites tolerados pela Lei 6.019/74, que tanto combatê quando Consultor do Ministério do Trabalho.

Efetivamente, o trabalhador está sendo espoliado pelas agências ou empresas de colocação de mão-de-obra, falsos empregadores. Tiraram-lhe qualquer visão de progresso, pois, como mercadoria, vai passando de uma empresa para outra, à medida que os contratos não vão sendo renovados. Sempre com salários miseráveis, são os bóias-frias do trabalho urbano, um escândalo que achincalha as normas de proteção ao trabalho no País.

Jamais vi um lobby tão bem fornido de dinheiro e valores defendendo, na Constituinte, a manutenção do sistema atual, que vai esmaecendo desde que o Governo resolveu ir abandonando a contratação desse pessoal, para fazer a admissão direta, e a Justiça do Trabalho começou a dar a relação de emprego com o tomador.

A proibição que se manteve no Projeto Bernardo Cabral, sofrendo intensa pressão para dele ser retirada, é convincente. Do ponto de vista econômico, a Intermediação onera o custo do serviço. Mas, socialmente, é imperdoável que se tolere. Afirmam os lobistas, nesta altura, que não se trata de matéria a entrar na Constituição. Creio que fizeram bem em ali colocá-la, porque há necessidade de eliminar a intermediação, mesmo entendendo que é um fenômeno mundial, mas combatido. Há necessidade de estudar bem o fenômeno, represá-lo, contê-lo ao máximo. A simples proibição não levaria a nada, porque poderia até ser criado um mercado negro de trabalho ilegal. Não há semelhança entre o mercado de trabalho intermediado e o paralelo do dólar, como quer fazer crer para dizer que é impossível combatê-lo. A intermediação poderá vicejar quando há crise ou

recessão, mas, se o empregador que o aceitar for fiscalizado e punido, não se criará, efetivamente, o mercado de bóias-frias urbanos. Aparentemente, a melhor solução seria os trabalhadores entrarem no mercado com as suas próprias empresas de mão-de-obra, um similar longínquo dos sindicatos da orla marítima, como meio de combater a atual alienação do trabalho, o **merchandising** organizado, que hoje violenta o trabalho no Brasil.

O Anteprojeto trazia benefícios surpreendentes para os domésticos, que saíam do muito pouco para o tudo. O atual artigo 8.º discrimina e coloca a questão em termos mais reais. Mas, creio que não há evidências de que se trata de matéria constitucional. Deveria ficar para regulamentação. Tenho que a Constituinte andou certo no recuo que praticou neste campo. Porém, realmente, se se olhar por um prisma rigorosamente técnico, quando se chega ao artigo 8.º, vamos verificar que as grandes conquistas dos empregados ficam limitadas apenas às massas de trabalhadores de empresas que produzem a riqueza visível, tudo no bom modelo da economia de mercado que, aliás, está extinguindo o trabalho doméstico, fazendo com que ele se valorize extremamente, sem nenhum decreto ou norma constitucional, mas apenas porque representa uma forma de submissão hierárquica medieval, a ponto de demonstrar que o sentimento democrático é mais forte na sua versão egoística e bem menos evidente na sua versão altruística.

Reminiscência do escravagismo, o emprego doméstico no País, que todos nós, evidentemente, queremos que continue, é a falsa conceituação do sentido familiar. Todos pretendem tratar o doméstico como pessoa da família. Do jeito como andam as famílias, é bom perguntar-lhe se deseja, realmente, nelas ser integrados ou como seus membros considerados ou tidos como empregados contratados e, como tal, tratados com dignidade. Aliás, em matéria de família, ousou até dizer que somos também meio medievais. E não nos incomodamos com isto, pois o nosso sentimento democrático ou intramuros é egoístico. Defendemos o trabalho doméstico com a mesma falsa verdade do tempo da absolvição: muitos escravos iriam ficar nas fazendas, porque amavam os seus donos. A realidade foi outra. Quase todos se foram tão logo livres. E o trabalhador doméstico de hoje não mais alimenta qualquer sentimento de fidelidade patriarcal. As exceções servem para confirmar a regra.

O Projeto Bernardo Cabral discriminou o trabalho doméstico e o fez com a cautela que o problema impõe, considerando que, se onerado o patrão, acabaria por correr para os congelados, diaristas, etc., engrossando a prostituição ou outro tipo de atividade menos defensável, eis que se trata, a rigor, de mão-de-obra pouco qualificada, em regra. Alguns direitos deveriam ser-lhes garantidos, a meu ver, entre eles o fundo de garantia e uma previdência integral.

Creio que já esgotei a paciência do auditório, tolerante e educado que veio me ouvir.

GARANTIA CONTRA A DESPEDIDA ARBITRÁRIA (*)

Arnaldo Süssekind (**)

SUMÁRIO:

I — Da garantia de emprego na Assembléia Constituinte Brasileira	(§§ 01 e 02)
II — A ilusória estabilidade empregatícia da CLT	(§§ 03 a 07)
III — A tendência do Direito Comparado e o novo conceito de estabilidade	(§§ 08 a 16)
IV — OIT: da Recomendação 119/63 à Convenção 158/82	(§§ 17 a 22)
V — Análise da Convenção 158 e da Recomendação 166	(§§ 23 a 45)
VI — Conclusões	(§§ 46 a 48)

(*) Conferência proferida no Primeiro Seminário sobre Direito Constitucional do Trabalho promovido pela LTr (São Paulo, 16/18 de outubro de 1987).

(**) O autor é Ministro aposentado do Tribunal Superior do Trabalho e membro da Comissão de Expertos na Aplicação de Convenções da OIT.

1 — Da garantia de emprego na Assembléia Constituinte brasileira

01. A estabilidade do trabalhador no emprego é um dos temas que tem gerado maior controvérsia no seio da **Assembléia Nacional Constituinte**, com ampla ressonância na opinião pública. Daí os sucessivos e antagônicos pronunciamentos de trabalhadores e de empresários, ou das correspondentes organizações sindicais, e, bem assim, de alguns juristas e da imprensa em geral: uns defendendo a estabilidade absoluta do trabalhador desde a admissão no emprego ou no término do contrato de experiência, com detalhada disciplinação da matéria pela Carta Magna; outros pretendendo excluir do texto constitucional qualquer referência a esse instituto jurídico; alguns advogando a simples proclamação da garantia contra a despedida arbitrária — princípio hoje consagrado pela legislação comparada e por convenção internacional — cabendo à lei ordinária regular sua aplicação.

02. As diversas fases já percorridas pelo projeto da futura Constituição revela a hesitação com que a questão vem sendo tratada pelos Constituintes:

A — O anteprojeto da *Subcomissão dos Direitos dos Trabalhadores e Servidores Públicos* dispôs que todos trabalhadores teriam

"estabilidade desde a admissão no emprego, salvo o cometimento de falta grave comprovada judicialmente, facultado contrato de experiência de 90 (noventa) dias" (art. 2.º, n. XIII).

B — O anteprojeto da Comissão da Ordem Social prescreveu:

"garantia do direito ao trabalho mediante relação de emprego estável, ressalvados:

- a) contrato a termo;
- b) ocorrência de falta grave comprovada judicialmente;
- c) prazos definidos em contratos de experiência, atendidas as peculiaridades do trabalho executado;
- d) superveniência de fato econômico intransponível, técnico ou de infortúnio da empresa, sujeito a comprovação judicial" (art. 2.º, n. I).

C — O anteprojeto da Comissão de Sistematização, que reuniu os textos das oito comissões temáticas, repetiu, com algumas precisões, o dispositivo adotado pela Comissão da Ordem Social, assinalando que o contrato a termo, limitado a dois anos, só poderia ser utilizado

"nos casos de transitoriedade dos serviços ou da atividade da empresa" e que o contrato de experiência não poderia exceder de 90 dias (art. 14, n. I).

D — O primeiro substitutivo apresentado pelo relator da Comissão de Sistematização, deputado BERNARDO CABRAL, sintetizou a questão no seguinte enunciado:

"contrato de trabalho protegido contra despedida imotivada ou sem justa causa, nos termos da lei" (art. 7.º, n. I).

E — Finalmente, a Comissão de Sistematização aprovou o texto do art. 6.º que deverá ser submetido ao plenário da *Assembléia Nacional Constituinte*, ado-

tando, sem modificações, as proposições constantes do segundo substitutivo apresentado pelo relator:

"I — garantia de emprego, protegido, contra despedida imotivada, assim entendida a que não se fundar em:

a) contrato a termo, nas condições e prazos de lei;

b) falta grave, assim conceituada em lei;

c) justa causa, fundada em fato econômico intransponível ou tecnológico ou em infortúnio da empresa, de acordo com critérios estabelecidos na legislação do trabalho".

"§ 4.º — Os princípios de garantia de emprego de que trata o inciso I não se aplicam à pequena empresa com até dez empregados".

II — A ilusória estabilidade empregatícia da CLT

03. O direito à estabilidade no emprego após o decurso de longo tempo de serviço, com a despedida do trabalhador restrita aos casos de falta grave por ele praticada ou de extinção de estabelecimento ou setor onde trabalha, constitui fórmula superada no direito comparado. O **Brasil foi pioneiro** ao assegurar esse tipo de **estabilidade absoluta**: instituída em 1923 para os ferroviários, foi aos poucos sendo estendida a outras categorias profissionais; em 1935, passou a alcançar todos os trabalhadores urbanos, salvo os domésticos; em 1963, os empregados rurais. Mas, como escrevemos em 1960, "precisamente porque a estabilidade no emprego constitui, em nosso país, o mais avançado instituto de proteção ao trabalhador, muitas empresas vêm despedindo os seus empregados antes de completar o decênio com o qual nasce o direito. E, assim, a estabilidade, que visa a propiciar segurança individual e familiar ao trabalhador, tem-se transformado, de um modo geral, em motivo de insegurança e temor, dada a ameaça de despedida imotivada aos oito ou nove anos de serviço" ("Instituições de Direito do Trabalho", Rio, Freitas Bastos, 4.º ed., 1966, vol. 4, pág. 172).

04. Em virtude desse problema, que se tornou grave, o legislador brasileiro pulou de um pólo para o outro: instituiu, para o setor urbano, o regime do **Fundo de Garantia do Tempo de Serviço** (Lei n. 5.107, de 13.09.66), em favor do qual o trabalhador é obrigado a "optar", sob pena de não ser admitido no emprego. Essa "opção" torna inaplicável ao respectivo contrato de trabalho o capítulo da estabilidade constante da Consolidação das Leis do Trabalho.

05. Em conseqüência, foi restabelecido, em relação a quase todos os trabalhadores urbanos, o ilimitado direito potestativo do empregador de rescindir os contratos de trabalho. Daí termos acentuado, mais recentemente, que o regime do FGTS criou, sob o prisma coletivo ou social, sérios problemas, "seja porque não dificulta a despedida de trabalhadores idosos, os quais dificilmente encontram novos empregos, seja porque facilita a despedida injustificada do trabalhador, incrementando, com isso, a rotatividade da mão-de-obra". (Ob. cit., 10.º ed., 1987, vol. I, pág. 595.) E daí por que, como presidente da **Comissão encarregada de elaborar o anteprojeto de atualização da CLT**, apoiamos, sem êxito, a iniciativa do professor DÉLIO MARANHÃO no sentido de aplicar a todos os empre-

gados o regime do FGTS acoplado a um sistema de segurança no emprego, de forma a impedir a despedida arbitrária, tal como a própria Comissão sugeriu, e foi transformado em lei no concernente aos empregados eleitos para as Comissões Internas de Prevenção de Acidentes (v. o novo art. 165 da CLT).

06. Conforme sublinhamos no relatório de 20 de setembro de 1976, da pre-citada Comissão, "o conceito de estabilidade adotado pela atual CLT não atende aos fins a que se dirige, pois se presta a abusos e distorções, já demonstrados na prática. Por outro lado, o regime do FGTS, que substitui com vantagem, a indenização de antiguidade, não assegura a permanência do trabalhador no emprego".

07. Hoje, tirante alguns empregados de alta qualificação profissional, que conseguiram incluir nos seus contratos de trabalho cláusula prevendo a aquisição, a curto prazo, do direito de estabilidade; os empregados rurais, aos quais não se aplica esse regime e trabalhadores de raras categorias cujos acordos ou convenções coletivas estipularam a garantia contra a despedida arbitrária — os demais somente em casos especiais e transitórios têm assegurada a estabilidade absoluta ou a relativa:

- a) dirigentes sindicais e de associações profissionais;
- b) diretores de cooperativas constituídas por empregados da respectiva empresa;
- c) representantes profissionais em órgãos da Justiça do Trabalho ou nos Conselhos e Juntas integrantes dos Ministérios do Trabalho e da Previdência e Assistência Social, inclusive de suas autarquias;
- d) empregadas gestantes, pelos prazos fixados na lei, por vezes ampliados em instrumentos normativos;
- e) empregados eleitos para as Comissões Internas de Prevenção de Acidentes.

III — A tendência do direito comparado e o novo conceito de estabilidade

08. A **tendência do direito comparado** é, sem dúvida, a de promover a segurança no emprego mediante normas impeditivas ou restritivas da **despedida arbitrária**. A **estabilidade no emprego** se apresenta, cada vez mais, com nova roupagem: antes, poucos países asseguravam esse direito aos trabalhadores, condicionando sua aquisição ao decurso de prazos geralmente longos e restringindo demasiadamente as hipóteses de rescisão do contrato de trabalho; hoje, em grande número de países, a lei garante a estabilidade no emprego, após a fluência de *curto prazo*, possibilitando, porém, a despedida do trabalhador não somente em razão de atos faltosos por ele praticados, mas também por motivos de ordem técnica, estrutural, econômica ou financeira. Somente o **Brasil**, para os rurícolas e os que não optaram pelo regime do FGTS, e o **Paraguai** conservam o sistema pelo qual a estabilidade absoluta é conquistada após dez anos de serviço na *mesma empresa*.

09. Como registra um dos órgãos técnico-jurídicos da **OIT**, "a legislação em matéria de terminação do contrato de trabalho por iniciativa do empregador mo-

dificou-se radicalmente em muitos países. Deixou de constituir-se, essencialmente, em regras sobre períodos de pré-aviso e indenizações por despedida e sobre as condições em que não são devidos, passando o requisito de justificação por parte do empregador a corresponder ao centro jurídico das análises e decisões dos tribunais, principalmente como consequência do freqüente recurso à sua proteção, por parte dos trabalhadores que estimam ter perdido o emprego sem motivo justificado. Assim, pois, o **princípio da justificação** se converteu no fundamento de muitos países sobre a terminação do contrato de trabalho por iniciativa do empregador, dando origem a um complexo campo de estudos jurídicos, enquanto que as regras sobre períodos de aviso prévio e pagamento de indenização perderam certa importância" (Comissão de Expertos na Aplicação de Convenções e Recomendações", "Informe III, Parte 4-B", Genebra, OIT, 1974, pág. 7).

10. Foi na **República Federal da Alemanha** que se iniciou a reformulação do instituto da estabilidade, com o fim de tornar ineficaz apenas a despedida arbitrária do empregado. A reforma legislativa adotada em 1951 e 1952 estabeleceu que, em princípio, "só é lícita uma despedida socialmente justificada". Abandonou, assim, como asseveram HUECK e NIPPERDEY, "o dogma anteriormente dominante da liberdade de despedida por parte do empregador, plasmando-se a idéia de uma proteção geral duradoura da relação de trabalho. Certo é que a lei não condiciona, diretamente, a validade da despedida à existência de certas causas, porém declara juridicamente ineficaz a despedida socialmente injustificada e determina, ademais, que assim se entende a que não cumpre certos requisitos que o empregador deve provar" ("Compendio de Derecho del Trabajo", trad. espanhola, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1963, pág. 201).

11. Essa norma se aplica ao trabalhador que possua, pelo menos, vinte anos de idade; haja trabalhado, no mínimo, seis meses para o mesmo empregador, sem interrupção; tenha a empresa, ou estabelecimento, mais de cinco empregados. A concorrência dessas três condições não impede o empregador de rescindir o contrato mediante aviso prévio e em virtude de justa causa; mas ao trabalhador despedido assiste o direito de, no prazo de três semanas, pedir ao Tribunal do Trabalho a nulidade do ato patronal. Se o Tribunal concluir pela nulidade da rescisão, o empregado será reintegrado. Todavia, a lei faculta ao trabalhador optar por uma indenização. Já o empregador pode requerer a conversão da reintegração em indenização, mas somente nos casos que a lei especifica, tendo em vista a inconveniência da sobrevivência da relação de emprego. Nas duas hipóteses — escreve ERNESTO KATZ — "o juiz deve dissolver a relação de trabalho por sentença constitutiva" ("La Estabilidad en el Empleo", Buenos Aires, Depalma, 1957, pág. 19).

12. Esse novo conceito de estabilidade no emprego vem sendo adotado, desde então, pela maioria dos países que legislaram sobre o tema: após o período de seis a vinte meses de trabalho, nas empresas com determinado número de empregados, a despedida deve fundar-se numa causa que a justifique, seja relacionada com a conduta ou a capacidade do empregado, seja referente à estrutura ou ao funcionamento da empresa; e, em algumas situações, possibilita-se ao tribunal, ao empregador ou ao empregado converter a reintegração em indenização.

13. Dos sistemas legais que conhecemos, somente **Portugal** restringe a denúncia do contrato de trabalho por iniciativa do empresário aos casos de falta

grave do empregado e, ainda assim, **comprovados perante o Juiz do Trabalho** (Lei dos despedimentos, de 1975). Conseqüência prática desse regime jurídico — acentuou **MÁRIO PINTO** — é que “cerca de 70 a 80% dos novos contratos de trabalho são celebrados com prazo” (“Garantia de emprego e crise econômica”, Anais do Congresso Internacional de Direito do Trabalho de Santos, 1986, pág. 14), já que a legislação portuguesa não limita o apelo a esse instrumento contratual.

14. Inúmeros são os **países que já adotaram sistemas similares ao da República Federal da Alemanha**: o reconhecimento pelo órgão estatal competente de que a despedida foi arbitrária determina, em princípio, a reintegração do trabalhador. Dentre outros, podemos citar os seguintes: Argélia, Áustria, Bangladesh, Chile, Espanha, Filipinas, Finlândia, França, Grécia, Holanda, Hungria, Índia, Indonésia, Inglaterra, Iraque, Irlanda, Israel, Itália, Iugoslávia, Marrocos, México, Noruega, Paquistão, Peru, Polônia, Quênia, República Democrática da Alemanha, República Dominicana, Romênia, Singapura, Suécia, Tchecoslováquia, URSS e Venezuela (Cf., a propósito, OIT, “Informe VII (1) da 67.ª reunião da Conferência”, Genebra, 1981, págs. 44/5; PLÁ RODRIGUEZ, “La terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empresario”, Madrid, ACARL, 1983, págs. 71/87).

15. Esclareça-se que nos **Estados Unidos, Canadá e Dinamarca**, desde os anos 60, muitos contratos coletivos contêm cláusulas sobre o tema, visando à garantia do emprego contra a despedida arbitrária e consagrando o respeito à antiguidade do empregado nos casos de despedidas coletivas.

16. Em muitos países, tal como referimos no resumo da legislação da Alemanha Ocidental, a decisão ordenatória da reintegração pode ser convertida em indenização e, em alguns deles, a nova fórmula de estabilidade só se aplica a empresas com um mínimo de empregados. Por exemplo, na **Espanha a opção** pela indenização é do trabalhador nas empresas com mais de **50 empregados** e do empresário nas de menos de 50; na **França** a garantia contra a despedida arbitrária só alcança os estabelecimentos com **mais de 10 empregados** e tanto estes quanto o empresário podem **optar pela indenização**; na **Inglaterra a opção** é sempre do empregador; na **Itália** só o trabalhador pode **optar** pela indenização, mas essa estabilidade não atinge as empresas com **menos de 15 empregados**.

IV — OIT: da **Recomendação 119/63 à Convenção 158/82**

17. A consagração do Direito do Trabalho pelo Tratado de Versailles (1919), como novo ramo da ciência jurídica, determinou, a pouco e pouco, a reformulação de conceitos civilistas adotados nos códigos do século XIX. O direito potestativo de o empregador denunciar o contrato de trabalho, ilimitado na concepção clássica civilista, passou a gerar efeitos antes **inadmitidos** (indenização fundada nas teorias do abuso do direito ou da responsabilidade objetiva), foi extinto em alguns casos (estabilidade absoluta no emprego) e tende a desaparecer com a universalização da teoria da nulidade da despedida arbitrária (estabilidade relativa).

18. Em 1963 a Conferência Internacional do Trabalho aprovou a **Recomendação n. 119**, prescrevendo, como norma fundamental:

“Não se deve proceder à terminação da relação de trabalho, a menos que exista uma causa justificada relacionada com a capacidade ou a conduta

do trabalhador ou se baseie nas necessidades do funcionamento da empresa, do estabelecimento ou do serviço" (Item 2, n. 1).

19. Esse diploma legal da OIT exerceu grande influência em diversos países, que inovaram ou reformularam as respectivas legislações, conciliando a efetivação do direito do trabalhador à segurança no emprego com a preservação de respeitáveis interesses da empresa e da própria economia nacional. Consoante o depoimento da mencionada **Comissão de Expertos**, em estudo do qual participamos, "ainda que o objetivo fundamental da Recomendação é o de proteger a segurança no emprego dos trabalhadores, trata também de equilibrar distintos interesses. Por exemplo, o interesse do trabalhador na segurança no emprego, posto que a perda do emprego importa a perda, para ele e sua família, dos meios de vida indispensáveis; o do empregador, em manter a autoridade nas questões que influem no funcionamento eficaz da empresa; e, por último, o interesse da comunidade em manter relações de trabalho pacíficas e evitar desequilíbrios desnecessários, seja pelo desemprego ou por unidades econômicas improdutivas... Desta maneira, a Recomendação consagra o princípio de que o trabalhador deve ter direito a permanecer no seu cargo, salvo se o empregador tiver uma razão válida para dar por terminada a relação de trabalho" (Trab. cit., págs. 2 e 16).

20. Essa tendência da legislação comparada levou a Conferência Internacional do Trabalho (Assembléia Geral da OIT) a aprovar, após dupla discussão (1981 e 1982), a **Convenção 158, completada pela Recomendação 166**. A primeira, por constituir tratado multilateral aberto à ratificação dos Estados-membros da OIT, contém normas gerais e, por vezes, flexíveis; a segunda complementa a Convenção em vários pontos e sugere a adoção de algumas medidas destinadas à efetivação dos direitos nela previstos. Como asseverou a Professora MOUSSEAU, representante governamental da França e relatora da matéria na respectiva Comissão da Conferência, "as disposições complementares em caso de despedida por causas econômicas figuram particularmente completas e detalhadas na Recomendação e indicam aos Estados as linhas gerais e numerosos exemplos das políticas que convém aplicar para prevenir e limitar as despedidas econômicas e seus efeitos negativos sobre os trabalhadores" ("Actas Provisionales" da 67.ª reunião da Conferência, Genebra, 1982, n. 35, pág. 2).

21. Ambos os textos deveriam ter sido **submetidos ao Congresso Nacional brasileiro**, no prazo de doze meses, contado do encerramento da Conferência: a **Convenção**, para que, se aprovada, promovesse o Governo a sua **ratificação** e tomasse, no curso da **vacatio legis** (a ratificação só entra em vigor doze meses depois de depositado o instrumento na RIT), as medidas acaso inexistentes, necessárias à plena aplicação das normas internacionais (art. 19, § 5.º, d, da Const. da OIT); a **Recomendação**, para que o Congresso Nacional deliberasse transformar em lei todos ou alguns dos seus dispositivos, adotar outras medidas em relação aos mesmos ou, simplesmente, tomar conhecimento do texto (art. cit., § 6.º, b).

22. Essa obrigação de natureza formal decorre da Constituição da OIT, à qual aderiram, soberanamente, os países que se filiaram à Organização. E alcança tanto os que votaram pela aprovação do instrumento internacional, como os que se abstiveram, não compareceram à reunião ou se manifestaram contra (Cf. nossas "Instituições", 10.ª ed., vol. II, págs. 1.276/87). Destarte, apesar da delegação

governamental brasileira, chefiada pelo então Ministro do Trabalho Murilo Macedo, não ter votado pela aprovação da Convenção (somente nove delegações governamentais assim procederam), o Governo brasileiro está obrigado a submeter ao Congresso Nacional, tanto a Convenção n. 158, como a Recomendação n. 166.

V — Análise da Convenção 158 e da Recomendação 166

23. A — **Campo de aplicação** — A Convenção n. 158 "se aplica a todos os ramos da atividade econômica e a todas as pessoas empregadas" (art. 2.º, § 1.º); mas o órgão competente do Estado que a ratificar poderá, mediante prévia consulta às organizações de empregadores e de trabalhadores interessados, **excluir do seu campo de incidência**, ou de algumas de suas disposições:

- a) "certas categorias de pessoas cujas **condições de emprego sejam regidas por normas especiais** que, em seu conjunto, confirmam uma proteção pelo menos equivalente à prevista nesta Convenção" (art. 2.º, § 4.º);
- b) "categorias limitadas de pessoas empregadas, a respeito das quais se apresentem **problemas especiais** de certa importância, tendo em conta as condições particulares de emprego dos trabalhadores interessados e a **dimensão ou a natureza da empresa que os emprega**" (art. 2.º, § 5.º).

24. No primeiro relatório sobre a aplicação da Convenção, a que se refere o art. 22 da Constituição da OIT, o respectivo Governo, se for o caso, deverá enumerar as exclusões possibilitadas, explicando os motivos das exceções e, nos relatórios subsequentes, indicar o estudo da sua legislação e prática no concernente às categorias excluídas e a medida em que a elas aplica ou se propõe aplicar a Convenção (art. 2.º, § 6).

25. Independentemente de consulta àquelas organizações, poderão ser excluídas da totalidade ou de algumas das disposições da Convenção, as seguintes categorias de empregados:

- a) **contratados por prazo determinado ou para certa tarefa**, devendo ser previstas garantias adequadas contra o uso de contratos de duração determinada que tenham por objetivo ilidir a proteção prevista;
- b) submetidos a um período de prova ou que não tenham contemplado o tempo de serviço exigido, sempre que a duração haja sido fixada previamente e seja razoável;
- c) **contratados em caráter ocasional** para um período de curta duração (art. 2.º, §§ 2.º e 3.º).

26. A **Recomendação n. 166** propõe a **limitação dos contratos de trabalho de duração determinada** aos casos nos quais esse ajuste seja justificado pela índole do trabalho ou condições em que deva realizar-se, ou, ainda, em razão dos interesses do trabalhador. Nos demais casos e, bem assim, na renovação do contrato a prazo, ele deve ser considerado como de duração indeterminada (item 2). Tudo conforme dispõem os arts. 443, §§ 1.º e 2.º, 451 e 452 da nossa CLT.

27. B — **Despedida arbitrária** — O art. 4.º da Convenção estabelece o princípio básico do sistema:

“Não se porá fim à relação de trabalho de um trabalhador, a menos que exista para isto uma causa justificada relacionada com sua capacidade ou sua conduta ou baseada nas necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço”.

28. Justificando essa norma, o documento-base submetido à Conferência acentuou que os motivos válidos para a despedida referentes à **capacidade do trabalhador** contemplam as seguintes hipóteses: a carência de qualificações ou de capacidade para cumprir o trabalho para o qual foi contratado; o trabalho deliberadamente deficiente ou a negligência no seu desempenho; a reiterada ausência ao trabalho ou a incapacidade permanente para trabalhar resultante de enfermidade ou acidente.

29. Quanto à **conduta do trabalhador**, visa-se a punir a falta do empregado que importa em violação da disciplina. Essas faltas — aduz o precipitado documento — *correspondem a duas categorias: “a primeira compreende, em geral, um inadequado cumprimento das tarefas ajustadas; a segunda se refere, geralmente, a diversos tipos de comportamento inapropriado, que podem perturbar a ordem nos locais de trabalho ou prejudicar o cumprimento das tarefas”*. Relativamente às causas de despedida pertinentes ao **funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço**, “compreendem motivos de ordem econômica, tecnológica, estrutural ou similar” (“Informe VIII (i)” cit., págs. 21/3).

30. Desde logo, esclarece o art. 5.º da Convenção que **não constituirão causa justificada** para a despedida do trabalhador:

- a) a **filiação a um sindicato** ou a **participação em atividades sindicais** fora das horas de trabalho ou, com o consentimento do empregador, durante as horas de trabalho;
- b) ser **candidato a representante** dos trabalhadores ou atuar, ou haver atuado, **nessa qualidade**;
- c) **apresentar uma queixa** ou participar de um procedimento estabelecido contra o empregador por supostas violações de leis ou regulamentos, ou recorrer ante as autoridades administrativas competentes;
- d) a **raça, a cor, o sexo, o estado civil, as responsabilidades familiares, a gestação, a religião, as opiniões políticas, a ascendência nacional ou a origem social**;
- e) a **ausência ao trabalho durante a licença de maternidade**”.

31. A **ausência do empregado ao serviço, por motivo de enfermidade ou lesão**, quando de **caráter temporário**, não constitui justa causa para a rescisão do contrato de trabalho (art. 6.º).

32. C — **Procedimentos para a despedida** — A Convenção prescreve que a despedida do trabalhador, motivada por sua conduta ou rendimento, não deverá ser efetivada “antes de que se lhe haja oferecido a **possibilidade de defender-se** das acusações formuladas contra ele, a menos que não seja razoável pedir-se ao empregador que lhe conceda esta possibilidade” (art. 7.º). Um prazo de **aviso prévio**,

ou uma indenização que o substitua, será devido sempre que o trabalhador não "seja culpado de uma falta grave de tal índole que seria desarrazoado pedir ao empregador a continuação do emprego durante o prazo do pré-aviso" (art. 8.º).

33. A **Recomendação** prevê algumas normas complementares:

- a) salvo quando a legislação ou a prática nacional consideram a **falta** como rescisiva do contrato de trabalho, sua **gravidade** decorrerá da reincidência ou da prévia advertência por escrito por parte do empregador (item 7);
- b) a despedida do trabalhador por **desempenho insatisfatório** pressupõe que o empregador lhe haja dado instruções apropriadas, com **advertência por escrito**, e o decurso de um período razoável para que ele melhore o seu trabalho (item 8);
- c) o trabalhador deve ter direito **assistência de outra pessoa** para defender-se das acusações relativas à sua conduta ou ao seu trabalho (item 9);
- d) o decurso de um **prazo razoável**, desde que o empregador teve conhecimento da **falta**, importa em **renúncia ao seu direito de rescindir o contrato** esteiado nessa falta (item 10);
- e) é aconselhável que o empregador **consulte os representantes dos trabalhadores** antes de decidir despedir um empregado (item 11);
- f) o empregador deve **comunicar por escrito** ao trabalhador a sua decisão de despedi-lo (item 12); e, a pedido deste, deve **expor-lhe**, por escrito, o motivo ou motivos da terminação do contrato de trabalho (item 13.1).

34. A **Recomendação** dispõe, ainda, que, durante o prazo do **aviso prévio**, o trabalhador deve ter direito a períodos de tempo livre razoáveis, sem perda da remuneração, a fim de procurar outro emprego (item 16). E, se o solicitar, deverá receber um **certificado do empregador** indicando somente as datas do começo e da terminação da relação de trabalho e, bem assim, a natureza das tarefas que desempenhava. A avaliação da sua conduta ou do seu trabalho poderá também ser pedida pelo trabalhador, no mesmo ou num segundo certificado (item 17).

35. D — **Decurso contra a despedida arbitrária, ônus da prova e reparação** — Estatui o art. 8.º da Convenção:

"O trabalhador que considere injustificada a terminação de sua relação de trabalho terá **direito a recorrer** contra a mesma perante um organismo neutro, como um tribunal, um tribunal do trabalho, uma junta de arbitragem ou um árbitro".

E aduz: se a despedida foi autorizada pela autoridade competente, a aplicação dessa norma poderá variar de conformidade com a legislação e a prática nacional (art. 8.º, § 2.º). Considerar-se-á que o trabalhador renunciou ao seu direito de recorrer (**prescrição**), se não o exercer dentro de um prazo razoável (art. 8.º, § 3.º).

36. Quanto a **prova** da causa justificadora da despedida, a legislação nacional ou as demais fontes formais de direito "deverão prever uma ou outra das seguintes possibilidades, ou ambas:

- a) **incumbirá ao empregador** o ônus da prova da existência de uma causa justificada para a despedida tal como foi definida no artigo 4.º da presente Convenção;
- b) os organismos mencionados no artigo 8.º da presente Convenção terão a faculdade de decidir sobre as causas invocadas para justificar a despedida, tendo em conta as provas apresentadas pelas partes e de conformidade com os procedimentos estabelecidos pela legislação e a prática nacionais” (art. 9.º, § 2.º).

37. A legislação nacional ou as demais fontes formais de direito deverão dispor sobre a medida em que os *precitados organismos neutros* terão a faculdade de decidir se são justificadas as despedidas fundadas na necessidade de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço (art. 9.º, § 3.º).

38. O **fim perseguido** pela Convenção é a **reintegração** do trabalhador arbitrariamente despedido; isto é, a **anulação** do ato patronal que não se fundar, comprovadamente, em qualquer dos motivos relacionados no art. 4.º. Mas a Conferência teve de aprovar uma **norma flexível** a respeito, atendendo a que em muitos países o trabalhador não tem o direito de retornar ao emprego, quando imotivadamente despedido. A fórmula encontrada para satisfazer a maioria foi a seguinte:

“**Art. 10** — Se os organismos mencionados no artigo 8.º da presente Convenção chegarem à conclusão de que a *terminação da relação de trabalho* é injustificada e se, em virtude da legislação e da prática nacionais, não estiverem facultados ou não considerem possível, dadas as circunstâncias, anular a despedida e eventualmente ordenar ou propor a readmissão do trabalhador, terão a faculdade de determinar o pagamento de uma indenização adequada ou outra reparação que considere apropriada”.

39. Analisando-se o dispositivo, verifica-se que se o organismo estiver autorizado a anular a despedida e ordenar ou propor a readmissão do trabalhador, deverá fazê-lo, se considerar injustificada a rescisão do contrato de trabalho e se as circunstâncias do caso não a desaconselharem. A indenização adequada ou outra reparação apropriada somente deverá ser determinada quando, apesar de injustificada a despedida, o organismo não tiver competência para ordenar o retorno do trabalhador ao emprego ou o mesmo for contra-indicado pelas circunstâncias configuradas no caso examinado. A prática de falta grave exclui o direito à indenização (art. 12, § 3.º, da Conv.).

40. Obviamente, também nos casos de **despedidas decorrentes de causas econômicas, tecnológicas, estruturais ou análogas** o trabalhador deverá ter direito, seja a uma **indenização** calculada em razão “do tempo de serviço e do montante do salário”, paga “**diretamente pelo empregador ou por um fundo** constituído mediante cotizações dos empregadores”, seja ao **seguro-desemprego** ou outra forma de assistência aos desempregados, seja a uma combinação das mencionadas prestações (art. 12, § 1.º, da Conv.).

41. F — **Normas especiais para a despedida por motivos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos** — Algumas regras especiais foram inseridas na Convenção a propósito desse tema, que adquiriu inquestionável relevo em virtude da crise econômica internacional que aflige o mundo atual e das modificações

tecnológicas resultantes do acentuado e veloz desenvolvimento da ciência e da tecnologia.

42. Visando a reduzir, tanto quanto possível, as despedidas coletivas de trabalhadores, esteladas nessas causas, o art. 13 da Convenção preceitua:

"Quando o empregador previr despedidas por motivos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos:

- a) proporcionará aos **representantes dos trabalhadores** interessados, em tempo oportuno, a **informação pertinente**, incluídos os motivos das despedidas previstas, o número e categorias dos trabalhadores que podem ser afetados e o período durante o qual deverão efetivar-se essas despedidas;
- b) de conformidade com a legislação e a **prática nacionais**, oferecerá aos representantes dos trabalhadores interessados, tão cedo quanto possível, uma oportunidade para entabolar **consultas sobre as medidas** que devam adotar-se para evitar ou limitar as despedidas e as medidas para atenuar as conseqüências adversas das mesmas para os trabalhadores afetados, encontrando, por exemplo, **novos empregos**".

43. Em tais casos, o número de trabalhadores despedidos poderá ser limitado por lei, contrato coletivo, laudo arbitral, sentença judicial ou outro instrumento admitido pela prática nacional (art. 13, § 2.º e art. 14, § 2.º). Por sua vez, no mesmo momento em que previr tais despedidas, o empregador deverá **notificar a autoridade competente**, prestando-lhe as informações indicadas na alínea a do art. 13, acima transcrito (art. 14, § 1.º). E a **legislação nacional deverá fixar um prazo mínimo**, contado dessa notificação, para que o empregador **possa efetivar as despedidas** (art. 14, § 3.º).

44. Como bem **acentua Plá Rodriguez**, a autoridade administrativa assim convocada poderá controlar e verificar: "a) a existência real das dificuldades; b) a impossibilidade de serem adotadas outras medidas substitutivas ou a **insuficiência das mesmas para resolver a situação**; c) os critérios objetivos utilizados na seleção do pessoal encaminhado ao **seguro-desemprego**". (Ob. cit., pág. 172). E esse renomado jurista uruguaio indica, dentre outras, as seguintes medidas, que poderão ser adotadas em tais casos: plano de reorganização da empresa, que torne desnecessárias as despedidas ou as adie consideravelmente; não provimento das vagas resultantes das despedidas; estímulo às aposentadorias; supressão das horas extraordinárias; ampliação do prazo do aviso prévio; redução da jornada de trabalho ou do número de dias trabalhados no mês; suspensão do contrato de trabalho; redução do salário (ob. cit., págs. 125 a 129).

45. Também a **Recomendação n. 166** enumera uma série de providências com o objetivo de limitar as despedidas decorrentes de causas econômicas, tecnológicas, estruturais ou análogas e atenuar-lhes os efeitos:

- a) **ajuda da autoridade** competente na busca de soluções pertinentes (item 19.2);
- b) consulta do empregador aos representantes dos trabalhadores antes de introduzir modificações importantes nos seus programas, organização,

estrutura ou tecnologia, visando a examinar suas possíveis repercussões e prevenir ou atenuar seus efeitos prejudiciais (item 20);

- c) **restrição à contratação de pessoal**, transferências internas de empregados, formação e readaptação profissional, aposentadoria voluntária com adequada compensação dos salários, diminuição das horas extraordinárias e redução da duração normal do trabalho (item 21);
- d) **redução da duração normal** do trabalho, quando se tratar de dificuldades econômicas passageiras, assegurando-se aos trabalhadores uma compensação parcial pela perda dos salários correspondentes às horas normais não trabalhadas (item 22);
- e) fixação prévia dos **critérios de seleção para** o pessoal a ser atingido por tais despedidas, de forma a conciliar os interesses empresariais com os dos trabalhadores (item 23);
- f) os trabalhadores despedidos que manifestarem o desejo de retornar ao emprego devem ter **prioridade para a readmissão**, durante um certo período, desde que o empregador volte a contratar pessoal com qualificação comparáveis. A ordem de prioridade deve atender, em especial, a **antiguidade** dos trabalhadores (item 24);
- g) a **autoridade competente**, se possível em colaboração com o empregador e os representantes dos trabalhadores interessados, deve adotar **medidas** adequadas às circunstâncias nacionais **para promover a colocação dos trabalhadores despedidos**, propiciando-lhes, se for o caso, **formação ou readaptação profissional** (item 25);
- h) durante o período de formação ou readaptação profissional, a que alude o item anterior, deveria considerar-se a possibilidade de assegurar alguma renda ao trabalhador, e, quando este tiver de **trocar de residência** para ingressar em novo emprego, **garantir-lhe o reembolso**, total ou parcial, das respectivas despesas (item 26).

46. VI — Conclusões

O **direito ao trabalho**, do qual decorre a necessidade de ser garantida a **segurança no emprego**, com a conseqüente limitação das hipóteses de despedida justificáveis, está hoje reconhecido por importantes instrumentos internacionais e amplamente consagrado pelo Direito Comparado. O Direito, hoje, preocupa-se com a integração do trabalhador na empresa. E, como assinalaram **Paul Durand** e **André Vitu**, "a permanência do trabalhador no emprego contribui para a dignidade da pessoa humana; incorpora-se à concepção nova, segundo a qual o trabalho não pode ser considerado como mercadoria; evita, para o trabalhador, o risco de se encontrar sem ocupação ou o de necessitar mudar de atividade ou de residência; atenua o sentimento de Insegurança, que é um dos traços dominantes da psicologia operária" ("Traité de Droit du Travail", Paris, Dalloz, 1950, pág. 96, vol. II). Daí a conclusão do douto **Mauro Mascaro Nascimento**, para quem "afastou-se a concepção da dispensa como direito potestativo e como ato sujeito ao arbítrio patronal e em seu lugar repercutiu a idéia da ruptura contratual como

um procedimento constituído de fases nas quais exercita-se o direito de **dispensa sob controle**" ("Dispensa do empregado: direito comparado e perspectivas brasileiras", in LTr, São Paulo, 1980, vol. 44, pág. 1.335).

Senhoras e Senhores Congressistas.

47. No momento em que a Assembléia Nacional Constituinte elabora a futura Constituição brasileira, afigura-se-nos oportuno que os juristas e dirigentes sindicais aqui reunidos defendam a inserção, no seu texto, do princípio da

"Garantia do emprego contra a despedida arbitrária".

48. Não sendo pertinente à Carta Magna disciplinar todos os aspectos e condições que devem ser considerados na aplicação dessa norma programática, **cumprirá à lei ordinária dispor sobre a respectiva regulamentação.**

A NOVA CONSTITUIÇÃO: ESTABILIDADE E JORNADA DE TRABALHO (*)

Orlando Teixeira da Costa (**)

SUMÁRIO: 1. A estabilidade e a jornada de trabalho na Constituinte; 2. O exemplo da tradição histórica; 3. Natureza constitucional desses dois temas; 4. Enunciação no texto constitucional.

1. Dentre os temas polêmicos da Constituinte a respeito dos direitos dos trabalhadores, dois sobressaem em relação aos demais: a estabilidade ou garantia de emprego e a jornada de trabalho.

O debate a respeito deles, no entanto, não se resume ao conteúdo intrinsecamente trabalhista, consistente na conveniência ou oportunidade da adoção daquela ou na limitação desta a um número de horas igual ou inferior ao que internacionalmente se adota. Muito pelo contrário, o deslinde dessas controvérsias de mérito pressupõe e está condicionado à indagação prévia da natureza constitucional de ambas as matérias. Por isso, ao invés de incidir na abordagem trabalhista desses temas, vou enfocá-los do ângulo constitucional.

2. A tradição histórica pode servir como primeiro parâmetro de apoio às considerações que me proponho fazer.

Consultando vinte e sete Constituições estrangeiras dos dois hemisférios político-ideológicos do mundo, publicadas, ao correr deste ano, pela Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, verifiquei que apenas duas não consagram, expressamente, o princípio genérico do direito ao trabalho ou alguma norma mais específica assegurando proteção contra a despedida arbitrária, proibindo o despedimento sem justa causa ou falando na estabilidade do trabalhador. Dentre essas mesmas Leis Fundamentais, apenas quatro não se referem à jornada de trabalho, pois todas as outras a limitam explicitamente ou registram o postulado da duração diária ou semanal a ser regulado pela lei ordinária.

No âmbito do direito constitucional doméstico a situação não é diferente, pois desde 1934, a partir de quando as nossas Cartas Magnas passaram a cuidar, especificamente, da proteção social do trabalhador, que elas vêm registrando o preceito da estabilidade no emprego, bem como limitando a duração diária do trabalho, com exceção da de 1934, que, quanto à primeira matéria, admitiu apenas a indenização ao trabalhador dispensado sem justa causa (artigo 121, § 1.º, letra "g").

Ante esses numerosos exemplos, é evidente a conclusão de que, sob uma perspectiva histórica, o tratamento dessas matérias pela Constituição em fase de preparo, é perfeitamente justificável.

(*) Breve exposição lida durante o 3.º Painel integrante do programa do Segundo Congresso Brasileiro de Direito Coletivo do Trabalho e Primeiro Seminário Sobre Direito Constitucional do Trabalho.

(**) O autor é Ministro do Tribunal Superior do Trabalho e Professor Titular da Universidade Federal do Pará, colocado à disposição da Universidade de Brasília.

3. Em que pese essa demonstração, tais matérias poderiam ser consideradas estranhas ao objeto e conteúdo das constituições, do que decorreria a impertinência do seu tratamento pela Constituinte. É que, com a adoção das constituições escritas, em contraposição ao sistema costumeiro usado pela Inglaterra, passaram elas a ser entendidas tão-somente, como documentos definidores e ordenadores das instituições políticas, corroborando, aqui, com o conceito daquele país, segundo o qual a constituição é um "conjunto de instituições que regulam a organização política do Estado" (A. V. Dicey, *The Law of the Constitution*, pág. 187, *apud* Paulino Jacques, *Curso de Direito Constitucional*, 7.ª edição, pág. 22).

Expressão dessa mentalidade, a nossa Carta de Lei, de 25 de março de 1824, "oferecida e jurada" pelo Imperador Dom Pedro Primeiro, prescrevia em seu artigo 178: "É só constitucional o que diz respeito aos limites, e atribuições respectivas dos Poderes Políticos e aos Direitos Políticos, e individuais dos Cidadãos. Tudo o que não é constitucional, pode ser alterado sem as formalidades, pelas legislaturas ordinárias".

A complexidade que a vida social foi assumindo, exigiu, porém, que a lei fundamental dos Estados, não se restringisse aos limites estreitos da organização política. Daí porque, coincidentemente com o primeiro pós-guerra, as constituições do México, da Rússia e da Alemanha que surgiram nessa época, passaram a ser mais analíticas e regulamentares, modificando a técnica constitucional até então empregada e serviram como paradigmas para as que as seguiram.

Segundo William Bennett Munro, o crescimento do volume das Constituições decorreu de três causas principais: a) aumento das funções do Estado, exigindo novos princípios e normas; b) desconfiança do povo na sabedoria e integridade dos legisladores ordinários; c) insatisfação do povo com a construção jurisprudencial (cf. Paulino Jacques, *ob. cit.*, mesma página).

As causas apontadas por Munro, não só me parecem corretas, como são portadoras de uma atualidade surpreendente, em relação à presente realidade brasileira. O aumento da complexidade das funções do Estado, do século XVIII para cá, é axiomática, não necessita de demonstração. A desconfiança do povo em relação aos legisladores ordinários, pode ser demonstrada e comprovada através do substancial volume de preceitos incluídos, pela Assembléia Nacional Constituinte em funcionamento, no primeiro esboço de projeto constitucional, com 496 artigos, produto evidente dos anseios populares possíveis, não concretizados através da legislação ordinária ou das reformas constitucionais necessárias e jamais concretizadas ou sequer propostas. Essas mesmas demonstração e comprovação, também servem para ilustrar a insatisfação popular relativamente à jurisprudência do poder judiciário, já que freqüentemente desatenta "às exigências do bem comum" (art. 5.º da Lei de Introdução ao Código Civil).

Não pode prevalecer, pois, o argumento segundo o qual, certas matérias, mormente as de cunho econômico e social, extrapolariam os limites de uma Constituição, pois, hoje em dia, as leis fundamentais são verdadeiros códigos políticos diversificados e não simples estatutos básicos. Desde o primeiro pós-guerra, as cartas constitucionais passaram a ser analíticas ou regulamentares, contendo preceitos dos mais variados ramos do direito.

Somente em razão de uma incompatibilidade essencial, caracterizada pelo despropósito do tratamento dessas matérias em uma carta magna, é que essa objeção seria possível. Essa incompatibilidade, porém, inexistente, pois uma constituição, hoje em dia, não é apenas a lei que trata da organização do Estado, seguramente uma instituição básica, mas sim um estatuto mais abrangente, destinado a ditar a organização geral da sociedade, que não se exaure nos aspectos políticos, mas envolve, igualmente, suas feições econômica, social e cultural.

Por isso, não constitui nenhuma impropriedade afirmar que a **estabilidade no emprego** é matéria constitucional e que a **jornada de trabalho** pode ser prevista no texto da nossa futura lei fundamental, o que não importa em dizer que esses dois temas ou outros mais, possam ou devam ser tratados com excessivos detalhes, pois não se deve confundir o vício do detalhamento com a virtude da previsão pertinente e oportuna.

4. Entendemos, portanto, superada, a perquirição a respeito da natureza constitucional desses dois assuntos, mas achamos, de todo, pertinente, indagar como eles deverão ser enunciados no texto fundamental.

Se uma constituição, hoje em dia, pode ser regulamentarista, no bom sentido, não quer dizer que ela deva ser detalhista. Ela deve refletir as preocupações relevantes da sociedade e expressá-las através de um paralelograma de forças dos fatores reais do poder que nela operam, afastada a minudência.

Não implica, porém, em esmiuçar esses temas, prever, como a Constituição argentina, a "protección contra el despido arbitrario" (art. 14 bis), que é a fórmula mais moderna e de consagração internacional pela Convenção n. 158 da OIT. Como a Constituição da República de Guiné-Bissau "que o trabalhador só poderá ser despedido nos casos e nos termos previstos em lei" (art. 37, 2). Ou como a Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos, que "el patrono que despida a un obrero sin causa justificada e por haber ingresado a una asociación o sindicato, o por haber tomado parte en una huelga lícita, estará obligado, a elección del trabajador, a cumplir el contrato o a indenizarlo con el importe de tres meses de salario" (art. 123, A, XXII).

Tratamentos diversificados também podem ser escolhidos para regular a duração da jornada de trabalho, adotando-se prescrições como a da Constituição de Portugal, que assegura o direito "... a um limite máximo da jornada de trabalho..." (art. 60, I, d); preceito como o da Constituição Política da República da Costa Rica, que prevê que "la jornada ordinaria de trabajo diurno no podrá exceder de ocho horas diarias y cuarenta e ocho a la semana" (art. 58); ou disposição como a da Constituição Política do Peru: "La jornada ordinaria de trabajo es de ocho horas diarias y de cuarenta y ocho semanales. Puede reducirse por convenio colectivo o por ley".

Como se vê, essas matérias são de natureza constitucional.

Em razão do clamor popular e particularmente operário, devem constar da futura Constituição. Cabe aos constituintes, porém, eleger a redação mais inteligente, mais técnica e consentânea com os anseios dos seus eleitores e com a realidade nacional.

A NEGOCIAÇÃO COLETIVA NA NOVA ESTRUTURA SINDICAL

C. A. Barata Silva (*)

Inicialmente, meus agradecimentos pelo amável convite para participar deste II Congresso Brasileiro de Direito Coletivo do Trabalho e deste I Seminário sobre Direito Constitucional do Trabalho, que, sob os auspícios da LTr e especialmente, sob a coordenação do Dr. Armando Casimiro Costa, realiza-se nesta oportunidade.

Trata o painel sobre a negociação coletiva na nova estrutura sindical. Evidentemente, parte-se do pressuposto de que haverá em nossa Pátria, pelo menos a partir da nova Constituição que está sendo elaborada pela Assembléia Nacional Constituinte, uma nova estrutura sindical, onde os vícios do passado sejam deixados de lado e surja, afinal, um regime amplo de liberdade.

A autonomia sindical é uma expressão da liberdade sindical. O sindicato é autônomo em suas deliberações e não pode ficar sujeito ao comando do Estado, dos empresários ou mesmo de outras organizações. Evidente que quando nos referimos a outras organizações, estamos excluindo a hierarquia que deve presidir a organização sindical, desde que o poder do órgão superior não se exerça de maneira despótica.

Mas o aspecto principal da autonomia sindical é em relação ao Estado. E que este, embora tenha o dever de fiscalizar a ação do sindicato, não deve intervir em sua vida, quer no que diz respeito à elaboração dos estatutos, quer no que diz com a administração financeira, não podendo, também, estender a ação fiscalizadora à delimitação da abrangência sindical, à escolha dos dirigentes e até mesmo a imposição de contribuição sindical, esta última completamente afrontosa a um regime onde possa vingar a liberdade sindical.

A autonomia sindical pressupõe, também, o direito de criar novas entidades, dentro da normatividade vigente; o de livre organização interna; o de funcionar livremente e, finalmente, de formar associação de nível superior.

Embora a autonomia sindical tenha como limite maior a Ordem Pública, evidente que por estar ligada à liberdade sindical, deve repelir o enquadramento sindical prévio, que leva a situações irreais e à chamada "contribuição sindical" imposta pelo Estado. O mesmo se diz com o chamado "reconhecimento sindical" e sua "cassação", modalidade própria dos Estados Totalitários e que leva à negação da liberdade.

Como primeira consequência, ao que entendemos como uma autêntica liberdade sindical, aparece a pluralidade das associações profissionais, porque não pode exigir-se sem repúdio àquela, a adesão unânime de todos os trabalhadores

(*) Ministro do Tribunal Superior do Trabalho.

de um determinado sindicato. Ainda que consequência natural do direito de associação, a pluralidade sindical é uma das soluções mais combatidas pelos dirigentes da atual organização unitária. Onde vigora, como em nosso país, o regime da unidade, somente se "reconhece" uma associação profissional para cada atividade em cada território. Ao contrário, onde se aceita a pluralidade sindical, se admite a possibilidade de dois ou mais sindicatos para uma mesma profissão, entre os quais os trabalhadores têm amplo direito de escolha.

As razões pelas quais julgamos preferível o regime da pluralidade sindical são os seguintes: **a)** porque respeita mais amplamente o direito de associação, que reconhece ao trabalhador, como a todo o ser-humano, o sagrado direito de fazer parte de qualquer associação que não seja contrária à Ordem Pública; **b)** porque se enquadra mais nos princípios de uma sadia democracia, que resguarda as liberdades fundamentais da pessoa humana (o regime da unidade sindical pode ser comparado aos regimes políticos de um partido único); **c)** porque ninguém pode ser obrigado a ingressar em uma associação, cujos princípios de atuação lhe pareçam inconvenientes e nem mesmo deve ser compelido a participar, com sua atuação e suas contribuições, em atividades que sua consciência repele; e, **d)** porque sob o ponto de vista dos interesses econômicos e sociais da classe trabalhadora, o regime do pluralismo os resguarda mais amplamente, eis que no sindicato único, a atividade dos componentes se dirige quase que exclusivamente a obter o predomínio político ou pessoal, e descuidam das atividades propriamente sindicais.

Relembramos aqui, com o devido respeito, o que ouvimos de nossos queridos mestres quando, abordando a matéria, se dirigiam aos problemas sindicais, afirmando com ênfase que "liberdade sindical no regime de sindicato único é uma liberdade mutilada".

Acreditamos mesmo que são procedentes em parte as afirmações dos que defendem a unidade sindical e que o pluralismo determinaria o enfraquecimento do sindicalismo, pela divisão das categorias profissionais. Acreditamos — repetindo — que isso possa ocorrer num primeiro momento, pelo esfacelamento de um sindicalismo não autêntico, mas que através dos tempos, pela natural emulação entre as várias associações sindicais, terminaria pela predominância do mais forte que, afinal, autenticamente, se tornaria um sindicato único. Respondemos, conseqüentemente, à objeção, de que a existência de um único sindicato seria o ideal dentro do regime da pluralidade. O sindicato seria único por deliberação da categoria e nunca por imposição do Estado.

Sabemos, também, como é difícil inovar num sindicalismo como o nosso, que tem mais de quarenta anos de regime sem liberdade e sem autonomia, saído que foi dos exemplos corporativistas.

Mas acreditamos que uma mudança de mentalidade, muito própria do momento histórico que estamos vivendo e com a ratificação da Convenção n. 87 da O.I.T. pelo Congresso Nacional, possamos, dentro em breve, inaugurar em nosso país, um verdadeiro regime de liberdade sindical.

Uma das conseqüências da pluralidade sindical é o problema da representatividade para negociar a estipulação de contratos coletivos de trabalho, para resolver conflitos que interessam a toda uma profissão e para designar repre-

sentantes dos trabalhadores ante organismos internacionais e nacionais, em que devem atuar juntamente com os representantes dos empregadores e, às vezes também, do Estado.

A doutrina da representação sindical se fundamenta em que para ficar obrigada uma coletividade, em matéria de trabalho, se requer que esteja representada por uma associação profissional. Do contrário, seria preciso que cada um daqueles aos quais há de aplicar-se a convenção, a firmasse, para ficar assim obrigado pessoalmente. Mas, nesta suposição, haveríamos de ter, como assinala DE CEMO, uma pluralidade de sujeitos e não uma coletividade, já que a expressão **coletividade de sujeitos** indica que estes aparecem em um contrato como bloco de peças, através das associações e sindicatos que os agrupam.

A posição é defendida, mesmo assim, por DUGUIT, ao examinar a gestão das convenções coletivas. Para que estas sejam lei profissional para todos os membros de uma categoria trabalhadora, se requer que a mesma "crie verdadeiramente a lei intersocial dos dois grupos profissionais; é necessário que estes grupos tenham adquirido uma organização completa e coerente, por meio da constituição de sindicatos que reúnam, senão na totalidade, mas expressamente, os empresários e trabalhadores que representem.

Unicamente a associação profissional pode pactuar convenções e acordos coletivos, pois se a considera única responsável pela vida da profissão como um todo, de sua organização e desenvolvimento, porque tem por finalidade representar seus interesses.

Trabalhadores e empresários, cada setor como classe contraposta defendem distintos interesses e devem exercer seus direitos por meio de seus representantes mais qualificados, sempre com apenas a vigilância do Estado. A finalidade principal a atingir, nesta ordem de idéias, consiste em celebrar convênios coletivos de condições de trabalho, que sejam como a Carta Orgânica dos direitos e deveres dos trabalhadores em suas relações contratuais, situadas estas em um plano coletivo.

De acordo com a tese da representatividade sindical se adotam os princípios democráticos da maioria, a qual estabelece as normas que regem o desenvolvimento das relações contratuais entre patrões e trabalhadores. São os próprios interessados no trabalho os que representam os trabalhadores e eles conhecem diretamente a realidade das indústrias ou das empresas compreendidas no pacto coletivo.

Como já se disse, a paz social, na suposição de que não deve ser imposta por poderes coercitivos da organização estatal, pode obter-se dando a participação no sistema da criação das normas convencionais a toda uma totalidade dos participantes de uma determinada categoria profissional e não a uma minoria agrupada. Convém estabelecer a verdadeira posição dos grupos antagônicos, já que se trata de dois conjuntos denominados patronal e trabalhador. Estes dois grupos se diferenciam principalmente pela quantidade e qualidade de seus interesses e pelo número. O grupo patronal cabe reduzi-los a unidades, enquanto que a entidade trabalhadora é massa, numericamente multidão. Pela própria organização natural, os patrões constituem, ainda que considerados individualmente, um ele-

mento coletivo, uma força totalizada. Um patrão — unidade — pode ser proprietário de um conjunto de indústrias, que empregue milhares de trabalhadores. Sua força se encontra na especial situação em que se colocou a causa da acumulação de bens e em atenção, também, ao desenvolvimento industrial. O trabalhador, ao contrário, individualmente considerado, não representa mais do que uma unidade. Para que o obreiro chegue a representar tanto como um só patrão, como um só empregador, há de unir-se aqueles que com ele integram a massa dos trabalhadores a serviço de um empresário. Esta associação se compõe, às vezes, de milhares de associados, unidos para lograr um valor igual ao que pode representar um patrão apenas. Entretanto, quando a totalidade ou a maior parte dos componentes de uma profissão se agrupam em um sindicato, sua força resulta já bem maior do que a dos patrões, considerados individualmente e então estes necessitam, por sua vez, da união para poder enfrentar em suas relações, aquela outra força. Se produz assim, uma situação de equilíbrio, de nivelção.

Os dois conjuntos — formados pelo capital e pelo trabalho — configuram uma comunidade de interesses, aos quais se concede o direito de representação para que resolvam os problemas que pertencem às profissões e atividades respectivas. Nesta forma, os sindicatos profissionais representam entidades criadoras de direito do trabalho e colaboram eficazmente por um maior desenvolvimento da vida profissional, sem imiscuir-se em funções correspondentes ao organismo superior, ao Estado. A delegação de faculdades legislativas, por parte do Estado, em benefício dos sindicatos profissionais e econômicos, não significa a absorção por parte daquelas organizações de poderes gerais, que competem e continuam competindo à coletividade estatal.

No Estatuto Constitutivo da Organização Internacional do Trabalho, como consequência do Tratado de Versalhes, que admitia delegações patronais e de trabalhadores na sua composição, se utilizou pela primeira vez, em dimensão mundial, a expressão de "organizações profissionais mais representativas", sob as quais não havia uma precisão conceitual. Pela elasticidade do conceito, sobretudo em sua forma pluralizada, se originaram desde logo árduos problemas e engenhosas soluções. Assim, na primeira das conferências da O.I.T., aquela celebrada em 1919, em Washington, houve impugnações, o mesmo ocorrendo na Conferência de 1921, chegando o caso ante a Corte Internacional de Haia, cujo Tribunal decidiu que o trabalhador que representava as quatro organizações que agrupavam maior número de associados, era mais representativa que aquela entidade que por si só contava com um número menor. Além de representar na ocasião a uma massa de trabalhadores superior em número, declarou a Corte que o conceito de entidade mais representativa não se mede somente pelo número, mas que se trata de questão em que se apreciam outros valores, de destacada importância, como os antecedentes, a data da fundação e a ação social desenvolvida.

Sem desconhecer a autoridade da Corte Internacional de Justiça, foram propostos critérios diversos para interpretar o sentido que deve dar-se à "organizações profissionais mais representativas". Os principais, sob os quais se tem detido a doutrina, são os seguintes: a) conferir a representação da categoria profissional, a organização mais representativa, que não é sinônimo da mais numerosa; b) conceder-se a representação a uma só associação profissional de-

signada previamente; c) atribuir-se a representação a uma comissão integrada por delegados de distintas associações, seja em forma proporcional ao número de associados ou de associações representadas; d) estabelecer a representação mediante a eleição direta dos negociadores dos trabalhadores designados pelos próprios trabalhadores; e) estabelecer a representação por meio de associações profissionais quando estas sejam majoritárias e com representações mistas de associações profissionais e dos trabalhadores não associados, quando a associação profissional não seja majoritária.

Em princípio o sindicato majoritário conta com o pensamento predominante da doutrina e dos próprios trabalhadores para erigir-se em exclusivo representante característico dos trabalhadores que pertencem à mesma atividade. A massa numérica, sobretudo quando se tratam de convênios normativos, é fator decisivo para alcançar o objetivo que as normas adotadas se apliquem, tenham vigência e alcancem plena efetividade **erga omnes**.

Nos Estados Unidos, a Lei Wagner instituiu a Lei **Labor Board**, "cuja missão consiste em concluir com os patrões os convênios coletivos de condições de trabalho, cada vez que mais de uma organização sindical de trabalhadores pretende possuir a representação exclusiva de todos os obreiros da categoria". Dita lei estabelece o regime especial, consistente em autorizar a designação do sindicato mais representativo para os efeitos de regular certas condições coletivas que abrangem a profissão ou uma parte representada pela mesma.

A solução que a Lei Wagner dava, limitando a intervenção direta dos trabalhadores na eleição de um sindicato negociador, padece de uma falha essencial, pois os trabalhadores terão que eleger precisamente entre vários sindicatos, qual deve — ao seu juízo — negociar a convenção coletiva de condições de trabalho, e ainda que constituam maioria os trabalhadores sindicalizados, se encontram na situação de conceder sua representação necessariamente a um sindicato. Este por sua vez tem a representação dos outros sindicatos juntamente com os outros trabalhadores não associados.

A Lei Wagner foi modificada parcialmente em 1947 pela denominada **Hartley**, sob relações obreiro-patronais. Segundo dispõe seu artigo 9.º: "Os representantes designados ou escolhidos para efetuar convênios coletivos pela maioria dos empregados, em uma unidade apropriada para tais fins, serão representantes exclusivos de todos os empregados na referida unidade, para os fins do contrato coletivo, respeito a tipos de retribuição, salários, hora de trabalho e outras condições de emprego...".

A eleição do sindicato mais representativo exige que o mesmo reúna as condições várias para representar os trabalhadores. A Lei mencionada estabelece a representação mediante voto secreto e direto e busca, desta forma, que as eleições resultem sinceras e válidas. Estabelecido um órgão único para representar os interesses da profissão, se soluciona, assim, um dos mais graves problemas que derivam da determinação de qual é o sindicato mais representativo. O sistema adotado para os Estados Unidos tem assim, evidente utilidade; solução muito semelhante é a adotada pela Constituição italiana de 1947, em seu artigo 39.

Já em 1906 o Professor LUJO BRENDANO, analisando que a solução de toda a questão social estava no fomento das convenções coletivas, redigiu um projeto

pelo qual os sindicatos patronal e obreiro deviam organizar-se em uma corporação que unificasse todas as tendências, com o fim de pactuar um contrato coletivo, fazer os acordos obrigatórios para todos e terminar assim com a anarquia que nessa matéria existia. Com um critério mais elaborado e um projeto de lei apresentado ao Parlamento Espanhol, em 1919, por MAURA, se dispunha que os trabalhadores de cada especialidade profissional, reunidos em assembléia especial, constituíam sindicato de seu ofício e designavam representantes para tratar com os patrões e com o Poder Público sobre os interesses do grupo profissional.

Na Lei Federal do Trabalho do México qualifica de sindicato mais representativo o que tenha maior número de trabalhadores associados e que corresponda ao serviço da empresa ou das empresas com as quais deve pactuar-se o convênio coletivo. "Quando se trata de uma empresa que pela índole de sua atividade empregue trabalhadores pertencentes a atividades de diferentes profissões, o contrato coletivo deverá celebrar-se com o conjunto dos sindicatos que represente cada uma das profissões, sempre que estes se ponham em acordo. No caso de não haver acerto, o sindicato correspondente de cada profissão celebrará um contrato coletivo, para determinar as condições relativas à referida profissão dentro da empresa.

Quando dentro de uma mesma categoria profissional existem vários sindicatos, a Lei Federal do Trabalho do México estabelece a possibilidade de que aqueles formem um consórcio, isto é, uma entidade superior, composta por representantes de todos eles, para que possam celebrar uma só convenção coletiva de trabalho, o que fixará as condições gerais e normativas. Tal sistema não se ajusta a uma representação profissional, por não tomar-se em conta o número de associados e sim de associações obreiras.

Evidente que, como afirmamos no início, não sabemos ainda, que tipo de sindicato haverá de se constituir como o novo sindicato brasileiro. Temos relativa certeza de que a Assembléia Nacional Constituinte está marchando para o pluralismo sindical, como única forma de obter-se a sonhada liberdade sindical. Por isso mesmo a questão da representatividade dos sindicatos para a celebração dos convênios, resulta de suma importância, mas ela deverá, realmente, surgir depois de fixada pelos poderes competentes, o tipo de sindicato que há de se estabelecer em nosso país. Para cada tipo de sindicato há a preferência de um tipo de aferição da representatividade, sendo certo, porém, que o número de associados é elemento de discutível valor para a fixação daquela entidade sindical que deverá representar a categoria profissional, como também a econômica, nas celebrações dos convênios coletivos.

São essas as informações que desejo transmitir aos participantes do painel, com colaboração ao problema da "representatividade" na nova organização sindical que há de surgir, conforme já afirmamos, em regime amplo de liberdade sindical.

UNIDADE E PLURALIDADE SINDICAL (*)

José Ajuricaba da Costa e Silva (**)

I — UNIDADE E PLURALIDADE SINDICAL NO BRASIL.

Afora os dois períodos de liberdade e pluralidade sindical, o primeiro de 1906 a 1931, durante o qual vigorou o Decreto-lei 979/1903, que fazia exigências mínimas para a organização de um sindicato, e o segundo, mais efêmero, de 1934 a 1937, no qual o sindicalismo passou a ser regido pelo Decreto 24.964/73 e pela Constituição Federal do mesmo ano, prevaleceu, no Brasil, o sistema legal do sindicato único obrigatório, subordinado ao Ministério do Trabalho, de cuja autORIZAÇÃO depende para seu reconhecimento legal e regular funcionamento.

A compulsoriedade do sindicato único, "da mesma categoria econômica ou profissional, ou profissão liberal, em uma dada base territorial", foi estabelecida na legislação brasileira, pela primeira vez, através do Decreto 19.770/31, e restabelecida pelo Art. 138, da Constituição Federal de 1937, depois regulamentado pelo DL-1402/39 e, finalmente, pelo Art. 516, da CLT (DL-5452/43).

São contraditórias as opiniões e informações sobre os anos de liberdade e pluralidade sindical no Brasil (1). Mas ainda que tais períodos não tenham produzido muitos frutos para o sindicalismo brasileiro, o que admito só para argumentar, há que se levar em conta que tanto a industrialização como o movimento sindical eram incipientes no país e que mal havíamos nos libertado do regime do trabalho escravo, que, por razões óbvias, não permitira o surgimento de autênticos líderes trabalhistas, ao mesmo tempo atuantes, esclarecidos e realistas e egressos da própria classe trabalhadora.

De qualquer modo, segundo a palavra autorizada do jurista e político EVARISTO DE MORAES, que viveu naquela época, o intenso movimento grevista nos principais centros populacionais do país no início deste século, se deve à organização sindical já existente, apesar das denominações diversificadas e, não raro, impróprias, que seus fundadores davam então aos órgãos sindicais (2).

A partir da Constituição de 1937 e da CLT, o sindicato brasileiro perdeu, legalmente, sua autonomia e liberdade e se tornou, obrigatoriamente, único na

(*) Trabalho apresentado no II Congresso Brasileiro de Direito do Trabalho, em 17.10.87, São Paulo e atualizado em 04.11.87.

(**) Ministro do Tribunal Superior do Trabalho.

(1) Everardo Dias, citado por Aluísio Rodrigues, informa que, de 1903 a 1930, apesar da garantia de liberdade de associação prevista no Art. 72, § 8.º, da Carta Magna de 1891, e do Decreto-lei 979/1903, os sindicatos tinham vida muito precária, pois expostos, freqüentemente, ao fechamento arbitrário, às visitas da polícia, à prisão de seus dirigentes, à remoção e destruição de seus móveis e livros (apud "O Estado e o Sistema Sindical Brasileiro", São Paulo, 1981, págs. 49/50).

(2) Cfr. Aluísio Rodrigues, in "O Estado e o Sistema Sindical Brasileiro", S. Paulo, 1981, pág. 48, os nomes então adotados eram: Liga, Centro, Federação, Resistência, Sindicato, União, Sociedade, Fraternidade, Círculo, Corporação, Partido, etc.

mesma profissão ou atividade e na mesma base territorial. Tal sistema, conforme revela ROBERTO BARRETTO PRADO, é o adotado também na Argélia, Bolívia, Tchecoslováquia, Colômbia, Congo, Polônia, URSS, Cuba, Egito, Filipinas, Honduras, Iraque, Jordânia, Kuwait, Líbia, Mauritânia, México, Nicarágua, Peru, Panamá, Salvador, Tanzânia e Zâmbia. Já a pluralidade sindical é o regime legal predominante na França, Itália, Espanha, Portugal, Grã-Bretanha, Estados Unidos, República Federal Alemã, Austrália e Nova Zelândia⁽³⁾. Por aí se vê que o regime da unidade é o adotado nos países subdesenvolvidos ou de governo totalitário, ao passo que a pluralidade sindical predomina nos países geralmente mais desenvolvidos e de governo democrático.

É evidente que estes últimos, cujo desenvolvimento econômico e social após a 2.ª Grande Guerra é considerável, se não devem isto também ao regime da liberdade e pluralidade sindical, não tiveram em tal sistema de organização de sua classe trabalhadora nenhum óbice ao seu desenvolvimento industrial, tecnológico e social.

Embora a minha formação jurídica, como juiz do trabalho brasileiro, seja acentuadamente intervencionista, não posso deixar de refletir sobre o fato de que, nos países onde a intervenção do Estado nas relações de trabalho é maior, o desenvolvimento econômico e o bem-estar geral dos trabalhadores e do povo de que fazem parte é, atualmente, o menos satisfatório.

Os países da América Latina, por exemplo, onde predomina o modelo inspirado na CARTA DEL LAVORO italiana, de unidade e falta de autonomia dos sindicatos e seu atrelamento ao Estado, enfrentam, todos eles, sérias dificuldades econômico-financeiras e não proporcionam à sua massa trabalhadora o desejável e merecido bem-estar.

Esse fenômeno se verifica mesmo nos países mais desenvolvidos do Continente, como o Brasil, a Argentina e o México. Em mais de 50 anos (1937 a 1987) de regime de unidade sindical e de intervenção nas relações trabalhistas, o Brasil não desenvolveu um sindicalismo forte e autêntico, pois salvo poucas e honrosas exceções, os nossos sindicatos continuam atrelados ao Estado e dominados por dirigentes que pouco ou nada fazem pela verdadeira promoção da classe trabalhadora, mais preocupados que estão com seus projetos pessoais. E o México, que foi a primeira nação do mundo a introduzir em sua Constituição, a de 1917, um capítulo dedicado à ordem econômica e social, consagrando, desde então, a acentuada intervenção do Estado nas relações entre trabalhadores e empresas, assiste hoje, atônito, à verdadeira debandada de seus trabalhadores para os Estados Unidos, onde tal intervenção se faz, quase que exclusivamente, no domínio da organização sindical e do direito coletivo de trabalho e apenas para proteger empresas, de um lado, e trabalhadores, de outro, das denominadas "unfair labor practices".

Esse fenômeno não estará a indicar que a intervenção estatal nas relações trabalhistas precisa ser reduzida, para se deixar sua regulamentação mais aos próprios partícipes dessas relações e menos ao Estado, recorrendo-se, pois, mais à convenção e ao acordo coletivo do que à lei e à sentença normativa?

(3) Roberto Barretto Prado, In "Curso de Direito Sindical", SP, 1984, pág. 140, que não faz, porém, esta ligação entre desenvolvimento ou regime político e regime de organização sindical.

Segundo LYON-CAEN e JEAN CLAUDE JAVILIER, nos países mais desenvolvidos abandona-se, aos poucos, a intervenção paternalista do Estado em relação ao trabalhador, para substituí-la pela convenção coletiva de trabalho, operando-se uma verdadeira conversão do direito "imperativo" do trabalho em direito "dispositivo" do trabalho ou sua flexibilidade desregulamentadora (4).

II — A UNIDADE SINDICAL ESPONTÂNEA NOS REGIMES DE PLURALIDADE SINDICAL.

Os partidários da unidade sindical, dentre os quais se alinham juristas brasileiros de grande renome nacional (5), sustentam que tal unidade decorre da natureza mesma do sindicato, como grupo social que é, formado pela solidariedade espontânea de seus membros, que conduz, necessariamente, à unidade. Afirmam, ainda, que ela é indispensável ao fortalecimento do sindicato profissional, para fazer face à força econômica dos empregadores.

Em que pese o respeito que tenho pelos defensores da necessidade desta união para fortalecer o sindicato dos trabalhadores, considero dignas de reflexão as palavras de ROBERTO BARRETTO PRADO, para quem essa posição é, além de incorreta, historicamente superada, pois, *verbis*, "o magno problema do Direito do Trabalho, nos dias que correm, não consiste na arregimentação dos operários, para defender seus interesses contra os empregadores", mas "no incentivo da solidariedade e cooperação entre os empregados e empresários, com o objetivo de melhor assegurar o desenvolvimento das empresas" (6). E aqui cabe mais uma reflexão. Não estará, talvez, no fundamento ideológico da luta de classes, que MARX erigiu em base de sua teoria econômica e política e que informa o movimento sindical contemporâneo e inspira àqueles que se batem pela sua uni-

(4) Lyon-Caen, in "La Bataille Truquée de la Flexibilité - Droit Social", Paris, Dez/1985, pág. 801) e Jean Claude Javilier, in "Manuel de Droit du Travail", Paris, 1986, pág. 57, citados por Octávio Bueno Magano, in "Convenção Coletiva e Greve", Rev. LTr, Abril/1986, resumido por Synthesis, n. 3/86, págs. 133/134.

(5) Partidários no Brasil do regime da unidade sindical ou monista: José Martins Catharino, Júlio César do Prado Leite, Oliveira Vianna, Joaquim Pimenta, Evaristo de Moraes Filho, Arnaldo Süsssekind, Segadas Vianna, Orlando Gomes, Elson Gottschalk, Cesarino Júnior (Cfr. Roberto Barretto Prado, op. cit., pág. 140 e J.M. Catharino, "Tratado Elementar de Direito Sindical", S. Paulo, 1982, págs. 104/105. Evaristo de Moraes Filho, porém, defende a unidade "num regime de plena e real liberdade sindical" ("A Ordem Social num Novo Texto Constitucional", S. Paulo, 1986, págs. 29/30 e 85), advogando o respeitável justabralhista a escolha da unidade por livre decisão da assembléia geral dos sindicatos, à qual caberá decidir também sobre o modo de financiamento do sindicato pelos trabalhadores, pois prega a extinção da contribuição sindical obrigatória. Por isso, como membro da Comissão dos Notáveis, repeliu proposta de inclusão, na nova Constituição, de dispositivo que proibia a pluralidade sindical (op. cit., pág. 85). Arnaldo Süsssekind, outro monista (in "Direitos Sociais na Constituinte", Rio, 1986, págs. 84/90), ao propor que a futura Constituição deve preservar ser "assegurada a liberdade sindical", parece, porém, repelir também o sindicato único obrigatório, incompatível com essa liberdade. Aluísio Rodrigues é também partidário da unidade sindical, afirmando que os males do sindicalismo brasileiro não residem no sistema da unidade sindical em si, mas, quando muito, na forma como foi imposta (in "O Estado e o Sistema Brasileiro", S. Paulo, 1981, pág. 80). Defendendo a pluralidade sindical encontra-se, também, uma plêiade de juristas brasileiros, dentre os quais: Délio Maranhão, Eduardo Gabriel Saad, Arion Sayão Romita, Mozart Victor Russomano, João Regis Fasbender Teixeira e Roberto Barretto Prado (apud Roberto B. Prado, op. cit., pág. 140).

(6) Roberto Barretto Prado, op. cit., pág. 139.

dade, ainda que compulsória e, portanto, autoritária, anti-democrática, a causa do enfraquecimento do sindicalismo no mundo atual? Como explicar a queda acentuada do número de sócios dos sindicatos nos últimos anos, mesmo em países de liberdade e pluralidade sindical como os Estados Unidos, a Grã-Bretanha e a França? A explicação simplista de alguns, segundo a qual isto seria o resultado do aburguesamento dos trabalhadores nesses países, como consequência mesma dos benefícios que obtiveram pela atuação dos sindicatos, não me parece satisfatória. Não estarão os trabalhadores se apercebendo de que, ao contrário do propalado pelos que defendem essa invencível oposição entre seus interesses e o dos empregadores, existe mais identificação do que contradição entre esses interesses, que deve conduzir não à luta de uns contra os outros, mas à cooperação inteligente e harmoniosa entre esses dois fatores indispensáveis e complementares da produção, do desenvolvimento e da paz social, que são capital e trabalho? Será que essa oposição, não raro alimentada artificialmente em razão de disputas entre grupos dentro ou fora do próprio sindicato, geralmente fisiológicas, responde melhor ao sentimento mais íntimo do trabalhador brasileiro? Ou será que, no fundo, o que ele mais deseja é se realizar como pessoa humana pelo seu trabalho, contribuir com sua parcela de criatividade e invenção, para uma produção maior e mais racional da empresa em que trabalha e, em compensação, ver o seu serviço e o de seus companheiros de trabalho justamente valorizado e recompensado? Se a luta contra as empresas responde a uma exigência profunda do trabalhador, porque só uma minoria se engaja nos sindicatos que fazem o apanágio dessa luta? Por que, ao contrário, grande número de trabalhadores evita atualmente se filiar, ou mesmo se retira desses sindicatos?

É fora de dúvida que a associação profissional e o sindicato respondem a uma exigência da natureza humana, pois o ser humano é um ser social. Normalmente ele só se realiza, plenamente, na vida em sociedade e o trabalho em comum é um poderoso fator de aproximação dos homens, pelas penas e satisfações que são sentidas em comum, pela identidade dos objetivos visados, etc. Como os empresários também se dedicam a esses mesmos objetivos e igualmente se desgastam, física, intelectual e psicologicamente para que sejam alcançados, pelo menos quanto a esse aspecto a sua luta se confunde com a dos seus empregados. A oposição surge, somente, no problema da distribuição dos rendimentos da empresa, que precisa ser justa. Mas, esta justiça, embora tenha sido praticamente inexistente no início do capitalismo, face à incompreensão predominante dentre os empresários de *então*, imbuídos do liberalismo econômico e do ateísmo racionalista dos filósofos que inspiraram a Revolução Francesa, não é impossível e começa a se tornar realidade nos países mais desenvolvidos. A superação dessa injustiça não é, pois, uma utopia, e a realidade atal demonstra que a oposição cega entre empregados e empregadores já não está conduzindo a dias melhores. Basta que se veja a que está reduzido o *salário mínimo legal do Brasil*, em relação ao dólar (cerca de 50 dólares mensais), para que se constate que a atuação dos sindicatos brasileiros dos últimos cinquenta anos teve resultados bem modestos para a grande maioria dos trabalhadores do país.

Creio ser correto afirmar que uma minoria apenas de juristas brasileiros defende, atualmente, a unidade sindical compulsória. Quase todos os monistas

são partidários da liberdade sindical e esta é incompatível com a imposição de qualquer sistema de organização do sindicato.

Nos países onde o sindicato é livre, porém, predomina o pluralismo. O trabalhador não está obrigado a se filiar a determinado sindicato e, inexistindo algum que satisfaça às suas exigências, pode ele tomar a iniciativa da criação de outro órgão de classe da categoria, filiar-se ao mesmo e fazer proselitismo para erigi-lo em representante dos trabalhadores da empresa na negociação coletiva.

Isto não tem impedido, porém, que sejam feitos pactos de unidade na cúpula, a exemplo da AFL-CIO dos Estados Unidos. Nem tampouco que sejam incluídas cláusulas restritivas da pluralidade nas convenções coletivas, como a "pre-entry closed shop", a "union shop", a "agency shop". Tais cláusulas fazem de um único sindicato o monopolizador dos empregos e filiações numa determinada indústria ou empresa, durante um determinado período, tornando impossível a atuação de outro sindicato da mesma categoria, de tal modo que, para a referida empresa e seus empregados é como se não existisse pluralidade de sindicatos.

Apesar de banida nos Estados Unidos (Lei Taft-Hartley), na França (Lei de 27.04.56 e "Code du Travail" de 1974), na Alemanha Ocidental, Itália, Suíça, Bélgica, a "closed shop" é legalmente aceita nos próprios Estados Unidos sob a forma da "post entry closed shop" (ou "union shop"), no Canadá, onde é geralmente admitida em todas as suas manifestações, na Austrália, na Holanda e na Suécia⁽⁷⁾. Embora condene a prática da "closed shop", como contrária à liberdade de trabalho, por excluir os não sindicalizados do acesso ao emprego, o que pode afastar os melhores homens do trabalho e comprometer o desenvolvimento da economia, OTTO KAHN FREUND informa que a "post entry closed shop" é a regra na Inglaterra e que, para alguns empresários, é tida como benéfica para ambas as partes, pois reduz o atrito na empresa e, em consequência, um grande número de questões, além de assegurar que o sindicato representa a totalidade da força de trabalho⁽⁸⁾, com que ela tem de negociar.

Por aí se vê que é possível a unidade sindical no regime de completa liberdade, ou seja, é realizável a unidade sem imposição da lei. Pesquisa realizada recentemente pelo IBRART no Brasil, entre sindicalistas, empresários, juristas e políticos, revela, porém, que todos os dirigentes sindicais ouvidos se manifestaram a favor da unidade sindical, apesar de defenderem a liberdade e autonomia do sindicato; somente dois foram pela sua imposição por lei, sete querem a unidade adotada por deliberação dos próprios sindicatos, ou seja, unidade voluntariamente escolhida, e os últimos não distinguiram entre a unidade espontânea e a compulsória. A maior parte dos empresários (3 em 5) se pronunciou a favor da unidade, sendo um (1) pela espontaneamente adotada. Dentre os juristas predominou também (3 em 5) o entendimento favorável à unidade sindical e, dentre os políticos, cinco dentre seis opinaram contra a pluralidade⁽⁹⁾. Em artigo publicado nos Anais do I Congresso Brasileiro de Direito Coletivo do Trabalho, realizado em São Paulo em novembro de 1986, o presidente da CNTI declarou

(7) Otto Kahn Freund, "Labour and the Law", London, 1977. págs. 194/195.

(8) O. Kahn Freund, op. cit., págs. 197 e 199.

(9) Ibrart, "Os Sindicatos e a Transição Democrática - o que pensam os interessados", Série Pesquisa, n. 4, São Paulo, 1986. págs. 93/107.

colocar-se aquela Confederação frontalmente contra o regime da pluralidade sindical no Brasil ⁽¹⁰⁾.

A organização sindical brasileira deve, porém, a exemplo da adotada pela maioria dos países que assinaram a Convenção n. 87, da Organização Internacional do Trabalho, ser livre. Neste sentido foi, aliás, redigido o segundo substitutivo do Relator da Comissão de Sistematização da Assembléia Nacional Constituinte, ao declarar no § 40, de seu Art. 5.º:

“É plena a liberdade de associação, exceto a de caráter paramilitar, não sendo exigida autorização estatal para a sua fundação, vedada a interferência do Estado em seu funcionamento.”

Conseqüentemente, nenhum sistema de organização sindical pode ser imposto pelo Estado, ficando ao livre arbítrio dos trabalhadores, através de seus órgãos de classe, adotar a unidade ou a pluralidade. O regime da pluralidade, além de ser o único compatível com a plena liberdade sindical preconizada pela Convenção 87, da OIT, não impede a união dos sindicatos, quando se fizer necessária para o bem da classe ou da categoria que representa.

Infelizmente, porém, o que o país assistiu, ao ser discutido o referido substitutivo pela Comissão de Sistematização, foi, como salienta o sociólogo FLORESTAN FERNANDES, a vitória das correntes que vêm do passado sobre o “novo sindicalismo”, inaugurado pela revolução democrática da Nova República. Com efeito, a referida Comissão, por 71 votos, reunindo representantes conservadores e radicais da esquerda, contra apenas 19 votos dissidentes, sendo 2 (dois) do Partido dos Trabalhadores, aprovou o § 3.º, do Art. 9.º, do novo projeto de constituição que, adotando posição sem precedentes no autoritarismo universal, proíbe a pluralidade sindical, impondo, na própria Constituição Federal, a existência de um só sindicato na mesma base territorial ⁽¹¹⁾.

Num passado não muito distante, os excessos do corporativismo, restringindo a liberdade dos membros das categorias profissionais e econômicas, acarretou reação em sentido contrário, que resultou na famosa lei LE CHAPELIER de 1791, proibitiva de toda e qualquer associação profissional, impedindo o surgimento do sindicalismo e da própria proteção legal ao trabalhador por mais de meio século. Permita Deus que a união espúria dos que controlam, há também meio século, a maior parte do sindicalismo brasileiro, de empregados e empregadores, que se traduziu nessa decisão infeliz e retrógrada, não venha a acarretar reação igualmente lamentável para o trabalhador e para o povo brasileiro.

(10) José Calixto Ramos, “Pluralidade Sindical”, in Anais do I Congresso Brasileiro de Direito Coletivo do Trabalho, Caderno 2, São Paulo, 1986, págs. 14/15.

(11) Florestan Fernandes, “Sindicato Único e Pluralidade Sindical”, in Jornal do Brasil, ed. de 02.11.87, 1.º Caderno, pág. 9.

LIBERDADE SINDICAL E EXERCÍCIO ABUSIVO DO PODER NORMATIVO DA JUSTIÇA NA CONSTITUIÇÃO (*)

Roberto A. O. Santos (**)

1. Um sindicalismo numeroso mas fraco
2. A astúcia do Estado
3. A liberdade sindical no projeto de Constituição
4. O projeto e a autonomia sindical
5. Exercício abusivo do poder normativo da Justiça
6. Comissões de empresa, a novidade
7. Conclusão

1. UM SINDICALISMO NUMEROSO MAS FRACO

No monumental trabalho de WERNER SOMBART, *O apogeu do capitalismo* — que na verdade é o terceiro tomo de sua obra-prima *O capitalismo moderno* — o grande economista alemão afirma que a Inglaterra estava a bem dizer predestinada a ser o berço e o centro do maior desenvolvimento da idéia sindicalista. "Esse desenvolvimento foi completado entre os anos 50 e 80 do século XIX", continua SOMBART, mas, à medida que o sistema econômico progredia, outros países adotavam o modelo sindical, de modo que em 1912 a multidão de operários organizados em sindicato na Europa (inclusive Rússia) e parte da América do Norte atingia a quase 14 milhões. A maioria se concentrava na Alemanha, com 3 milhões e 700 mil, Grã-Bretanha, com 3 milhões e 200 mil, Estados Unidos, com 2 milhões e 500 mil, e França, com 1 milhão de sindicalizados (1). Esses quatro países detinham, portanto, praticamente 10,5 milhões da mão-de-obra associada em sindicatos (1).

Ora, se compararmos essa estatística ao número de trabalhadores sindicalizados no Brasil atualmente, teremos uma surpresa: é que nosso país possui hoje o mesmo número (um pouco maior até) que a Alemanha, a Grã-Bretanha, os Estados Unidos e a França, somados, possuíam em 1912. Em face disso, causa espécie que, enquanto naqueles países de adiantada indústria o sindicato era altamente ativo e obteve vitórias da maior importância contra o capital, as quais depois foram sendo imitadas pelo resto do mundo sob a forma de convenções ou leis trabalhistas, no Brasil o sindicato, forte em número, continua frágil na luta; que a negociação coletiva não se haja desenvolvido; que o governo não leve

(*) Conferência de abertura do 1.º Seminário Amapaense de Direito do Trabalho, promovido pela Junta de Conciliação e Julgamento de Macapá, com apoio do Governo do Território Federal do Amapá e do Tribunal Regional do Trabalho da 8.ª Região.

(**) Professor de sociologia jurídica do mestrado em Direito da Universidade Federal do Pará, juiz togado do TRT - 8.ª Região, mestre em Economia pela Universidade de São Paulo.

(1) Werner Sombart, "L'apogée du capitalisme", trad. franc. de S. Jankélévitch, Payot, Paris, 1932, v. 2, cap. XLIV, págs. 191/192.

a sério os convites que ele mesmo dirige aos trabalhadores para um pacto social, aliás de objeto não esclarecido, preferindo promulgar seqüências de decretos-leis de discutível constitucionalidade, sem consulta às organizações sindicais, apesar de se relacionarem diretamente com o valor real dos salários da classe trabalhadora.

Como se explica esse paradoxo, de um sindicato numeroso, e no entanto relativamente fraco? Como compreender as sedes ricas das confederações em Brasília e a modéstia do trabalho desenvolvido pelas bases? Claro, muitos são os fatores. Não devemos esquecer que o capitalismo, nos países industrialmente avançados, é um sistema de criação autóctone; as instituições desse sistema, como o mercado concorrencial e inclusive o sindicato, foram gestados lá e lá cresceram e se aperfeiçoaram. (Lembremos ainda SOMBART: "...os sindicatos são, com efeito, um produto do espírito capitalista"); a técnica de produção, a tecnologia moderna tipicamente capitalista (com base nas ciências exatas e no exercício continuado da experimentação industrial) é igualmente uma invenção euro-americana. E naturalmente o espírito capitalista, a disposição compulsiva para o ganho, essencial à racionalidade e impessoalidade do sistema, foi engendrado naqueles países. Em suma, os três pilares de qualquer sistema econômico — o espírito, as instituições e a tecnologia — foram todos construídos e montados sem a participação dos países periféricos: quando o trabalhador europeu lutava pela sindicalização num mercado livre, o nosso trabalhador brasileiro ainda sonhava com a libertação da escravatura; quando a indústria dos países capitalistas inventava a técnica da vulcanização da borracha nas fábricas, nós mal descobríamos a canhestra técnica da defumação da borracha crua nas matas da Amazônia.

Muitas vezes estivemos importando as instituições antes de dominarmos a tecnologia correspondente; durante longo tempo, usamos a sociedade anônima quando a administração industrial ou comercial não passara do estágio familiar — o que convertia os estatutos sociais numa farsa; conferimos aos latifúndios ociosos o caráter de propriedade burguesa por imitação da propriedade privada de fábricas tecnicamente avançadas, equiparando terras inativas às máquinas de uma usina poderosa.

2. A ASTÚCIA DO ESTADO

O sindicato no Brasil começou bem, tinha autenticidade. Os primeiros esboços de associativismo profissional ocorreram ainda antes da Lei Áurea de 1888, como registra JOSÉ MARTINS CATHARINO⁽²⁾, e tiveram por palco o meio urbano; é o caso da Imperial Associação Tipográfica Fluminense, de 1858, que dirigiu a greve dos tipógrafos; o da Liga Operária de 1880, etc. É falsa a idéia de que a atividade sindical em nosso país partiu da outorga da legislação trabalhista por Getúlio Vargas. Juristas e sociólogos que procederam à análise cuidadosa do material histórico já desmentiram de todo essa tese forjada nos tempos de pré-guerra. E no entanto é verdade que mal se estava consolidando o movimento sindical brasileiro, eis que o Estado, o grande Leviatã, concebe um sinistro

(2) José Martins Catharino, "Tratado elementar de Direito Sindical", Edições LTr, São Paulo, 2.ª ed., 1982, pág. 44.

plano de cooptação dos trabalhadores, de tal forma que o sindicato se convertesse num instrumento de ação do Estado, em vez de órgão de defesa da classe trabalhadora.

O plano consistiu no seguinte: seria inibida a negociação coletiva entre trabalhadores e patrões, embora se declarasse, para efeito retórico, que a lei valorizaria os contratos coletivos de trabalho. Dois pontos eram importantes nesse processo inibitório: a negociação coletiva deveria ser conduzida na presença de um órgão do Estado, o Ministério do Trabalho; segundo, no caso de falhar a tentativa de negociação, um outro órgão do Estado trataria de evitar mais ainda o desenvolvimento das tensões de uma negociação e sobretudo a greve, exercendo o chamado "poder normativo", quer dizer, a faculdade de impor às partes um contrato que elas não combinaram entre si. A liberdade de mercado, a liberdade de não trabalhar em condições indignas e as demais liberdades reconhecidas nos países capitalistas avançados, aos trabalhadores, essas eram propositadamente postas em segundo plano, a pretexto da defesa da ordem e da paz social.

Além disso, o Estado atraiu as lideranças operárias para o seu programa sinistro, tornando-as cúmplices da violação da liberdade sindical. Fez isso, através da nomeação de representantes operários e patronais para oficiarem como participantes dos atos de uma Justiça especial que exerceria aquele "poder normativo" e julgaria os conflitos individuais de empregados com seus empregadores. O exercício desses cargos de representação passou a ser remunerado pelo Estado, em nível muito superior ao que os representantes operários aspirariam na produção. Depois, uma série de vantagens lhes foram sendo adicionadas: gozo de férias remuneradas de 30 dias quando seus companheiros ainda gozavam somente 20, contagem de tempo de serviço para várias finalidades e, a maior de todas, promissora aposentadoria ao completar cinco anos de exercício na representação, desde que contribuindo para o sistema de previdência há 25 anos.

Mais: o Estado atribuiu ao sindicato uma dignidade paraestatal, a bem dizer, pois o investiu do direito de cobrar imposto em benefício dele, sindicato, embora depois tenha disfarçado o imposto sob o nome de contribuição sindical. Cuidou ainda o Estado de se associar a uma parte do imposto, retendo 20% para uma conta pertencente ao Ministério do Trabalho. Ao mesmo tempo, tratou de proteger o sindicato tão bem criado e educado em seu seio; deu-lhe a exclusividade de representação perpétua da respectiva categoria profissional, instituindo o regime da unicidade. Em compensação, chamou a si o poder de intervir no sindicato pela via administrativa, afastando seus membros e designando diretores; o de indicar estatutos padronizados; o de prescrever o destino dos dinheiros do sindicato e bitolar sua programação; o de regulamentar proibitivamente o direito de greve, e assim sucessivamente.

Agora torna-se mais fácil compreender o paradoxo do sindicato numeroso e contudo fraco. Há, como vimos, causas históricas de natureza cultural, mas há causas políticas atuais, bem presentes, que se resumem na ação envolvente, sedutora e acumplicante de um Estado pouco interessado na real afirmação da classe trabalhadora. Essas causas, em plena atividade hoje, podem sintetizar-se em três itens:

- a violação da liberdade sindical;
- o exercício abusivo do poder normativo da Justiça do Trabalho; e
- a inibição do direito de greve.

Não teremos tempo de abordar os três fatores. Mas o restante deste trabalho será dedicado a examinar como os dois primeiros estão tratados no texto do novo Projeto de Constituição, que vem de ser preparado pela Comissão de Sistematização da Assembléia Constituinte, no princípio do corrente mês (julho de 1987).

3. A LIBERDADE SINDICAL NO PROJETO DE CONSTITUIÇÃO

Primeiramente, recordemos, com o prof. CESARINO JR., que a expressão **liberdade sindical** recobre vários sentidos. "Originariamente, referia-se apenas ao reconhecimento do direito de constituir sindicatos. Atualmente, ora é a liberdade de organizar mais de um sindicato numa mesma base territorial, com inteira capacidade de representação, problema designado **unidade ou pluralidade sindical**; ora é a questão da liberdade de filiação ou não a sindicato, **sindicalização compulsória ou obrigatória**; ora, ainda, é o reconhecimento do direito de plena autodeterminação dos sindicatos, **autonomia sindical**" (3).

O conjunto dessas questões está abordado pelo Projeto de Constituição no título II do texto, intitulado Direitos e Liberdades Fundamentais, dentro do capítulo Dos Direitos Coletivos (n. III). A livre filiação e afastamento de alguém de um sindicato, liberdade sindical individual, não oferece problemas no Projeto (art. 17-IV, letras "a" e "j"). Aliás, nunca tivemos no Brasil a sindicalização compulsória. O problema da autonomia será examinado na seção seguinte desta exposição. Vejamos, pois, a questão da unicidade ou pluralidade sindical, que o Projeto regula no mesmo art. 17, inciso IV, especificamente nas alíneas que passo a destacar:

"Art. 17 — São direitos e liberdades coletivos invioláveis:

I — a reunião.

 II — a associação.

 III — a profissão de culto.

 IV — a sindicalização.

a) É livre a associação profissional ou sindical (...);

 m) se mais de um sindicato pretender representar o mesmo segmento categorial ou a mesma comunidade de interesses profissionais, somente um terá direito à representação perante o Poder Público, conforme a lei;"

O Projeto representa um avanço em relação às primeiras propostas agasalhadas pela Comissão da Ordem Social no anteprojeto de 15.6.87 (arts. 6.º e 7.º), o qual instituía a unicidade absoluta e perpétua do sindicato por categoria e não admitia as comissões de fábrica autônomas, subordinando-as à criação pela entidade sindical. Era o corporativismo triunfante.

(3) A. F. Cesarino Júnior, "Direito Social", Edições LTr/EDUSP, São Paulo, 1980, n. 252, pág. 513.

Boa parte dos dirigentes sindicais se inclinam ao sindicato único-perpétuo porque se habituaram a tirar disso pessoal proveito; um sindicato, só, não tem que fazer prosectismo, não tem que lutar com o de outras orientações ideológicas, não tem que imaginar meios mais aperfeiçoados para conduzir as reivindicações junto aos empregadores e apoiar tecnicamente as negociações coletivas. A rotina e até a inatividade tornam-se mais freqüentes, dada a falta de fiscalização e de competição. São esses antigos beneficiários do sistema corporativo que lutam pela preservação do **status quo**, repudiando a Convenção 87 da Organização Internacional do Trabalho, sem qualquer ressalva.

Durante os debates da Constituição de 1946, perdeu a Nação a oportunidade de livrar-se do sistema de monopólio sindical, adotando uma linha mais democrática. Não o fez, porque os grandes partidos, como a União Democrática Nacional, se allaram aos pequenos, como o próprio Partido Comunista, para evitar a ruptura com o sistema de interesses instalados. Mais de quarenta anos são passados, e o quadro sindical do país continua o mesmo no que se refere à eficácia e à inspiração de confiança às classes trabalhadoras.

Observa-se no mundo capitalista avançado uma tendência à organização de sindicatos únicos. Mas trata-se aí de uma unicidade voluntária, sem obrigatoriedade legal, muitas vezes como resultado de fusão de sindicatos preexistentes. A qualquer momento, a unidade pode ser desfeita, sem objeção legal.

No **Anteprojeto do Código de Trabalho**, EVARISTO DE MORAES FILHO propunha um regime em que a lei deferia a certa associação profissional a condição de sindicato, mas ressaltando que qualquer das demais associações poderia deslocar e substituir o sindicato, se provasse ser mais representativa⁽⁴⁾. Portanto, o grande professor e democrata admitia a unicidade, mas não indisputável. Recentemente, ao participar da Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, sob a presidência do prof. Afonso Arinos, o mesmo EVARISTO assumiu posição ainda mais liberal, pois confiou inteiramente às próprias entidades sindicais escolherem o regime de unicidade ou pluralidade. Isto pode ser conferido no art. 3.º, § 1.º, do articulado do Grupo Temático 9, divulgado em seu livro do final do ano findo, **A ordem social num novo texto constitucional**⁽⁵⁾.

Na obra coletiva que tive a honra de escrever com outros colegas em homenagem ao prof. JOSÉ MARTINS CATHARINO, a qual intitulemos **Sindicalismo**, defendi idéia bem próxima dessa⁽⁶⁾. Tentei aperfeiçoá-la nos debates de um simpósio havido em Belém em outubro do ano passado, ocasião em que sugeri o nome **unicidade relativa** para designar o regime proposto⁽⁷⁾. Pretendo que unicidade relativa seja um sistema que, permitindo o exercício temporário do manda-

(4) Evaristo de Moraes Filho, "Anteprojeto de Código do Trabalho", Depto. de Imprensa Nacional, Rio de Janeiro, 1963, art. 705, parágrafo único.

(5) Evaristo de Moraes Filho, "A ordem social num novo texto constitucional", Editora LTr, São Paulo, 1986.

(6) Roberto A. O. Santos, "Sindicalismo e mudança social: problemas da reorganização do sindicato no Brasil", em ARION SAYÃO ROMITA (org.) e outros, "Sindicalismo", em homenagem ao prof. José Martins Catharino, Editora LTr, São Paulo, 1986, cap. XXIV, págs. 239/263.

(7) Roberto A. O. Santos, "Perfil do sindicato em uma nova Constituição", conferência no IX Encontro de Magistrados Trabalhistas, II de Procuradores do Trabalho e de Juizes de Direito Investidos de Jurisdição Trabalhista da 8. Região, Belém, 17.10.86 (inédito).

to de sindicato por certa associação profissional, possibilite o rodízio com outras, mediante eleição periódica. Um regime como esse pode ser previsto em lei sem nenhuma incompatibilidade lógica com a Convenção 87. O modelo reúne as vantagens da unicidade sem os defeitos da perpetuidade ou os da indisputabilidade. Por outro lado, no que toca ao caso brasileiro, ele constitui fórmula interessante para assegurar uma transição do sindicalismo corporativo que temos, de origem fascista, a um novo sindicalismo democrático, sem maiores riscos. Falo em risco, porque é nas experiências de pluralização desordenada de sindicatos que surge o "sindicato amarelo", que, em vez de servir aos trabalhadores, é às ocultas mantido pelos patrões.

Releiamos a letra "m" do art. 17-IV do Projeto de Constituição: "Se mais de um sindicato pretender representar o mesmo segmento categorial ou a mesma comunidade de interesses profissionais, somente um terá direito a representação perante o Poder Público, conforme a lei". O texto sugere que mais de um sindicato pode disputar a representação da categoria, mas que só um deles a representa perante o Judiciário e outros órgãos do Poder Público. Nos dissídios coletivos, por exemplo, terá que haver somente um representante. Que critério a lei estabelecerá para se determinar esse representante? Número de associados? Tempo de atividade? Maior abrangência territorial? Eleição do sindicato representante por todos os sindicatos concorrentes?

Subentende-se também no Projeto que junto a pessoas de direito privado pode haver mais de uma representação sindical. Imagine-se um empregador tendo que negociar em épocas diferentes com sindicatos diferentes, representativos de frações de seus empregados. A própria legislação norte-americana — Lei Wagner, de 1935, e Lei Taft-Harley, de 1947 — passou a exigir aceitação de uma só entidade sindical para a negociação coletiva em cada "unidade de negociação".

O Projeto está a requerer aperfeiçoamento no que tange à redação, para que, afastado o problema do monopólio sindical perpétuo, não surjam também os inconvenientes e transtornos sociais decorrentes da pluralidade obrigatória. A pluralidade imposta, além de economicamente irracional, gera oportunidade de corrupção mais fácil dos sindicatos pelos patrões, acirra os ânimos entre os trabalhadores que, em vez de lutar unidos contra o capital, passam a lutar entre si, em lutas por vezes sanguinolentas.

A unicidade relativa, a meu ver, não institui monopólio, dada a temporariedade das funções sindicais de cada associação profissional eleita. Sua fórmula pode ser prevista em lei sem que violemos o princípio da liberdade sindical, porque não individua ou perpetua determinado sindicato com a coroa do monopólio (8).

(8) Argumentar-se-á com o Verbetes n. 224 do Comitê de Liberdade Sindical. De fato, diz o Verbetes: "Apesar de que os trabalhadores podem ter interesse em evitar que se multipliquem as organizações sindicais, a unidade do movimento sindical não deve ser imposta, mediante intervenção do Estado por via legislativa, pois essa intervenção é contrária ao princípio incorporado nos arts. 2.º e 11 da Convenção 87" (apud ARNALDO LOPES SÜSSEKIND, "Os direitos sindicais nos tratados internacionais", na *Revista LTr*, vol. 51, n. 3, março de 1987, pág. 363). Parece-nos claro, no entanto, que a "unidade" a que se refere o Verbetes é a permanente e indisputável investidura de um ente só, que admite apenas mudança de pessoas nos cargos, mas não a cessação da capacidade representativa do órgão.

Se, porém, não adotarmos a unicidade relativa por via legal, pelo menos evitemos a pluralidade obrigatória instituída pelo dispositivo do Projeto que vimos de reler.

4. O PROJETO E A AUTONOMIA SINDICAL

A dimensão da liberdade sindical chamada autonomia pode definir-se como o direito que tem o sindicato de dirigir a si mesmo. Em toda sociedade complexa, reconhece-se à pessoa humana o direito fundamental de constituir associações pacíficas, destinadas à realização dos variados objetivos da humanidade. Por isso mesmo, a concepção do sindicato como ser autônomo lança raízes no direito fundamental do homem a associar-se. É estranha ao regime democrático a idéia de um sindicato havido como ente público, paraestatal ou autárquico. A verdadeira natureza jurídica do sindicato é a de associação; não estivéssemos avançando da velha divisão dicotômica entre direito privado e direito público para a estruturação de um possível *tertium genus*, como quer o prof. CESARINO Jr. e o queria com fervor o saudoso jurista mexicano MARIO DE LA CUEVA, e diríamos com tranquilidade que o sindicato é simplesmente um ente de direito privado (9).

Numa época em que a avidez de poder do Estado cresceu tanto, é natural que os maiores cuidados com a autonomia sindical se refiram à não-ingerência do poder público na vida normal do sindicato. Claro que ela abrange a não-interferência de outras organizações, como a influência patronal, a influência de partidos políticos, etc. Mas, na Itália e outros países que se libertaram do fascismo e corporativismo sindical, observa-se grande insistência na autonomia perante o Estado.

Nosso Projeto de Constituição considera o problema da não-ingerência antes da fundação da entidade e após a fundação dela. Quanto ao período da pré-fundação, o artigo 17, inciso IV, letra "b", declara que "a lei não poderá exigir autorização do Estado para a fundação de sindicato". Esse dispositivo se combina com o da letra "c": "É vedada ao Poder Público qualquer interferência na organização sindical". Significa isto que ficarão interditas as cartas sindicais, os enquadramentos prévios de sindicatos e de categorias, os estatutos-padrão e outras modalidades de ingerência.

Após a fundação, permanece vedada a interferência no funcionamento do sindicato. Isso decorre do próprio art. 17-IV-c, como do inciso II, letra "c" do mesmo artigo, que estatui para as associações em geral: "É vedada a interferência do Estado no funcionamento das associações". Importante também a inviolabilidade de sede da associação, em moldes análogos ao da inviolabilidade do domicílio do cidadão, que consta do art. 17-II-g. Essas vedações, se prevalecerem, invalidarão desde logo, por incompatibilidade absoluta, o art. 528 da Consolidação das Leis do Trabalho, que outorga ao Ministro do Trabalho o poder de intervir nos sindicatos através de delegado ou junta interventora — preceito agravado com a redação dada pelo Decreto-lei n. 3, de 1966, editado pelo regime militar a pretexto

(9) O Direito está agora descobrindo que nem todo o coletivo é estatal; que a esfera pública do poder facilmente abusa do coletivo e o invade para absorvê-lo, destruindo o que há nele de originariamente humano e pessoal. Os sindicatos representam, sim, interesses coletivos — coletivos porque difusos, redistribuídos a multidões de pessoas humanas, cada uma delas destinatária dos benefícios da ação sindical; coletivos, mas não estatais; públicos em certo sentido, porque pertinentes a muitos, mas não porque atribuídos a qualquer esfera ou divisão do Estado.

de resguardo da segurança nacional, à sombra do qual tantos excessos políticos e restrições sociais foram cometidos em nosso país.

A letra "d" do art. 17-II estabelece que as associações não podem ser dissolvidas nem suspensas a não ser por decisão judicial. No que concerne aos sindicatos, a regra confere com a Convenção 87 da OIT, que não permite a intervenção nos sindicatos por via administrativa. Há, contudo, um excesso de liberalismo na proposta, na medida em que exige, além da decisão judicial, o trânsito em julgado desta. Ora, pode haver casos de manifesta urgência, a aconselhar medidas cautelares de pronta eficácia e cuja execução não deve depender da irrecorribilidade da decisão. Se uma associação estiver sendo desviada para fins antidemocráticos, passando por exemplo a reunir-se com armas, é evidente que *está ameaçado o interesse público* — "público" tomado aqui no sentido clássico da expressão, o de interesse de todos; em tal hipótese, a ação do Estado, por intermédio de um dos órgãos da soberania, é inteiramente justificável, não podendo prevalecer o interesse particular.

Ocupa função saliente no problema da autonomia a nova disciplina da contribuição financeira para o sindicato. Na proposta da Comissão Afonso Arinos, caberia à assembléia geral do sindicato *"deliberar sobre a sua constituição, organização, contribuição financeira e eleições para os órgãos diretivos e de representação"* (§ 1.º do 344). No atual Projeto, a redação é parecida, no sentido de que deixa de ser a lei quem estabelece a contribuição sindical, ficando esse poder transferido à assembléia geral; porém, há no texto uma palavra que o torna antagônico em face do modelo geral de liberdade sindical; eis o que diz a letra "g" do art. 17-II: "A assembléia geral é o órgão deliberativo (...), competindo-lhe deliberar sobre a constituição, organização, dissolução, eleições para os órgãos diretivos e de representação; aprovar o seu estatuto; e **fixar a contribuição da categoria**, que deverá ser descontada em folha, para custeio das atividades da entidade". Vê-se que a assembléia passa a deter o poder que a lei detinha, de fixar a contribuição de toda a categoria, e não apenas a dos associados.

Ora, o Direito Internacional do Trabalho já incorporou o princípio de que o sindicato não pode impor contribuições aos trabalhadores de toda a categoria. O Comitê de Liberdade Sindical da OIT assim se pronunciou no Verbete n. 227: "A faculdade de impor obrigatoriamente a todos os trabalhadores da categoria profissional interessada o pagamento de contribuição ao único sindicato (...) não é compatível com o princípio de que os trabalhadores devem ter o direito de filiar-se às organizações que estimem convenientes. Em tais circunstâncias, a obrigação legal de pagar cotizações ao monopólio sindical, estejam ou não os trabalhadores filiados a ele, representa uma nova consagração e consolidação do dito monopólio" (10).

O que a OIT tem admitido, como nota ARNALDO SÜSSEKIND em um de seus últimos trabalhos sobre o assunto, "é a estipulação de uma **quota de solidariedade na convenção coletiva por ele (sindicato) ajustada, a ser paga exclusivamente pelos não associados, como condição para que a estes se estendam as vantagens estabelecidas no instrumento de negociação** (cf. Verbete n. 324, etc.)" (11).

(10) Apud Sússekind, obr. e loc. citis.

(11) Id., ibid.

Constitui um direito básico do trabalhador assalariado o de dispor livremente do seu salário. Da forma que está, o Projeto atual investe contra esse direito, substituindo o velho autoritarismo sindical imposto por lei por um autoritarismo financeiro imposto pela assembléia geral dos sindicatos. Aliás, o disposto nessa alínea "g" do Projeto está em conflito com a regra geral admitida para as associações, proibindo descontar da folha de remuneração do associado contribuições não autorizadas por ele em instrumento escrito (art. 17-II-f).

5. EXERCÍCIO ABUSIVO DO PODER NORMATIVO DA JUSTIÇA

Dispõe o art. 17-IV, letra "p", do Projeto: "A Justiça do Trabalho poderá estabelecer normas e as entidades sindicais poderão celebrar acordos sobre tudo que não contravenha às disposições e normas de proteção ao trabalho". Se isolarmos a referência à Justiça do Trabalho, entenderemos bem que se trata de confirmar o poder normativo que ela hoje detém, isto é, a faculdade de ditar sentenças que se apliquem a categorias de contratantes, em vez de a estes ou aqueles indivíduos em particular; normas não para dizer um direito individual já existente, mas para criar um direito que passa a existir.

O dispositivo deve ser combinado aos três parágrafos do art. 218 do Projeto:

"Art. 218

§ 1.º — Havendo impasse nos dissídios coletivos, as partes poderão eleger a Justiça do Trabalho como árbitro.

§ 2.º — Recusando-se o empregador à negociação ou à arbitragem, é facultado ao sindicato de trabalhadores ajuizar o processo de dissídio coletivo, podendo a Justiça do Trabalho estabelecer normas e condições, respeitadas as disposições convencionais e legais mínimas de proteção ao trabalho.

§ 3.º — A lei especificará as hipóteses em que os dissídios coletivos, esgotadas as possibilidades de sua solução por negociação, serão submetidos à apreciação da Justiça do Trabalho, ficando de logo estabelecido que as decisões desta poderão estabelecer normas e condições de trabalho e que delas só caberá recurso de embargos para o mesmo órgão prolator da sentença."

Em resumo, a proposta parece poder traduzir-se assim: quando patrões e empregados estiverem envolvidos numa disputa coletiva real, poderão recorrer a um árbitro particular, escolhido de comum acordo, ou poderão, também de comum acordo, pedir que a Justiça do Trabalho lhes arbitre a contenda. O sindicato dos trabalhadores pode ajuizar dissídio coletivo na Justiça do Trabalho, se o empregador se negar à negociação ou à arbitragem, mas além dessas hipóteses a lei especificará outras em que um dissídio coletivo pode ser ajuizado — não só pela categoria profissional, mas também pela patronal (está subentendido a categoria patronal, até porque uma Constituição com pretensões democráticas não vai fechar a via judicial a uma das partes interessadas). A Justiça do Trabalho fica autorizada a usar o poder normativo em todos esses casos, isto é, a estatuir normas e condições de trabalho que se imporão aos contratos de emprego. Final-

mente, a decisão em dissídio coletivo não comporta recurso, salvo para o mesmo tribunal, em grau de embargos.

Comentemos. Qual tem sido, na prática, o resultado social de se atribuir poder normativo a órgãos judiciais? Já antecipamos parte da resposta na seção 2. Entretanto, do exame de certos pressupostos lógicos do exercício equilibrado de um poder normativo podem surgir novas hipóteses esclarecedoras.

Primeiramente, o poder normativo não deve desestimular a negociação coletiva, mas ao contrário apoiá-la. No Brasil, porém, a quantidade de dissídios coletivos, em comparação com o registro de convenções coletivas, leva a supor que a negociação não é encarada como o procedimento principal, e sim como formalidade incômoda, que a lei obriga a cumprir antes da propositura do dissídio. Os Tribunais não costumam criar direitos muito além do mínimo deferido pela lei, e, quando o fazem, sua sentença normativa está sujeita a recurso, geralmente com prévia suspensão da eficácia do julgado (§ 1.º do art. 6.º da Lei 4.725, de 13.7.65), o qual quase sempre só vem a ser apreciado depois do prazo de vigência previsto na decisão. Destarte, é plausível presumir que os patrões preferem a disputa judiciária a uma discussão a sério em mesa de negociação.

Quando digo que os Tribunais não criam direitos com largueza em favor dos trabalhadores, não desejo significar que devessem fazê-lo necessariamente. Desejo é assinalar que, consoante me têm relatado vários colegas magistrados, o juiz do Tribunal em regra não se sente seguro para resolver sobre todas as normas importantes de um dissídio que vai abranger extensas categorias profissionais e patronais. O procedimento de dissídio coletivo consiste em verdade numa arbitragem econômica, já que não se trata ordinariamente de debate sobre interpretação de lei. Ora, as arbitragens econômicas fazem apelo à pesquisa técnica sobre receitas das empresas, custos de produção, taxa de lucro sobre o custo, repartição do lucro entre rendimentos do capital, impostos do governo e salários dos trabalhadores, além do levantamento de uma série de condições específicas relativas a determinadas cláusulas — dados esses que preferentemente devem ser reais, isto é, registrados pelo menos em contabilidade e colhidos em inspeções nos locais de trabalho, de acordo com amostragem estatística corretamente conduzida junto a empresas selecionadas. Os resultados de pesquisa desse tipo estrutural permitem estabelecer laudos ou sentenças cujas cláusulas básicas *podem durar anos a fio, carecendo apenas de atualizações periódicas relativamente pouco importantes e bem mais fáceis de negociar no futuro*. Técnicas dessa natureza não são empregadas pela Justiça do Trabalho brasileira — salvo uma ou outra exceção, através de perícia judicial. De modo que o juiz de tribunal se vê muitas vezes estrangido a decidir sem bases informativas suficientes. O julgamento por arbitragem é no fundo um juízo de equidade, um juízo livre da obediência a preceitos de lei ordinária, salvo aqueles que constituem um mínimo de proteção. Mas, exercido sem o suporte técnico necessário, cai com facilidade no domínio do simples palpite econômico e do subjetivismo.

Por outro lado, a legislação salarial consagrou regras de anualidade para o aumento salarial, o que induz a propositura de dissídios de uma mesma categoria profissional todos os anos, e nessa ocasião voltam a ser objeto de debate todas as cláusulas estruturais da sentença anterior; daí resulta o exame anual, pelos

tribunais, de condições já examinadas e discutidas inúmeras vezes em anos anteriores; ao passo que através da negociação as partes poderiam estabelecer vigência maior para cláusulas estruturais (não-conjunturais) até mesmo por tempo indeterminado, em vez da incompreensível limitação de prazo a que a lei subordina as convenções coletivas (dois anos, cf. § 3.º do art. 614 da CLT).

Desses dois problemas, a impossibilidade da pesquisa técnica e a repetitividade anual da maioria dos dissídios para as mesmas categorias profissionais, surge um fator de séria inconveniência pública e social no Judiciário Trabalhista, que é a tendência à burocratização dos dissídios coletivos, o inimigo número um dos julgamentos de equidade.

Um dos aspectos dessa tendência reside na generalidade notória das cláusulas das sentenças normativas no Brasil, as quais, por exemplo, de ordinário são impostas indiferenciadamente a todas as empresas, qualquer que seja o seu porte. Prescrevem-se, *verbi gratia*, para o motorista de uma pequena casa de saúde filantrópica, as mesmas condições e benefícios do motorista de um truste financeiro transnacional ou de um mamute produtor de cigarros. Dessa forma, ou se sacrificam as pequenas empresas ou se favorecem largamente as grandes.

Constatação independente de pesquisa especial é a de que há tribunais que apreciam a questão da legalidade de greve antes de conhecerem as propostas de negociação dos trabalhadores, ou, em todo caso, antes de lhes apreciarem o mérito em processo de dissídio devidamente instruído⁽¹²⁾. O caráter de urgência com que as decisões são tomadas nesses casos permite associar essa conduta judiciária — cuja legalidade está longe de ser pacífica, aliás — a um exercício intimidante do poder normativo da Justiça do Trabalho. Ela é claramente dissuasiva e preventiva quanto à deflagração de greves e, portanto, cria na classe trabalhadora uma imagem de que seu mais forte recurso de luta não pode ser invocado como instrumento de barganha. O vigor da imagem auto-desestimulante é tanto maior, porque subsiste na lei ordinária a estranhíssima regra da instauração *ex officio* da instância pelo próprio presidente do Tribunal na hipótese de greve (art. 856 da CLT), regra que confirma a convergência geral do sistema legal e judicial contra a efetividade da negociação coletiva.

O texto do Projeto de Constituição não resolve esses problemas. É verdade que a maioria deles referem-se à matéria solucionável por lei ordinária, mas seria politicamente importante que a Constituição estatuisse algumas regras indicadoras, diretrizes liberalizantes que prevenissem essa desastrosa ação inibidora do poder normativo da Justiça do Trabalho sobre o potencial de negociação das partes.

Sem dúvida, devemos reconhecer que o poder normativo continua a ser útil para zonas do país onde a negociação coletiva se ache ainda muito atrasada, por condições próprias das partes. Aí, ele deve funcionar provisoriamente como um apoio à fragilidade institucional do sindicalismo local. O seu sentido geral, con-

(12) O enunciado 189 da Súmula de Jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho estabeleceu a competência da Justiça Trabalhista para declarar a legalidade ou ilegalidade de greve. Mas, *data venia*, o problema não está nas regras de competência, e sim num juízo de oportunidade. Além disso, subsiste o problema formal de a declaração judicial ser emitida freqüentemente sem análise de mérito, devidamente instruída, das propostas que os litigantes se fazem ou impugnam reciprocamente.

tudo, há de ser ordinariamente o exercício de uma ação subsidiária da atividade privada, e não substitutiva e muito menos intimidadora.

6. COMISSÕES DE EMPRESA, A NOVIDADE

O grande marco do Projeto me parece ser a autorização para a livre criação de comissões de empresa. Estatui a alínea "d" do inciso IV do art. 17 que a criação delas pode fazer-se independentemente de filiação sindical, "garantida aos seus integrantes a mesma proteção legal dispensada aos dirigentes sindicais".

Por uma série de razões de natureza econômica, técnica, política e mesmo demográfica, o sindicalismo vem passando, nos países industrialmente adiantados, por profundas mudanças. Ele ali perdeu seu ímpeto revolucionário, e às vezes até o ânimo reivindicatório cede lugar à acomodação. Ouçamos o testemunho do jurista sevilhano ANTONIO OJEDA AVILÉS na mais recente edição de seu **Derecho Sindical**: "Com o passar do tempo, os sindicatos perderam sua auréola mágica, incorrendo em alguns inconvenientes cuja acumulação propiciou a ascensão de outros sujeitos coletivos". Tais inconvenientes, OJEDA AVILÉS os resume no baixo número de filiados, na concorrência de muitos sindicatos por categoria, na burocratização dos órgãos sindicais, que "coloca entre a classe trabalhadora e seus interesses um corpo opaco que interfere com a própria motivação dela", e finalmente a centralização ou "cupulismo" das decisões, que, declara OJEDA, "subtrai ao operário comum o sentido de sua liberdade e transforma em relação hierárquica o que era de início uma relação de mandato". Por tudo isto, continua, OJEDA, "a época dourada do sindicalismo europeu termina em 1968/69 (...) e os conselhos de fábrica, os delegados de fábrica e as assembléias de fábrica se potenciam desde então..." (13).

Em Portugal, o papel das comissões de fábrica ou comissões de empresas, ali chamadas comissões de trabalhadores, foi de suma importância para a fase de "reordenamento sindical" que se seguiu à queda do fascismo entre 1974 e 1975 (14). De maneira que o Projeto de Constituição do Brasil acertou passo com a tendência verificada em outros países, abrindo espaço para novas combinações e intercombinações de entidades representativas, envolvendo inclusive as mais próximas das bases e mais sensíveis à opinião comum dos companheiros de trabalho.

7. CONCLUSÃO

Que impressão final reter do quadro que vem de ser esboçado sobre o Projeto e o futuro da vida sindical em nosso país? Se o Projeto vier a ser aprovado, creio que se justifica um moderado otimismo. Ninguém pode prever todas as *conseqüências relevantes que advirão. Mas a dose maior de liberdade conferida pelo Projeto aos trabalhadores para se organizarem em sindicatos e comissões de empresa certamente encerra promessas de realização muito superiores ao que já pudemos conseguir em nossa história social. Resta saber se a Justiça do Trabalho poderá contar, finalmente, com uma lei orgânica que a ajuste ao nosso regime de liberdade sindical e da prevalência da negociação coletiva.*

(13) Antonio Ojeda Avilés, "Derecho Sindical", Editorial Tecnos, Madrid, 3.ª ed., 1986, cap. 5, pág. 104.

(14) Antonio de Lemos Monteiro Fernandes, "Noções fundamentais de Direito do Trabalho", Almedina, Coimbra, 2a. ed., 1983, v. 2, págs. 95/96.

OS REPRESENTANTES CLASSISTAS NO PROCESSO TRABALHISTA

Octavio Bueno Magano (*)

1. Tanto os dissídios individuais quanto os coletivos são, no Brasil, da competência da Justiça do Trabalho, cuja composição tem de obedecer ao princípio da paridade, por força do disposto expressamente no § 4.º, do artigo 141, da Constituição vigente.

Contudo, a prevalência de tal princípio nunca se aceitou "sans larmes", merecendo ser aqui lembrada a controvérsia que, na década de 30, se travou, sobre o assunto, entre Waldemar Ferreira e Oliveira Vianna, o primeiro preconizando a consagração do juiz singular em primeira instância⁽¹⁾ e o segundo a adoção do critério da paridade (representação classista), assim na primeira como nas instâncias superiores⁽²⁾.

Na verdade, as opções, sobre o assunto, são mais amplas, assim se particularizando:

- a) juízes classistas em todas as instâncias da Justiça do Trabalho;
- b) juízes classistas apenas em primeira instância;
- c) juiz singular em primeira instância e adoção do critério da paridade nas instâncias superiores;
- d) extinção da Justiça do Trabalho e transferência das matérias de sua competência para a Justiça Comum;
- e) permanência da Justiça do Trabalho, sem juízes classistas e sem poder normativo.

2. A primeira opção corresponde à manutenção do "status quo" e vem sendo defendida, sob o fundamento de que a Justiça do Trabalho, tal como atualmente estruturada, exterioriza experiência bem sucedida.

O mais credenciado adepto dessa diretriz é Wilson de Souza Campos Batalha, que, para a justificar, alinhou os seguintes argumentos:

- "a manutenção da representação paritária na Justiça do Trabalho é indispensável porque a sua atividade não se pauta por critérios exclusivamente jurídicos, já que no julgamento dos dissídios coletivos prevalecem critérios profissionais, econômicos, de oportunidade, de conveniência, de possibilidade;

(*) Professor Titular de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

(1) Princípios de Legislação Social e Direito Judiciário do Trabalho, S. Paulo, São Paulo Editora Ltda., v. I, págs. 183, 224, 224/229.

(2) Problemas do Direito Corporativo, RJ, José Olympio, pág. 218.

- a parcialidade dos juízes representantes classistas é meramente pressuposta e não corresponde à realidade;
- não é possível que um órgão trabalhista encarregado de dirimir dissídios não apenas individuais mas também coletivos ou de interesses grupais seja constituído com exclusividade por juízes de carreira, alheios à vivência das profissões e das atividades econômicas;
- se os juízes togados são assessorados por bacharéis em Direito, os representantes classistas também o são, o que supre qualquer objeção relativa à falta de especialização jurídica dos últimos;
- o argumento de que os representantes classistas não podem ser enciclopédicos de molde a conhecer todos os problemas dos diversos ramos de atividade econômica, constitui mero paralogismo porque para ser representante classista não é necessário o conhecimento técnico dos problemas de produção e distribuição, mas sim o conhecimento das aspirações, dos anseios, das pretensões e das possibilidades das categorias econômicas e profissionais." (3)

Quem, com maior denodo, se posicionou contrariamente à diretriz em foco foi Arion Sayão Romita, de cujo estudo destacamos a seguinte passagem:

"Se os vogais, nas Juntas nada fazem (além de apregoarem as partes e testemunhas, fazerem cálculo de custas, nos processos em pauta) nos Tribunais Regionais e no Tribunal Superior (há exceções que apenas confirmam a regra), a função dos representantes classistas, atuando em paridade de condições com os juízes alheios aos interesses profissionais, inclusive nos processos de execução, como relatores, revisores e amplo direito a voto — mostra-se descompassada com a realidade dos tempos atuais. Inteiramente injustificável é a presença dos classistas, pois, na composição dos órgãos da Justiça do Trabalho; inútil, quase sempre; perniciosa, muitas vezes; valiosa jamais." (4)

As razões de Romita muito contribuem para o desfazimento daquelas invocadas por Batalha para defender a manutenção do princípio da paridade.

Ao contrário do que sustenta o último autor citado, a atividade dos classistas deve pautar-se por critérios predominantemente jurídicos, mesmo no julgamento de dissídios coletivos. Como demonstrou Pedro Vidal Neto, com a proficiência que lhe é habitual, "o poder normativo dos tribunais do trabalho, na composição dos conflitos de trabalho de natureza econômica tem a mesma natureza do poder normativo que se exprime na composição de conflitos jurídicos. Desenvolve-se nos quadros do ordenamento público e destina-se à atuação do direito objetivo..." (5) Os critérios profissionais, econômicos, de oportunidade, de conveniência, de possibilidade, a que se refere Batalha, atuam, sem dúvida, no julgamento dos dissídios de natureza econômica, mas dentro dos parâmetros do direito objetivo, cuja aplicação constitui o momento culminante da atividade jurisdicional.

(3) Batalha, Wilson de Souza Campos, *A Representação Paritária nos Tribunais do Trabalho perante a Futura Constituição*, In *Rev. Direito do Trabalho*, n. 62, Ano 11, julho/agosto/86, págs. 5/14.

(4) *A necessidade de supressão da representação classista na Justiça do Trabalho*, In *Rev. Direito do Trabalho*, SP, n. 58, novembro/dezembro/85, pág. 48.

(5) *Do Poder Normativo da Justiça do Trabalho*, S. Paulo, s.c.e., 1982, pág. 160.

Negar a parcialidade do Juiz Classista é deixar de considerar a própria maneira através da qual é ele recrutado, ou seja, como representante da categoria profissional ou econômica a que pertence.

Afirmar que os Juizes classistas, ao contrário dos togados, têm conhecimento das questões fáticas a serem decididas não passa de ficção, pois que tais conhecimentos são limitados aos assuntos próprios de sua categoria e não aos das demais, que também devem ser apreciados. Como diz Salete Maria Polita Maccaloz, "na função de julgador terá (o juiz classista) que examinar questões de todas as categorias, momento em que os seus conhecimentos empíricos já passam a ser deficientes." (6) Exatamente por esse motivo já se chegou a aventar a substituição dos Juizes leigos por advogados que seriam eleitos por um colégio eleitoral sindical autônomo. (7)

O assessoramento de Juizes Classistas por bacharéis mitiga, sem dúvida, o destrambelho de se confiar a Juizes leigos o julgamento de intrincadas questões jurídicas, mas não o elide, primeiro porque o benefício não se estende à grande maioria dos Juizes de primeira Instância, segundo porque se trata de mero assessoramento e não de poderes decisórios.

A idéia de que o Juiz classista não precisa conhecer as peculiaridades das diversas profissões ou atividades econômicas, devendo apenas ter sensibilidade para as suas aspirações, pretensões e possibilidades, é desconcertante porque resulta na apologia do juiz tendencioso.

3. A segunda opção, isto é, a que prevê a presença de juizes classistas exclusivamente nos órgãos de primeira instância da Justiça do Trabalho, foi adotada pela Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, mediante a seguinte justificativa do autor da proposta, o eminente jurista, Evaristo de Moraes Filho:

"...justifiquei também, com a melhor doutrina, a extinção do vocalato leigo nas instâncias superiores da Justiça do Trabalho, mantendo-o somente na primeira instância, pelo que possa significar de útil e aconselhável a presença de vogais classistas nas Juntas, principalmente pela obrigatoriedade, em duas oportunidades, de procurar o Tribunal obter a conciliação entre as partes. Para essa matéria de fato — humana, psicológica e social — é de conveniência a presença de representantes de empregados e empregadores." (8)

Sucedo que, perante os órgãos de primeira instância, da Justiça do Trabalho, as questões emergentes devem ser necessariamente decididas em conformidade com o direito vigente, a cujo trato não estão, via de regra, afeitos os juizes classistas. Por isso, dizia Waldemar Ferreira: "Ou se nomeará um Juiz singular, que poderá, até, ser o juiz de direito da Comarca; ou a Justiça do Trabalho faltará à alta missão que lhe incumbe e em que residem tantas esperanças." (9)

Realmente se houvesse de ser mantido algum traço do vocalato na Justiça do Trabalho melhor fora que isso ocorrera perante os tribunais regionais do tra-

(6) Representação Classista na Justiça do Trabalho, Rio de Janeiro, Forense, 1984, pág. 113.

(7) Jornal do Advogado, Ano XIII, n. 139, São Paulo, Março/1987, pág. 18.

(8) A Ordem Social num novo Texto Constitucional, LTr, 1986, pág. 123.

(9) Ob. cit., vol. I, pág. 183.

balho e o Tribunal Superior do Trabalho, onde se julgam dissídios coletivos. Vale a pena reproduzir aqui, o que, sobre o assunto, escreveu Oliveira Vianna:

"Justamente para resolvê-los (os dissídios coletivos) é que se constituiu uma organização toda especial, formada de modo diferente da Justiça ordinária e jogando com critérios de informação e julgamento inteiramente distintos dos critérios tradicionais dos juizes do direito comum. Se as questões levantadas entre os empregados e seus empregadores, se os conflitos coletivos que estas questões suscitam, greves e "lock-outs", fossem unicamente de natureza jurídica, não haveria necessidade de se instituir uma justiça própria e específica, a que foi dado o nome de Justiça do Trabalho; basta estender a esses conflitos a competência da Justiça comum." (10)

E mais adiante:

"O campo de ação e de competência da Justiça do Trabalho e dos seus tribunais especializados, foi, em todos os tempos, o dos conflitos coletivos de natureza econômica." (11)

4. A terceira opção, a saber, juiz singular em primeira instância e adoção do critério da paridade nas instâncias superiores repousa na idéia de que o Juiz singular tem condições de atuar com maior eficácia e rapidez do que o colegiado. Na Itália, antes da reforma introduzida pela Lei 533, de 11 de agosto de 1973, apresentou-se ao legislador italiano a alternativa ou de transformar o juízo trabalhista em órgão paritário ou de criar comissões mistas incumbidas de promover conciliações em dissídios trabalhistas. Prevaleceu a segunda hipótese, entre outras razões, porque se entendeu que o juízo trabalhista de primeira instância deveria ser singular e isto "dato dalla esigenza di una maggiore speditezza em concentrazione del procedimento." (12)

A idéia de que o juízo trabalhista deve ser um órgão singular estava igualmente presente na mente do legislador brasileiro ao instituir a Justiça do Trabalho. Era tida, aliás, como solução ideal e só não foi adotada por razões políticas. Isto é o que se depreende da leitura do relatório da comissão elaboradora do projeto de criação da instituição neste tópico: "O ideal para o nosso povo seria organizarmos a Justiça do Trabalho sobre as bases de uma verdadeira magistratura — a magistratura do trabalho, funcionando ao lado dos tribunais ordinários, com os mesmos predicamentos destes e tendo os seus juizes as mesmas garantias dos juizes comuns." (13)

A atuação de juizes classistas, nas instâncias superiores (TRTs e TST), desde que circunscrita ao julgamento de dissídios coletivos de natureza econômica é mais plausível do que nos juizes de primeira instância, porque, nos dissídios individuais, o entrelaçamento da "quaestio facti" e da "quaestio juris" é muito mais cerrado do que nos dissídios coletivos de natureza econômica. (14)

(10) Ob. cit., pág. 104.

(11) Idem, pág. 105.

(12) Denti, Vittorio e Simoneschi, Guglielmo, "Il nuovo processo del lavoro", Milano, Giuffrè, 1974, pág. 78.

(13) Oliveira Vianna, ob. cit., pág. 218.

(14) Idem, pág. 101.

5. A quarta opção baseia-se no entendimento de que a Justiça do Trabalho constitui produto de organização corporativista incompatível com os pressupostos de uma democracia pluralista. Com efeito, visando o corporativismo à superação da luta de classes, pela subordinação dos interesses de empregados e de empregadores aos superiores interesses da nação, mostra-se, por isso mesmo, incompatível com a autonomia dos grupos econômicos e profissionais e com os seus principais consectários: a greve e o "lock-out". Considerando tais práticas como recursos anti-sociais, o corporativismo as proíbe e para compensar tal proibição institui a Justiça do Trabalho dotada de poder normativo. Já a democracia pluralista baseia-se na crença de que tanto indivíduos como grupos, e, notadamente grupos profissionais, devem ter liberdade de promover e defender os respectivos interesses, o que implica o reconhecimento da licitude da greve e do "lock-out", condicionados apenas à salvaguarda das necessidades essenciais da coletividade. Na perspectiva da democracia pluralista, impõe-se a substituição do poder normativo da Justiça do Trabalho pela prática da negociação coletiva. Sem poder normativo e sem a participação dos juízes classistas em sua composição, perde a Justiça do Trabalho a sua própria razão de ser,⁽¹⁵⁾ o que significa a sua extinção. As questões trabalhistas devem passar, em consequência, à competência de varas especializadas da Justiça comum dos Estados.

Contra essa solução, duas objeções se podem suscitar: a primeira é a de que as questões trabalhistas encontram-se estreitamente ligadas à política sócio-econômica da União, o que recomenda sejam dirimidas por juízes federais; a segunda deriva da constatação de que o aparato da Justiça do Trabalho já existe em todos os Estados da Federação, não havendo razão nenhuma para ser desmantelado.

6. A última opção parece ser a mais desejável: permanência da Justiça do Trabalho, sem poder normativo e sem juízes classistas em sua composição. Essa solução não atenta contra o ideal democrático de autonomia dos grupos profissionais e econômicos e, por outro lado, preserva o aparato de uma organização já existente, em todos os Estados da Federação. A parte mais rica desse aparato são os ilustres magistrados que a integram, cujo cabedal de conhecimentos especializados e cuja inclinação para o trato de questões sociais constituem valores que melhor se preservam se não dispersados em outros órgãos judiciários, de variada competência, mas antes concentrados num corpo único, com competência exclusiva para processar e julgar questões trabalhistas. Com essa solução, atende-se, ademais, a um dos imperativos de nossa época, que é o da especialização.⁽¹⁶⁾

(15) "Pode-se mesmo declarar que (...) sem poder normativo a Justiça do Trabalho perderia totalmente o sentido." (Batalha, ob. cit., pág. 10).

(16) Valladão, Haroldo, A reforma do poder judiciário, LTr, S. Paulo, 39/877.

TEMAS DIVERSOS

TENDÊNCIAS ATUAIS DO DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO (*)

Coqueijo Costa (**)

1. No sentido etimológico ou gramatical, processo é uma série de atos ou acontecimentos que se substituem uns aos outros. Em sentido jurídico, é uma sucessão de atos jurídicos mediante o qual se pretende a atuação do direito objetivo com atribuição tutelar instrumental a um órgão do Estado.

Na doutrina, há várias definições para o direito processual, mas, em última análise, ele é o conjunto de normas que têm por objeto o processo ou que recaem sobre o mesmo. É um direito para o direito (CARNELUTTI).

Existe, mesmo, um direito processual constitucional, embora a tendência seja considerá-lo não distinto do direito processual geral. O que ocorre é uma "refração no âmbito constitucional dos princípios gerais de processo" (CANOTILHO E MOREIRA, "Constituição da República Portuguesa Anotada", 2.ª edição, 2.º volume, 1985, p. 493, Coimbra).

Cada ramo autônomo do direito substantivo leva anexa a correlativa ramificação do direito processual: este dita normas para aplicação de tais direitos substantivos.

Todo direito processual é direito público, pois regula a função básica do Estado, que é administrar justiça. Por isso, as normas de processo são de direito necessário, incidindo à revelia da vontade das partes e obrigando aos tribunais que as aplicam pelo princípio da vinculação à própria lei dos órgãos que exercem a função soberana estatal.

Demonstra a autonomia do direito processual frente ao direito privado o fundamento objetivo do processo, que é a tutela ou atuação do direito subjetivo. Existe às vezes processo sem direito subjetivo e no entanto aquele cumpre perfeitamente sua finalidade.

Modernamente, o processo tem um fundamento objetivo: a tutela ou atuação do direito objetivo.

2. E quais são as perspectivas de futuro do direito processual?

No momento presente, o direito processual centra o objeto de seu estudo no processo, por isso, a jurisdição, como potestade, e os tribunais, como organização, têm de ser enfocados em relação ao processo.

(*) Conferência pronunciada no Congresso Internacional de Direito do Trabalho, Fortaleza, CE, em 11.03.87.

(**) Ministro Togado do TST, Professor Universitário, Membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas e Juiz do Tribunal Administrativo da OEA.

No porvir, para AROCA, a valoração que se vem fazendo da instituição do processo passará a planos inferiores. Assim como da prática forense passou-se aos procedimentos judiciais e destes ao direito processual, do direito processual caminharemos para o direito jurisdicional, que assumirá o conceito básico de potestade jurisdicional. O direito processual será o direito da jurisdição e seu conteúdo se estenderá ao estudo da jurisdição, da organização judicial, da ação e, em último lugar, do processo. Ou, nas palavras de BENJAMIN BLASCO SEGURA e RAFAEL L. ALCAZAR CARRILLO, um conjunto de normas que regulam a função jurisdicional trabalhista.

Só com o direito processual do trabalho aconteceu a curiosa singularidade de anteceder, desde o século XV, ao direito material do trabalho, que nasceu no século XIX (Ver comunicação à imprensa de Portugal, em dezembro de 1963, pelo Ministro das Corporações e Previdência Social, JOSÉ JOÃO GONÇALVES DE PROENÇA, sobre o novo Código de Processo do Trabalho daquele país).

O fato de o direito processual do trabalho ser categoria autônoma, não torna sua natureza jurídica diferente da do direito processual. Aliás, a natureza jurídica do processo não encontrou, ainda hoje, uma opinião comum. Apenas foram afastadas as teorias jusprivatistas e colocadas outras — a da relação jurídica (BÜLOW-KOHLER), a da situação jurídica (J. GOLDSCHMIDT), a da instituição (GUASP).

Quem delimita o campo do direito processual do trabalho é a norma específica reguladora da competência e da jurisdição trabalhista. E no processo do trabalho, segundo visão de VITTORIO DENTI, "verifica-se a indisponibilidade da situação controversa, que justifica o caráter inquisitório do "juízo" ("Processo civile e giustizia sociale", Edizione di Comunità, Milano, 1971, pág. 63). Quanto maior a inquisitorialidade, maiores são os poderes do Juiz e vice-versa. A inquisição é, para HELIOS SARTHOU, o mecanismo de neutralização da posição desequilibrada da parte trabalhadora no processo.

A jurisdição trabalhista deve ser a única competente para resolver e executar suas decisões nos conflitos individuais e coletivos de trabalho — em razão da matéria e da qualidade das pessoas (empregados ou outras pessoas protegidas pela legislação material do trabalho). Ver "Derecho Procesal Laboral", de BENJAMIN BLASCO SEGURA e RAFAEL L. ALCAZAR CARRILLO, 4.ª edição revista, Libros Portico, Zaragoza, 1985.

"Direito e processo não são dois fenômenos distintos e separados; são uma coisa só, na fundamental unidade do ordenamento. O processo do trabalho não é qualquer coisa de externo e estranho ao mundo substancial do trabalho, mas é aquele mesmo mundo num momento particular de sua organização" (GIOVANI TESORIERE, "Lineamenti di diritto processuale del lavoro", Padova, Cedam, 1975, págs. 1-4, passim).

3. Em recente estudo sobre "As desigualdades das partes no direito processual do trabalho", MARIO PASCO COSMÓPOLIS defende o caráter de direito social do direito do trabalho, afastando sua natureza privada (por "repugnar às consciências" — DE LA CUEVA), seu aspecto misto ou híbrido, para concluir, com o saudoso mestre mexicano, que é "social" porque considera o homem como

membro de um todo, o que faz dele um direito novo. Suas normas, de ordem pública, tornam-se irrenunciáveis para o trabalhador. O patrão faz seus os frutos do labor do operário, e não o trabalho mesmo, que é indelével da pessoa que o realiza (o artigo de MARIO PASCO está publicado na revista uruguaia "Derecho Laboral" de jan/março de 1986, págs. 3 e seguintes).

Na feliz colocação do professor francês JEAN-CLAUDE JAVILLIER, o trabalhador, individualmente subordinado, é também membro de um grupo que se manifesta coletivamente ("Droit du travail et sociologie", artigo em "L'année sociologique", 1978, págs. 2 e seguintes). E isso se projeta no direito material e processual do trabalho.

4. Na controvérsia trabalhista, as partes têm papel "arquetípicos" — como frisa, com felicidade, MARIO PASCO COSMOPÓLIS — e representam, geralmente, o capital e o trabalho, sobretudo — aduzimos nós — no dissídio coletivo, mas também no dissídio individual, que tem uma certa repercussão transcendental, em face da observação supra, do professor de Bordéus. Com efeito, o trabalhador é membro de um grupo homogêneo, imediato e toda conduta antijurídica constitui uma agressão à paz do grupo, nas palavras de HELIOS SARTHOU.

Assim, dúvida não há de que as partes na relação trabalhista são juridicamente desiguais. A igualdade das partes inverte-se para um "desequilíbrio" dos sujeitos processuais na lide trabalhista, imposto por razões sociológicas e econômicas de ordem substantiva, pois uma das partes no contrato detém os meios de produção, dos quais depende a outra. É o princípio da "disparidade social", a que alude TRUEBA URBINA, ou princípio "corretivo da desigualdade social", para NELSON NICOLIELLO. Essa descoberta conduziu à autonomia do direito do trabalho, porque o empregador, detendo os meios de produção, detém a fonte do emprego e exerce o poder disciplinar, que cada vez mais vem perdendo potência, porque, no dizer de JEAN-CLAUDE JAVILLIER, os silogismos judiciários não podem mais mencionar expressamente que o empregador é o único juiz da situação criada com o empregado.

Há, portanto, uma desigualdade múltipla entre as partes — econômica, da qual deriva a moral quando surge a necessidade de o empregado litigar judicialmente com o patrão (STAFFORINI), e a desigualdade para produzir prova (SARTHOU), já que o acervo desta geralmente se acha em poder da empresa.

Justifica-se, portanto, a existência de um direito processual especial para instrumentar a lide trabalhista, com estrutura normativa e jurisdicional adequada à natureza do direito material do trabalho, e de juízos especializados, pois "tal qual no processo penal, o objeto do processo do trabalho vai mais além de uma realidade configurada por fatos externos e penetra na personalidade mesmo do autor" (DANTE BARRIOS DE ANGELIS). Daí, os acentuados poderes atribuídos ao juiz do trabalho (de iniciativa, propulsivos e assistenciais, conforme lição de MAURO CAPPELLETTI) — notadamente os poderes cautelares — como manifestação da urgência geral imposta pelo objeto do processo trabalhista.

Devem prevalecer, no processo laboral, o máximo de oralidade; o fundo sobre a forma; a proteção mediante desigualdade compensatória de tratamento, sem, naturalmente, violentar os grandes princípios do processo em geral, pois, como vislumbra EDUARDO COUTURE, o direito processual do trabalho é um direito ela-

borado com o propósito de evitar que o litigante mais poderoso possa desviar ou entorpecer os fins da Justiça, restituindo-se às partes a sua posição teórica de igualdade ante o litígio ("Estudios de derecho procesal civil", Tomo I, parte cuarta, págs. 271 e seguintes); e a equidade, atento o juiz na interpretação e aplicação da lei e nos termos da velha regra do supra-direito brasileiro "aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum" (Lei de Introdução ao Código Civil, n. 4.657, de 4 de setembro de 1942). Embora esse dispositivo legal não revele que fins e exigências são essas, ALÍPIO SILVEIRA, na sua obra clássica "O fator político-social na interpretação das leis", adverte que o juiz deve considerar primeiramente os fins sociais imediatos. Os mediatos confundem-se prática e teoricamente com as exigências do bem comum, suprema finalidade da lei. O bem comum, por sua vez, tem como elementos a liberdade, a paz, a justiça, a segurança, a solidariedade ou cooperação, que se harmonizam em face da realidade sociológica. O Juiz, ao operar, deve harmonizar e balancear esses elementos, exercendo uma função quase criadora, "ao adaptar a lei às condições evoluídas da realidade social" (págs. 185 e 196 da obra supracitada). Esse o grande desafio ao magistrado — sobretudo do trabalho, na sua tarefa jurídica e sociológica de interpretação da norma para subsumi-la ao caso concreto.

O princípio protetor esteriotipa-se nas regras do "in dubio, pro operario", da "norma mais favorável", fraturando a hierarquia das fontes quando houver mais de uma aplicável, de qualquer natureza, e na do critério da "condição mais benéfica", segundo AMÉRICO PLÁ RODRIGUEZ, a que MÁRIO PASCO agrega o dispositivo da constituição peruana, que excetua da irretroatividade genérica a lei trabalhista quando favorecer o empregado, como acontece com a norma penal em relação ao réu, e com a norma tributária em relação ao contribuinte.

5. Sendo o direito processual do trabalho instrumentador de um direito material baseado fundamentalmente no princípio protetor, no seu aspecto tripartido já exposto, necessariamente sofre o reflexo desse princípio, de forma, porém mais indireta do que direta, sobretudo na conduta do juiz, orientando, condicionando e dirigindo a sua decisão, mormente quando em estado de dúvida.

Na distribuição do *onus probandi*, por exemplo, as legislações cada vez mais vão desonerando o trabalhador dele, reforçando a presunção "juris tantum" em favor do empregado, sobretudo a de que ele não quis deixar o emprego, ou firmando a inversão de carga probatória, quando o patrão não atender a citação judicial, fazendo recair o ônus sobre o empregador. MÁRIO PASCO sintetiza bem: corresponde ao empregador provar que não deve, que não descumpriu e que já pagou, pois enquanto no litígio civil o ônus de provar se distribui por ambas as partes, recaindo a prova dos fatos constitutivos exclusivamente sobre o autor, no processo do trabalho ela incumbe muito mais ao empregador, dada a freqüência do princípio de inversão. Isso porque a prova testemunhal é arrolada entre companheiros de trabalho do empregado, subordinados ao empregador-réu, e a prova documental quase nunca está em poder do empregado.

A conseqüência da falta de escritura do contrato de trabalho, quando a lei a impõe, faz recair sobre o empregador as conseqüências da sua omissão (HECTOR HUGO BARBAGELATA).

O princípio da igualdade das partes no processo sofre, no do trabalho, transformações evidentes, com uma espécie de "redistribuição" da carga da prova, segundo apropriada expressão de WAGNER GIGLIO, pois enquanto o processo comum visa à verdade jurídica, o processo do trabalho busca a verdade real (ALBERTO TRUEBA URBINA), ao instrumentar o litígio radicado num contrato realidade (MARIO DE LA CUEVA).

Em certas hipóteses, o processo pode ser iniciado "ex officio", como acontece no Brasil, nos casos de negativa da relação de emprego na instância administrativa, em que o processado deve ser dirigido a um órgão judiciário trabalhista de primeiro grau. Também na ação de execução, e na ação de dissídio coletivo, quando há suspensão do trabalho, a ação instala-se de ofício.

No México, a Junta retifica ou completa a petição inicial do trabalhador. Algumas legislações sul-americanas admitem o julgamento "ultra petitem" e até "extra petitem", em busca da verdade, abandonando a forma pelo fundo, num evidente crescimento do aspecto inquisitório do processo trabalhista, que o aproxima do processo penal. Basta que a matéria tenha surgido nos debates processuais. A tendência doutrinária corre, neste sentido (NICOLIELLO, AFTALION, OLANO, VILANOVA, Acórdão 3.ª Turma do TST, DJU de 16.02.77), mas o Brasil continua vinculado à regra proibitiva do processo comum.

A gratuidade no processo trabalhista ou é total, ou possível de ser facilmente obtível pelo trabalhador.

Ao sindicato são cometidas novas e mais amplas funções e atribuições judiciais, notadamente como substituto processual.

O empregador deve fornecer ao empregado prova pré-constituída, com que ele possa demonstrar, em juízo, rapidamente e sem despesa, as condições básicas do seu contrato individual de trabalho. No Brasil, a Carteira de Trabalho e Previdência Social cumpre essa função, pois ela é obrigatória, sua concessão pode ser solicitada pelo interessado, pelo empregador ou pelo sindicato, tem modelo oficial prefixado, é emitida pelas Delegações Regionais do Trabalho, que são órgãos da administração, ou, havendo convênio, pelos sindicatos; deve ser anotada pelo empregador no curto prazo de 48 horas de sua apresentação, contra recibo, e constitui o documento probatório por excelência do contrato de trabalho, valendo suas anotações "juris tantum" em relação ao empregado e "iuris et de iure" contra o empregador. O sindicato pode fazer a entrega da carteira, nada podendo cobrar por isso. Exige a CLT, ainda, que o empregador mantenha um livro de registro dos seus empregados, com anotação de todos os dados profissionais, que, como acontece com os livros do comerciante, fazem prova contra o empregador que o possui e lavra.

Quanto ao processo coletivo, impende que seja dado um tratamento especial à nulidade processual, no sentido de sua declaração só se fazer em *ultima ratio*, dado o interesse grupal da categoria em jogo.

6. Há, sem dúvida, um direito processual constitucional, não como ramo autônomo do direito, mas como uma colocação científica (ADA PELLEGRINI GRINOVER, "Os princípios constitucionais", pág. 7), abrangendo a tutela constitucional dos princípios fundamentais da organização judiciária (órgãos de jurisdic-

ção, competência, garantias) e a tutela do processo (direito de ação e de defesa), ou seja, o "due process of law", da Emenda XIV da Constituição Norte-Americana, que hoje é não só garantia de legalidade, mas também de processo, segundo o "common law", e garantia de justiça.

A Constituição brasileira prevê o direito processual na sua unidade estrutural e a competência exclusiva da União Federal para legislá-lo (art. 8.º, XVII, b). Inscreveu vários dispositivos sobre direito processual penal; uns poucos, ou talvez apenas um de direito processual civil (art. 153, § 4.º), derivado do devido processo legal e nenhum de direito processual do trabalho.

É certo que vários dos princípios do direito processual constitucional infletem no campo do processo do trabalho, como o da isonomia ("todos são iguais perante a lei", art. 153, § 1.º), o do juiz natural (art. 153, § 15) e o da coisa julgada, jamais prejudicada pela lei (art. 153, § 3.º).

Os cânones constitucionais fundamentais da Justiça Civil e Penal são o direito à tutela jurisdicional e o "devido processo legal", afora as garantias constitucionais implícitas, como o contraditório, a instrução, o direito de defesa, o duplo grau de jurisdição, a publicidade das audiências.

Conclui-se que o conjunto de disposições constitucionais de natureza processual civil, expressos ou implícitos, norteia também o direito processual do trabalho no Brasil, considerada a unidade processual que a Constituição perfilhou, no art. 8.º, inciso XVII, "b".

Somente o processo pode servir de instrumento de certas fórmulas constitucionais, operando a transformação do direito declarado em direito garantido (BURGOA, "El Juicio de Amparo", 1950, pág. 258). Na raiz dos princípios que informam a norma processual sempre se encontra — cumprido ou negado — um preceito constitucional (ADA PELLEGRINI GRINOVER, "Os princípios constitucionais e o CPC"). As linhas fundamentais do direito processual — que é público sempre — estão na Constituição. E se é certo que não podem ser abandonadas no processo do trabalho as conquistas fundamentais do processo democrático — quais sejam o juiz natural, o direito de defesa, o contraditório, o devido processo legal, a simetria ou igualdade de oportunidade às partes — essas garantias devem ter novo enfoque, não mais puramente individualista, mas sim de garantias sociais, que levem mais em conta a pessoa do trabalhador situada no grupo, e não atomizada.

7. Existem atualmente no mundo 162 constituições. Pude consultar 34 delas e em quase todas há disposições de direito material do trabalho. (Foram as seguintes as constituições compulsadas: Argentina, México, Áustria, Japão, Itália, as duas Alemanhas, Hungria, Polônia, Dinamarca, Tchecoslováquia, Costa do Marfim, Iugoslávia, Suécia, Portugal, Argélia, URSS, Espanha, Equador, Peru, Chile, Holanda, Nicarágua, Coreia do Sul, Paraguai, Finlândia, Irã, Turquia, Bélgica, Kuwait, França, Romênia, Cuba, Brasil).

Apenas em poucas pude encontrar normas de direito processual do trabalho, **lato sensu**, a saber:

— Constituição do México (1917) — Art. 123, XXXI, A e XII, B: sobre competência e jurisdição para aplicação das leis de trabalho;

— Constituição do Uruguai (1966) — Art. 57: a lei promoverá a criação de tribunais de conciliação e arbitragem;

— Constituição do Equador (1979) — Art. 31: d) a prescrição será contada a partir da terminação da relação de trabalho; e) em caso de dúvida, se aplica a disposição mais favorável aos trabalhadores; f) a remuneração é impenhorável, salvo para desconto de pensões alimentícias; k) os conflitos coletivos são submetidos a tribunais de conciliação e arbitragem, competentes para a qualificação, a tramitação e a resolução dos conflitos;

— Constituição do Peru (1979) — Art. 54: A lei regulamentará os procedimentos para a solução pacífica dos conflitos trabalhistas; Art. 57: Na interpretação ou dúvida sobre o alcance e conteúdo de qualquer disposição em matéria de trabalho adota-se a que for mais favorável ao trabalhador; a lei é irretroativa, salvo a trabalhista, se mais benéfica ao trabalhador;

— Constituição da Bélgica (1831, com a emenda de 1971) — Art. 105: a lei regulamentará “também” a organização das jurisdições de trabalho;

— Constituição da Nicarágua (1986) — Art. 82, 3: Salário mínimo e prestações sociais impenhoráveis, salvo para proteção à família do trabalhador.

8. Considero como tendências marcantes do direito processual do trabalho as seguintes:

a) persistirá a unidade processual, que é compatível com os distintos ramos processuais e com a especialização judiciária e não infirma a autonomia do direito processual do trabalho, que tem matéria extensa, principiologia peculiar, doutrina homogênea e método próprio. Autonomia não se opõe à unidade. Não ocorrerá, pelo menos no Brasil, o que se deu com o processo comercial, que foi autônomo e voltou a se integrar no processo civil.

b) tornam-se necessários o reconhecimento e a afirmação constitucional da existência autônoma do direito processual do trabalho, num artigo, pelo menos, que *lhe delinear e trace as grandes linhas, cuja redação, propomos assim:*

“O direito processual do trabalho é autônomo, fortemente oral e concentrado, adota a imediatidade, o impulso oficial, a celeridade, a simplificação de formas, a economia recursal, a finalidade social, a irrenunciabilidade de direitos de ordem pública, o “jus postulandi” das partes, a representação e a substituição processual pelo sindicato obreiro, o foro de eleição em prol do trabalhador, visa primordialmente a conciliação judicial, inverte o ônus da prova para beneficiar o empregado, autoriza a decidir por equidade, e, na dúvida ou ante a prova dividida, a favor do trabalhador, dispõe que a prescrição só começa a correr do dia do rompimento do contrato e que o processo é gratuito para o empregado”.

Assim jungidos ao figurino constitucional, o legislador ordinário e os juízes velarão por um procedimento alcançável — enquanto mais simples, racional, econômico, eficiente e especializado — por um direito e uma justiça “coexistencial”, mais factível, descentralizada e participativa pelos membros dos grupos sociais e comunitários, segundo o modelo de MAURO CAPPELLETTI.

O PREQUESTIONAMENTO E O RECURSO DE REVISTA

Marco Aurélio Mendes de Farias Mello (*)

1. INTRODUÇÃO

Muito já se tem dito sobre os recursos cabíveis na Justiça do Trabalho, havendo unanimidade quanto ao grande número e retardamento causado ao desfecho final das controvérsias. *O rol ultrapassa a necessidade de alcançar-se a preservação do duplo grau de jurisdição, garantia constitucional implícita — §§ 4.º e 36, do artigo 153, da Constituição Federal.* Esta exigência é atendida mediante previsão do recurso ordinário, quando o interessado não se depara com via mais estreita para fazer o processo alçar o órgão revisor. Os pressupostos de recorribilidade são os comuns — não se tratar, face ao valor, de causa de competência exclusiva da Junta, de impugnação a sentença interlocutória sem cunho terminativo do feito na Justiça do Trabalho, concorrerem oportunidade, pertinência, interesse, representação processual regular — respeitada a singular situação de a parte poder residir em juízo desacompanhada de profissional da advocacia — e o correto preparo.

A demonstrar a natureza extraordinária do recurso de revista, ressaltando a excepcionalidade de o processo ser guindado ao Tribunal Superior do Trabalho para um terceiro pronunciamento, sem que se possa concluir seja sempre a decisão buscada superior em qualidade àquelas prolatadas pelos dois órgãos anteriores — e aqui devemos louvar o conteúdo das sentenças de primeiro grau — temos a imposição de o recorrente demonstrar pleno atendimento a pressupostos especiais — a desinteligência de julgados ou a violência a literalidade de lei ou sentença normativa, exurgindo, assim, novos obstáculos ao acesso. É sob tal ângulo que discorreremos, a seguir, em torno de instituto pouco definido e que, em última análise, viabiliza a demonstração, ou não, de atendimento aos permissivos do artigo 896, da Consolidação das Leis do Trabalho, ou seja — o prequestionamento.

2. ORIGEM, ALCANCE E CONFIGURAÇÃO DO INSTITUTO PREQUESTIONAMENTO

Os dicionários não contêm o vocábulo que hoje já compõe o jargão forense como pressuposto próprio aos recursos de natureza extraordinária. Talvez, por isso, haja dificuldade maior em definir o respectivo significado, notando-se no dia-a-dia dos trabalhos que se realizam no foro os mais variados enfoques.

Mas este dado não está a autorizar a duplicidade de sentidos, cabendo buscar o real alcance do instituto no objetivo visado, sem descuidar-se da própria formação do neologismo — pré + questão. Pré, do latim *prae*, revela anterioridade, preexistência, enquanto questão, do latim *quaestione*, possui verdadeiro

(*) Professor da UnB e Presidente da Primeira Turma do Tribunal Superior do Trabalho.

leque de significados que abrange desde pergunta, interrogação, tese, assunto, tema em geral sujeito a meditação até, mais especificamente para os profissionais do direito, ponto em discussão que é levado à Justiça e submetido à decisão de um magistrado — Novo Dicionário Aurélio.

Pois bem, com as noções *supra*, o menos avisado é capaz de partir para o simplismo: o pressuposto de recorribilidade "prequestionamento" estará atendido desde que seja provocado o órgão julgador mediante a interposição de embargos declaratórios, pouco importando o desfecho destes últimos e, portanto, a emissão, ou não, de pronunciamento sobre o tema abordado no recurso, por aquele a quem cumpre a entrega da prestação jurisdicional — O Estado-Julz. Quantos e quantos recursos de revista chegam ao Tribunal Superior do Trabalho trazendo a embasá-los esta premissa e ficam obstaculizados ou pelo despacho do próprio relator no exercício da faculdade — e melhor teria sido a utilização pelo legislador do vocábulo *dever* — prevista no artigo 9.º, da Lei n. 5.584/70, negando-lhe prosseguimento, ou pela decisão da própria Turma, no que acaba por declarar a incognoscibilidade.

E por que não podem ser conhecidos?

Aqui já ultrapassado o simples significado etimológico, cabe *perquirir*, em contexto de absoluta lógica e honestidade de propósito, o alcance prático do consagrado instituto de direito processual que é o prequestionamento.

Na jurisprudência predominante do próprio Tribunal Superior do Trabalho, não encontramos elementos mais elucidativos. O enunciado 184 que compõe a Súmula, editado em 1983, conduz, ao contrário do que seria desejável, a alguma perplexidade e, até mesmo, ao falho raciocínio a que já nos referimos, ou seja, de pleno atendimento ao requisito pela simples colocação da matéria mediante embargos declaratórios. Medite-se sobre o teor do verbete:

"Ocorre preclusão quando não forem opostos embargos declaratórios para suprir omissão apontada em recurso de revista ou de embargos".

A *contrario sensu*, sendo opostos embargos, expungida fica a possibilidade de cogitar-se de preclusão. Ledo engano daqueles que assim entendem a jurisprudência. A mera interposição dos embargos declaratórios nem sempre evita a preclusão da matéria repetida nas razões da revista, porquanto possível a persistência do vício de procedimento — por omissão ou lançamento de trecho contraditório, duvidoso ou obscuro no acórdão atacado — quer em virtude de simples visão equivocada, quer em decorrência do vício de tomar-se os embargos como algo a encerrar crítica à atuação judicante.

Tendo presentes as palavras de PAUL FOULQUIE, para quem "é mais fácil ser ininteligível de uma maneira sublime do que ser inteligível de um modo simples", tentemos elucidar alguns dos pontos mais nebulosos.

Registra JACOB BAZARIAN, que no único fragmento de Leucipo que chegou até nós foi dito: NADA NASCE SEM CAUSA, MAS TUDO SURGE POR ALGUMA RAZÃO E EM VIRTUDE DE UMA NECESSIDADE (O PROBLEMA DA VERDADE — Teoria do Conhecimento, Editora Alfa-Omega — São Paulo, 2.ª edição, 1985, pág. 118).

Portanto, na resposta à singela pergunta — qual a razão de ser do pressuposto? — está a compreensão e o exato balizamento do instituto que muito vem preocupando as partes sequiosas de contar com o pronunciamento da chamada “instância extraordinária”.

Analisemos a matéria sob o ângulo do recurso de revista. Os permissivos legais cogitam do cabimento por divergência jurisprudencial, violência a literalidade de preceito de lei ou sentença normativa — alíneas “a” e “b”, do artigo 896, da Consolidação das Leis do Trabalho. Ora, conclusão a respeito demanda cotejo. Somente a comparação do que decidido com os arestos paradigmas, ou com o texto de lei ou sentença normativa, pode vencer sobre o atendimento a um dos referidos pressupostos objetivos e específicos de recorribilidade. Se em relação à matéria veiculada na revista não houve emissão de juízo pelo órgão prolator da decisão impugnada, forçoso é concluir pela impossibilidade material de proceder-se ao confronto, sempre a pressupor duas ou mais coisas e, no caso, diversidade de enfoques.

Exemplifique-se para melhor compreensão — se o Regional, ao indeferir o pedido de aviso-prévio, não teve presente a ausência de redução da jornada em relação àquele concedido pelo empregador, de nada adiantará a transcrição, nas razões recursais, de aresto revelador da imprestabilidade do ato patronal, quando inobservada a citada redução ou mesmo alegar ocorrida a violência à literalidade do artigo 488, *caput*, da Consolidação das Leis do Trabalho. Diante do silêncio do Regional sobre o tema, torna-se simplesmente impossível dizer tenha sido sufragado entendimento contrário ao estampado no aresto paradigma ou inobservada a prescrição legal.

Por outro lado, se omissão houver na análise da matéria controvertida, deixando de ser abordada a pecha empolgada em defesa pelo autor, aí sim surge campo de todo propício à interposição dos embargos declaratórios, objetivando compelir o Colegiado a enfrentar a controvérsia tal como revelada nos autos. Resta saber os efeitos do desprovemento dos embargos, em que pese a existência do vício.

Articular na revista o defeito de julgamento — porque ligado ao direito material — de nada adiantará. No Tribunal Superior do Trabalho não se obterá outro desfecho que não a declaração de impossibilidade de conhecimento, por inexistência do debate e decisão prévios sobre o tema. Fatalmente, será apontado como óbice intransponível à ultrapassagem da fase de conhecimento, a jurisprudência sumulada, o teor do verbete 184.

Mas, o autor mostrou-se atento e interpôs os embargos declaratórios, transferindo aos ombros do Regional a responsabilidade quanto aos consectários da omissão. Esgotou, perante este, os meios de que dispunha para alcançar a cabível prestação jurisdicional. Evidentemente, não lhe competia prosseguir interpondo sucessivos embargos, pois o vício a ser alegado seria o mesmo e estando revelado no acórdão primitivo, porque referente ao julgamento do recurso ordinário interposto, a repetição viria ferir o princípio do *non bis in idem*. Se de um lado cabem embargos contra decisão proferida por força das anteriores, de outro é preciso que o defeito evocado nos segundos somente tenha surgido no mundo jurídico com a prolação do acórdão relativo aos primeiros.

Ao autor, restará dirimir as razões da revista de modo a infirmar o acórdão proferido. Se com este o órgão não adentrou o exame do direito substancial — no exemplo citado, a validade, ou não, do aviso-prévio concedido sem a redução da jornada — logicamente o raciocínio desenvolvido terá que estar voltado contra vício diverso do pertinente ao julgamento, ou seja, o erro de procedimento. Assim o é porque o Regional não claudicou na arte de julgar, mas sim na de proceder, já que lhe competia, tão logo advertido para a omissão ocorrida, afastá-la, decidindo a lide como lhe parecesse de direito.

O conhecimento da revista fica assegurado por tal ângulo, desde que, nas razões respectivas, aponte o recorrente a violação ao artigo 832, da Consolidação das Leis do Trabalho. Frise-se que dificilmente se tem como configurada, em tais hipóteses, a violência ao artigo de nossa lei instrumental que versa sobre os embargos. Na maioria das vezes, o órgão recalcitrante não admite haver procedido com inobservância ao preceito legal. Envereda, isto sim, pela negativa quanto ao articulado pelo embargante.

Sobre a impossibilidade de a Turma, na revista, julgar matéria sobre a qual o Regional se manteve silente, cabe transcrever recente acórdão do Plenário do Tribunal Superior do Trabalho:

“Recurso de Revista — Constitui-se em meio impróprio a alcançar, pela vez primeira, julgamento de matéria. A omissão do Regional, inafastada na apreciação dos embargos, conduz ao conhecimento da revista com base na violência ao artigo 832, da Consolidação das Leis do Trabalho e provimento para que, retornando os autos à Corte de origem, ocorra a entrega completa da prestação jurisdicional” (E-RR-4974/81 — Ac. TP. — 0240/87 — 2.ª Região, relator designado Min. Marco Aurélio — in DJ de 24 de abril de 1987).

A esta altura, podemos dizer que se entende configurado o prequestionamento de determinada matéria quando, no acórdão revisando, haja sido a mesma decidida. Afim, passa-se a ter o que cotejar, chegando-se a conclusão acerca do concurso, ou não, quer da divergência jurisprudencial, quer da violência à literalidade da lei ou de sentença normativa, porque viável o indispensável cotejo.

Consideradas tais premissas, logramos, atentos à racionalização dos trabalhos, padronizar determinada ementa, submetida ao crivo do Plenário do Tribunal Superior do Trabalho em inúmeros julgamentos, sendo alcançada, em todos, reveladora unanimidade:

“PREQUESTIONAMENTO — OPORTUNIDADE — CONFIGURAÇÃO:

Diz-se prequestionada determinada matéria quando o órgão prolator da decisão impugnada haja adotado, explicitamente, tese a respeito e, portanto, emitido juízo. Incumbe à parte interessada provocar o julgador sobre o tema que entende englobar o fato jurígeno suficiente a alterar o desfecho da controvérsia”. (AG-E-RR-3596/85, Ac. TP-2220/86, AG-E-RR-9348/85, Ac. TP.-2469/86, AG-E-RR-5925/84, Ac. TP.-2440/86, AG-E-RR-6015/85, Ac. TP.-2194/86, AG-E-RR-1984/85, Ac. TP.-1301/86, AG-E-RR-0002/85, Ac. TP.-1285/86, AG-E-RR-1825/85, Ac. TP.-1300/86).

Em arremate final, asseveramos, sem receio de incidir em equívoco, que o prequestionamento fica revelado pela adoção de entendimento, no acórdão revl-

sando, sobre a matéria veiculada na revista. Esta assertiva decorre da razão de existir do próprio Instituto, porque, a não se entender assim, melhor será expungir-lo do rol dos pressupostos pertinentes aos recursos de natureza extraordinária, dos quais a revista e os embargos, disciplinados respectivamente nos artigos 896 e 894 da Consolidação das Leis do Trabalho, são espécies.

Neste mesmo diapasão encontramos pronunciamentos daquele a quem cabe a última palavra sobre o ordenamento jurídico vigente, o Supremo Tribunal Federal. Atine-se para a forma incisiva em que redigida a seguinte ementa:

"Pouco importa o conceito que o recorrente possa ter de prequestionamento.

Não ventilada no acórdão recorrido a questão federal suscitada, e não sanada a omissão mediante embargos de declaração, descabe o recurso extraordinário. É o que prescrevem as Súmulas 282 e 356.

Agravo regimental improvido.

(Ag. 114.226-0 (AgRg) — RJ — 2.ª Turma, Rel. Min. Célio Borja, in DJ de 27/03/87, pág. 5.170).

Para rememorar, transcrevemos os dois enunciados da Súmula referidos na ementa:

"É inadmissível o recurso extraordinário quando não ventilada na decisão recorrida, a questão federal suscitada" (enunciado 282).

"O ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito prequestionamento" (enunciado 356).

Veja-se que este último verbete também pode levar o menos avisado àquela visão superficial que conduz à conclusão de serem os embargos declaratórios bastantes a que se tenha como prequestionada a matéria, sendo irrelevante frutifiquem ou não. Todavia, conforme adredemente demonstrado, assim não ocorre, sob pena de, em passe de mágica, chegarmos ao cotejo do inexistente, partindo, a seguir, para eleição de entendimento sobre tema estranho ao próprio acórdão impugnado e, o que é pior, com emissão de juízo pela vez primeira já em sede extraordinária, perdendo o processo a organicidade que lhe é própria e ficando suprimida instância. A extensão da jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal deve ser perquirida mediante apreciação conjunta dos referidos enunciados, bem como das decisões que se lhes seguiram. A respeito, cometeríamos imperdoável falha deixando de remeter o interessado no assunto a magistral voto proferido pelo Ministro ALFREDO BUZAID e que, endossado à unanimidade pelos integrantes do Supremo Tribunal Federal, passou a constituir o Acórdão pertinente ao julgamento do RE-96.802 (AgRg)-RJ, em boa hora publicado na RTJ 109/299. O grande processualista, após discorrer sobre a origem americana do prequestionamento, apontando-a na Lei Judiciária — **Judiciary Act**, de 24 de setembro de 1789 — bem como em torno da doutrina nacional e alienígena, acabou elaborando síntese perfeita:

"1. **Constitucional.** O prequestionamento supõe não apenas que, na petição do recurso, a parte vencida mencione os cânones constitucionais violados, mas que a matéria tenha sido ventilada e discutida no Tribunal a quo, onde ficaram violados".

Portanto, adotada a imparcialidade comum ao campo científico, outra não pode ser a conclusão: o prequestionamento sempre pressupõe que no acórdão revisando esteja revelado o juízo do órgão a quo sobre o tema veiculado no recurso extraordinário, sendo que os embargos declaratórios visam tornar explícito o pronunciamento ou a ocorrência do vício de procedimento. Portanto, até mesmo para a configuração deste último, indispensável é a interposição, porque não se pode presumir que o órgão, alertado sobre a deficiência do julgado, o deixe sem a cabível e indispensável complementação.

3. REQUISITO DO PREQUESTIONAMENTO

Toda e qualquer sentença revela ato de inteligência, cabendo ao prolator observar a estrutura prevista em lei. Pelo artigo 458, do Código de Processo Civil, deve conter relatório, no qual é lançada a visão da controvérsia, fundamentação, parte na qual o juiz, enfrentando os fatos jurígenos da demanda, revela as razões de decidir e a parte conclusiva, ou seja, em que declara o direito, acolhendo ou rejeitando não a ação — direito público subjetivo, independente da existência daquele de natureza material que motivou o exercício — mas sim o pedido ou pedidos formulados.

Na processualística do trabalho, tem-se regra própria a respeito do conteúdo material da sentença, o que afasta a aplicação subsidiária da lei instrumental comum, face ao disposto no artigo 769, consolidado. A pertinência do direito processual comum apenas ocorre quando verificada omissão e, mesmo assim, tem declaração jungida a tarefa interpretativa para dizer-se do concurso, ou não, da indispensável compatibilidade com as normas do Título X — "DO PROCESSO JUDICIÁRIO DO TRABALHO" — da Consolidação das Leis do Trabalho. Dispõe o artigo 832 que "da decisão deverão constar os nomes das partes, o resumo do pedido e da sua defesa, a apreciação das provas, os fundamentos da decisão e a respectiva conclusão". O preceito é mais pedagógico do que o correlato do Código de Processo Civil. Todavia, deixa também de registrar a obrigatoriedade de constar da peça elaborada, após o julgamento procedido pelo Tribunal, a ementa, ou seja, a necessidade de ter-se em destaque a síntese do julgado. Mas, este campo, relativo a mero ensaio sobre o prequestionamento, não é o propício à discussão em torno do tema.

De início, cabe ressaltar que qualquer deficiência do Regional na montagem do acórdão deve ser atacada, uma vez julgados os indispensáveis embargos declaratórios, com base em articulação não de violência ao artigo 458, do Código de Processo Civil — prática passível de provocar surpresas — mas sim de desrespeito ao dispositivo da própria Consolidação que disciplina a matéria — o do artigo 832. Por outro lado, dificilmente se terá base para a interposição da revista pela alínea "a" do artigo 896, consolidado, porque, conforme anteriormente abordado, não é crível que órgão julgador algum reconheça o lapso revelado na peça redigida e, a seguir, venha a desprover os embargos.

Mas, voltemos à abordagem do que apontamos como requisito do prequestionamento. Sendo a sentença ato de inteligência, meio pelo qual o Estado-juiz declara o direito e impõe as conseqüências próprias, deve apresentar-se trans-

lúcida, de clareza solar, conduzindo as partes envolvidas na demanda até mesmo ao convencimento da harmonia do desfecho com a ordem jurídica vigente. Na busca deste objetivo, o julgador revela a formação profissional e humanística que possui, devendo, portanto, olvidar a verdadeira avalanche de processos, abandonando a tentativa de colocar em plano secundário o julgamento para, em lugar deste, apenas decidir.

Destarte, a esta altura, podemos dizer que as sentenças omissas ou ambíguas estão distanciadas da legislação vigente, tanto assim que há meio próprio contemplado para afastar omissão, obscuridade, dúvida e contradição — os embargos declaratórios, disciplinados unicamente na lei processual comum — artigos 465 e 535.

Outro aspecto existe conducente à necessidade de clareza absoluta da prestação jurisdicional. Conforme já lançado, a declaração acerca do atendimento, ou não, aos permissivos legais da revista demanda cotejo, comparação, análise rigorosa das premissas fáticas dos arestos apontados como conflitantes ou pesquisa acerca do choque entre o que decidido e o dispositivo legal ou a sentença normativa que se diz maltratada. Para isto, fundamental é que se tenha como chegar, mediante exame do acórdão revisando, à certeza não só do que decidido, como também das razões de fato e de direito que ditaram o decreto judicial.

Ora, estas circunstâncias e conseqüências práticas e legais fazem surgir o prequestionamento com qualidade própria e, diríamos, peculiar — a de auto-explicável, a de auto-elucidativo. Impossível é pretender que, no julgamento da revista, passe a Turma do Tribunal Superior do Trabalho a atuação de absoluta subjetividade, perquirindo sobre o alcance do acórdão revisando no tocante ao que este estaria implicitamente a encerrar. Preveleça entendimento contrário, o próprio julgamento da revista virá depender da capacidade intuitiva de relator, revisor e demais membros da Turma, passando a imperar incerteza e inconstância na emissão dos juízos.

Daf haver construído o Supremo Tribunal Federal jurisprudência no sentido de não admitir o prequestionamento implícito, fazendo-o até mesmo em casos que envolviam matéria das mais importantes, porque ligada a pressuposto processual — a competência do órgão julgador. A instrução e o julgamento da lide não são de molde, por si sós, a concluir que houve apreciação e emissão de juízo sobre o tema, cabendo à parte interessada em vê-lo apreciado, em sede extraordinária, compellir o Tribunal a quo, mediante embargos, a abordá-lo.

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Litígio decorrente de relação de trabalho mencionada no artigo 110, da Constituição. Alegação de ofensa ao artigo 153, § 2.º, da Lei Maior, não prequestionada. Súmulas 282 e 356. Não é cabível ter por prequestionado o referido tema constitucional, tão só, porque o acórdão, ao ver do recorrente, aplicou, inadequadamente, a legislação ordinária, disso resultando obrigação de fazer, ou não fazer alguma coisa, não prevista em lei. Óbice regimental à admissibilidade do recurso extraordinário. Agravo regimental desprovido” (Ag-85.750-8-(AgRg)-MG, 1.ª Turma, Rel. Min. Neri da Silveira, in DJ 02/12/83, pág. 19.036).

E idêntico sentido é a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, correndo a cargo de **quorum** eventual a existência de raras decisões discrepantes. Mas, no somatório, os pronunciamentos convergem para a necessidade de o acórdão impugnado conter emissão explícita de entendimento acerca da matéria veiculada nas razões recursais, sob pena de preclusão.

"PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO.

1. É pressuposto próprio ao recurso extraordinário, do qual a revista é espécie.

2. Inexiste prequestionamento implícito — STF — AG-85.750-8-MG, relator Min. Neri da Silveira — julgado em 1.º de outubro de 1982, DJ de 02 de dezembro de 1983. Ou o Órgão prolator do Acórdão atacado apreciou a matéria e *adcoiu tese a respeito diversa de outra ou em vulneração a literal disposição de lei* — artigo 896, da Consolidação das Leis do Trabalho — ou deixou de fazê-lo, ficando afastada, assim, a possibilidade de cotejo" (Proc. n. TST-E-RR-5.518/80, Ac. TP. 1.115/85, Rel. Min. Marco Aurélio, julg. 03/06/85, pub. in DJ 23/08/85).

4. DO MOMENTO PROPÍCIO AO PREQUESTIONAMENTO

O Supremo Tribunal Federal tem concluído, em alguns julgamentos, ser indispensável à admissibilidade do recurso extraordinário **stricto sensu** que a matéria haja sido prequestionada no recurso de revista interposto. Isto tem levado as partes a sustentarem, nesta Corte, válida a abordagem do tema, pela vez primeira, na revista. A conclusão mostra-se distorcida. Não há a menor dúvida sobre a correção do entendimento do Supremo. Realmente, o que discutido no extraordinário deve passar antes pelo crivo do Tribunal Superior do Trabalho, porquanto o apelo extremo somente é cabível contra decisão deste que vulnere, direta e frontalmente, texto constitucional — artigo 143, da Constituição Federal. Todavia, impossível é confundir o prequestionamento para acesso à mais alta Corte do País, com aquele que se faz indispensável à indagação acerca do cabimento da revista. Não havia porque o Supremo adentrar nesta última matéria, de nítida natureza processual e estranha às preliminares do recurso em relação ao qual tem competência exclusiva. A apreciação fez-se considerado apenas o recurso extraordinário propriamente dito, pois, quanto à revista — admissibilidade, prosseguimento e conhecimento — não se defrontou com matéria de índole constitucional. Neste sentido já decidiu o Pleno do Tribunal Superior do Trabalho.

"PREQUESTIONAMENTO — RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS E DE REVISTA —

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca da necessidade de o tema constitucional haver sido veiculado no recurso de revista e apreciado pelo Tribunal Superior do Trabalho não infirma o enunciado 184. Diz respeito à admissibilidade do recurso extraordinário **stricto sensu**, pelo qual o processo ascende à mais alta Corte. Tratando-se de exame do recurso de revista, o prequestionamento diz respeito à adoção de tese pelo Regional a fim de que, somente então, possa o órgão do Tribunal Superior do Trabalho, incumbido do julgamento, concluir pela divergência jurisprudencial ou vulneração a lei, pressupostos específicos do recurso previstos no artigo 896, consolidado. Se o Regional não lançou entendimento a respeito da matéria

veiculada nas razões da revista, simplesmente não se tem o que cotejar a fim de concluir pelo atendimento a uma das alíneas do artigo 896, consolidado. Daí o teor do enunciado 184, que compõe a Súmula da jurisprudência predominante do Tribunal Superior do Trabalho:

"Ocorre preclusão quando não forem opostos embargos declaratórios para suprir omissão apontada em recurso de revista ou de embargos" (Proc. n. TST-AG-E-RR-624/86, Ac. TP-481/87, Relator Min. Marco Aurélio, julgado 26/03/87).

5. CONCLUSÕES:

- 5.1. O recurso de revista é espécie do gênero recurso extraordinário.
- 5.2. O acesso ao Tribunal Superior do Trabalho, na busca de um terceiro pronunciamento sobre a demanda, mostra-se excepcional, cabendo exame rigoroso dos pressupostos de recorribilidade.
- 5.3. Entre aqueles a serem observados desponta o prequestionamento, porque indispensável à conclusão acerca do atendimento a um dos permissivos legais do artigo 896, consolidado.
- 5.4. O prequestionamento implica emissão de juízo explícito, pelo órgão **a quo**, sobre a matéria veiculada na revista.
- 5.5. Omissão, dúvida, obscuridade ou contradição existentes no acórdão revivendo devem ser atacadas mediante embargos declaratórios e, persistindo a deficiência do julgado, cabível é a revista por violência ao artigo 832, da Consolidação das Leis do Trabalho, devendo conter pedido de declaração de nulidade — por vício de procedimento — e não de apreciação, em si, da própria matéria sobre a qual silente o Regional.
- 5.6. Para efeito de admissibilidade, prosseguimento e conhecimento da revista, o prequestionamento há que estar configurado no próprio acórdão regional, sendo que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de a matéria haver sido abordada na revista diz respeito a preliminar do recurso extraordinário **stricto sensu**.

SOBRE A PROJEÇÃO JURÍDICA DA GRATIFICAÇÃO PERIÓDICA

Ildélio Martins (*)

Sob dinâmica incoercível e animada pelo incentivo de um trato hermenêutico cada dia mais sensível aos sucessos do ordenamento social, no seu comprometimento com as relações de emprego, o salário vem assumindo significação dia a dia mais abrangente, no sentido de aptidão integral à sobrevivência nos níveis da hierarquia que demarca.

Por mercê desse impulso, ditado pelas contingências do próprio relacionamento empregador-empregado, desenvolve-se, na intimidade do salário, um pendor de imantação irresistível de verbas que o contornam, seja na inspiração de benemerências efetivamente bem intencionadas, seja por efeito imediato e conseqüente a prestações laborais complementares.

Mais atuais e conseqüentes à dinâmica da produção comprometida com a harmonia do relacionamento pessoal na comunidade empresária, novos rumos descortinam-se na política de pessoal, particularmente no que concerne à retribuição contraprestativa do trabalho.

Ao quantitativo fixo que acosta **status** ao cargo exercido, agregam-se incentivos e correspondências remuneratórias à capacidade profissional que, paralelamente ao do cargo ou função cometida, emprestam **status** ao exercente, a este com pessoa, pelo que de valor, como força-trabalho eficiente, representa no quadro operacional da empresa e nas suas perspectivas de vantagens lucrativas.

São verbas estas que animam, que impulsionam, que recrudescem o esforço e o interesse pessoais na realização ótima das finalidades do empreendimento.

O quadro de servidores, com a garantia da promoção, alternada, por merecimento e por antigüidade, como posto no art. 461, § 2.º CLT, confina-se, cada vez mais, às organizações que levam o cunho estatal, na preponderância de sua estruturação complexa em que os interesses, público e privado, misturam-se na realização de um bem, de exploração restrita ou de exclusividade estatal preeminente.

No âmbito privado, ao revés, buscam-se, como referido, incentivos que se comprometem com a intimidade do tirocínio, da capacidade profissional, da aptidão e do desvelo, revelações morais personalíssimas do exercente do mister empenhado.

São encontrados, esses incentivos, sob qualificações diversificadas, não raras vezes distraíndo a sua natureza contraprestacional insita: gratificação de empenho, de balanço, de assiduidade, de produtividade, etc... Mas vaza-se deles, não

(*) Advogado.

obstante o batismo sofisticado, a intenção original se não que o Impulso Indefinido, coerente, de uma correspondência pecuniária, deliberada à excelência de uma colaboração proveitosa que esses títulos e essas verbas, eles próprios, fazem prosperar.

A jurisprudência, na sensibilidade atenta à dinâmica dos fenômenos sociais em que se envolve a lei do trabalho, alcança essa transformação, na constância ou no curso de sua efetividade, surpreende-a nos seus intentos e, afinal, desvela-lhe o significado contraprestativo que lhe é eminente, conquanto às vezes discreto na sua projeção.

A natureza salarial emerge francamente dos objetivos que demarcam a concessão, sempre atentos ao melhor desempenho, efeito imediato que se busca na força-trabalho recrutada.

E tudo a convergir, afinal, para a correspondência pecuniária à excepcionalidade de uma atividade laboral, repercutindo no imperativo da subsistência quando não se aprofunda na necessidade mesma da sobrevivência.

Afinal, a busca da eficiência, que se traduz na aptidão humana para produzir melhor, com proveito imediato à persecução dos interesses básicos da atividade empresária.

Porque assim, o direito, na mais sensível de suas manifestações, afronta com passividade a concessão benemerente, devassa-lhe os escopos fundamentais e descortina, nela, a força exata que lhe propicia a concreção, cimenta-a às condições prestacionais do trabalho e, pela peculiaridade de suas próprias manifestações no curso da atividade laboral, atenta à habitualidade de seu pagamento, contratualiza-a.

Depois de tanto, resguarda-se a vantagem no sistema tuitivo da lei, seguindo, daí, Intocável ao lado de tudo quanto, na prestação obrigacional foi admitido pela consensualidade que idealmente suporta os contratos de trabalho.

Faz-se suporte de subsistência, repercutindo na economia doméstica do prestador e, assim, já sem condições de um retorno à submissão ao comando empresarial que não lhe pode mais alterar a destinação e as finalidades nem omiti-la como contraprestação retributiva.

A constância de sua presença no salário fá-la cristalizar-se, de benemerência potestativa em condição contratual intangível. O ajuste tácito revela-se, com tranqüilo assentamento no art. 442 CLT, ainda quando advertências em contrário se façam na quitação conseqüente.

Percusciente, jurisprudência iterativa do TST, concretizada no Enunciado 152, deslinha que

"o fato de constar do recibo de pagamento de gratificação o caráter de liberalidade, não basta, por si só, para excluir a existência de um ajuste tácito."

É sob essa ótica que o art. 457 da CLT assume perspectiva nobilitante, no corpo dos princípios protecionistas do diploma que o contém, particularmente o que expõe o seu § 1.º ao ditar que

"Integram o salário não só a importância fixa estipulada como também as comissões, porcentagem, gratificações ajustadas, diárias para viagem e abonos pagos pelo empregador."

Um ajustamento de gratificação também decorre da habitualidade e da constância do seu pagamento, como já visto, em louvor do que quer o art. 442 CLT.

É que um contrato de trabalho não se detém nem se estanca no avençamento pragmático de prestações mútuas previamente concebidas e, expressamente consignadas em Instrumento formal.

Mais que isso, o que revela a efetividade de um relacionamento empregatício, sob todas as perspectivas que se projetam dos arts. 2.º e 3.º sob a égide do art. 442, todos CLT, é, na sua singeleza, o que a realidade das prestações mútuas descortina. Entre o escrito e o feito, vale este para a caracterização do contrato de trabalho, admitido, sem inquietações da doutrina, como contrato-realidade, na concepção vivaz de Inarritu.

Esse condicionamento assiste à projeção do art. 457 na jurisprudência melhor do Tribunal Superior do Trabalho.

Relevam-se alguns exemplos:

- **integração da gratificação no salário-base para efeito de cálculo da hora extra — Enunciados 264, 226**
- **incorporação da de desempenho e antigüidade no salário-base, quando não prejudicial ao empregado — Enunciado 250**
- **integração no salário, excluída a natalina (13.º salário), para cálculo da indenização adicional prevista no art. 9.º da Lei 6.709/79 e na Lei 7.238/74 — Enunciado 242**
- **integração no salário da por tempo de serviço, para todos os efeitos legais — Enunciado 203**
- **sujeição da por tempo de serviço aos reajustes de Lei 6.708/79 — Enunciado 181**
- **integração da por tempo de serviço no cálculo da gratificação da função de bancário — Enunciado 240**
- **integração da de quebra-de-caixa, paga ao bancário, para todos os efeitos legais — Enunciado 247**
- **natureza salarial, para todos os efeitos legais, da de participação nos lucros, paga com habitualidade — Enunciado 251**
- **integração pelo seu duodécimo, para todos os efeitos, da periódica contratual — Enunciado 78.**

Ao lado disso, a habitualidade das prestações pecuniárias complementares, surpreende-as a jurisprudência sensíveis à economia doméstica na realização nobre da fundamentalidade da sobrevivência pessoal e familiar.

Dentro nesse contexto, uma força atrativa, atenta a esses efeitos excelentes da prestação complementar, trá-las à convivência do salário, amalgama-as a ele

em significação contraprestacional do mesmo nível, cobrindo-a sob o mesmo resguardo de intocabilidade que àquele assiste.

Para afrontar o aleatório do trabalho excepcional que justifica essas pagas, a jurisprudência pesquisa, no relacionamento que o condiciona, a habitualidade e, com esta, sublinha-lhe a aptidão integrativa ao salário, no fatalismo dos sucessos irresistíveis.

Já hoje integram o salário para efeitos previstos, as verbas, em cuja paga se define uma constância conspícua e indefectível.

A iteração dos julgamentos assim dispostos cristalizou-se em Enunciados da Súmula da jurisprudência do TST, facilitando a conclusão de processos em que ainda agora alguma pertinácia suscita discordâncias desarrazoadas sobre o tema: a da horas extraordinárias (Enunciados 24, 45, 151, 172 e 264), de trabalho noturno (Enunciado 60), de periculosidade (Enunciado 132), de insalubridade (Enunciado 139), adicional de tempo de serviço (Enunciados 181, 203, 226, 240 e 242), vale-refeição (Enunciado 241), para citar alguns exemplos.

De tanto aqui exposto, forçoso concluir que, em princípio, toda verba paga paralelamente ao salário, em correspondência a uma prestação extraordinária em que se pesquise habitualidade, ou em reconhecimento a uma atuação permanente a que se emprestem resultados ou efeitos favoráveis ao empreendimento empresarial, assume a natureza dessa contraprestação, nela se integrando, indefectivelmente.

ADEQUAÇÃO DO RECURSO ADESIVO NO PROCESSO DO TRABALHO

Ronaldo José Lopes Leal (*)

1. Ao transplantar normas e institutos do processo civil, vê-se o aplicador da lei processual trabalhista a braços com curiosos casos de rejeição. Nem sempre há uma consciência exata das inadequações apresentadas ou, quando isto ocorre, as causas do fenômeno não resultam reveladas.

Tomemos, por exemplo, a extinção do processo sem julgamento de mérito. Se uma petição inicial se apresenta inepta em relação a determinado pedido que, "verbi gratia", está a depender da apresentação da certidão da decisão normativa, a solução processual é, após concedido o prazo de dez dias ao autor, sem que este se manifeste, determinar-se a extinção do processo sem julgamento de mérito. Mas, se além do pedido dependente da decisão normativa, existem outros, o processo irá continuar, relativamente a estes outros.

Portanto, temos uma hipótese especialíssima de extinção do processo com a continuação do processo. Melhor dizendo: extingue-se o processo relativamente a determinados pedidos e prossegue-se em relação a outros. Trata-se, sem dúvida, de um curioso e teratológico caso de extinção parcial do processo...

Outro exemplo: a sentença é atacada pelo recurso em relação a determinados tópicos; outros, que nada têm em comum com este rigorosamente transitam em julgado. Ora, se transitam em julgado, podem ser, mediante carta de sentença, objeto de execução definitiva. Temos aí um curioso caso de trânsito em julgado parcial...

Quando uma das partes é sucumbente em um determinado aspecto da lide que nada tem a ver com outros aspectos da mesma lide e, relativamente a este primeiro aspecto, se determinou a realização de perícia, o sucumbente deverá pagar as despesas, concernentes ao ponto em que foi vencido. Trata-se de um curioso caso de sucumbência parcial...

Quando um dos pontos do pedido está sendo objeto de uma outra ação que corre perante a mesma Junta ou em outra Junta e se o pedido, como já se disse, é múltiplo, composto de vários itens, sem afinidade qualquer uns com os outros, então estamos perante um inédito caso de litispendência parcial. Se um dos pontos do litígio for objeto de uma outra ação, já transitada em julgado, teremos o absurdo da coisa julgada parcial...

2. Propositadamente, trouxemos todas estas teratologias de aplicação. Nosso intuito é demonstrar que o processo do trabalho tem como característica diferenciadora fundamental do processo civil a cumulação de pedidos que nada tem a

(*) Juiz do Tribunal Regional do Trabalho - 4a. Região.

ver uns com os outros senão o fato de se referirem à mesma relação de emprego, porquanto os fatos probandos são diferentes, as causas de pedir são diversas, o que ensejaria tantos processos quantos fossem os pedidos que pudessem ser reunidos por uma autêntica conexão de causa de pedir. Daí termos sempre sustentado que, entre os poderes que são reconhecidos ao magistrado, devem acentuar-se, no processo do trabalho, os de acumular e desacumular ações. Somente a economia processual, que é um dos pontos cardais do processo do trabalho, pode reunir na mesma ação, para terem a mesma prova precária de três testemunhas, pedidos díspares, concernentes a fatos probandos diversos e com causas de pedir totalmente diferentes. Na verdade, os exemplos acima demonstram com eloquência que no processo do trabalho várias ações estão embutidas numa só ação, em nome do princípio da economia. Que assim seja, mas é indispensável constatar as conseqüências dessa realidade e os seus efeitos sobre os institutos transplantados.

3. Dir-se-á: o que tem a ver tais considerações com o recurso adesivo?

Primeiro, o Enunciado 196 da Súmula do Tribunal Superior do Trabalho não partiu das premissas de que estamos partindo nem da concepção que temos do processo do trabalho, quanto às especificidades decorrentes da cumulação na mesma ação de pedidos desafinados. Aliás, a aplicação subsidiária do recurso adesivo ao processo do trabalho resultou mais da fragilidade da corrente dos que se opunham a esta aplicação, do que propriamente de considerações que tivessem em conta a exata natureza do processo do trabalho.

E quais eram, em suma, os argumentos daqueles que entendiam incompatível o recurso adesivo com o processo do trabalho?

Dizia-se que os recursos trabalhistas estão taxativamente enumerados no Capítulo VI do Título X da CLT o que impediria a aplicação subsidiária de qualquer outro. A este argumento, os processualistas do trabalho responderam que não há taxatividade na enumeração do art. 893 da CLT, tanto que são cabíveis os embargos de declaração, o recurso "ex officio" e o pedido de revisão do valor da causa, previsto nos §§ 1.º e 2.º da Lei 5.584/70. Argumentaram ainda que o recurso adesivo não constitui um novo tipo de recurso, mas apenas uma modificação procedimental na admissão dos recursos existentes. Aduziu-se que o recurso ordinário do processo do trabalho é equivalente à apelação do processo civil e que não se poderia questionar sobre o cabimento do recurso adesivo no recurso extraordinário, já que o mesmo não está regulamentado no processo do trabalho, mas no processo civil e na própria Constituição Federal.

Estamos, pois, a lidar com meias-verdades. Para o processo civil, o recurso adesivo não é um novo gênero de recurso, mas simplesmente um procedimento que se aplica aos recursos existentes. Logo, o problema da taxatividade recursal nem sequer deveria ter entrado em linha de conta para a extensão, ou não, do instituto ao processo do trabalho. Os problemas de prazo e enumeração dos recursos em que cabe a modalidade adesiva até podem ser passíveis de adaptação.

4. As dificuldades não estão aí. Resultam, isto sim, da multiplicidade e não afinidade dos pedidos que normalmente se contêm nas ações trabalhistas. É preciso reconhecer que uma ação trabalhista, na verdade, está encerrando diversas ações, que a rigor ensejariam recursos em separado, mas que, por economia

processual, se contêm na mesma ação e dão margem a um só recurso, que, por sua vez, é composto de diversos itens.

Veja-se com que lucidez, Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena trata do tema:

“Um fato, porém, de relevância denuncia, desde logo, uma resistência de fundo teleológico oposta pelo Processo do Trabalho ao recurso adesivo. Essa forma de impugnação não é apenas processualmente dependente do recurso principal. Visto sob o prisma da lide, também o é materialmente e isto porque, no maior número das ações cíveis, o objeto da causa é unitário, é um só e os direitos questionados, bem que autônomos, assentam-se apenas sobre um fato deduzido em juízo. Em geral, as demandas envolvem direitos principais e acessórios, direitos que se excluem, direitos que indissolvelmente examinados, comportam fracionamento ou alternidade (CPC, arts. 286 a 291). A cumulação de pedidos, que entre si não guardem conexão e em um único processo é excepcional no foro cível. Ainda assim exige a lei, para admiti-la, requisitos especiais, inclusive a compatibilidade entre eles (CPC, art. 292 e § 1.º).

No Processo do Trabalho dá-se o inverso. A cumulação de pedidos é ampla (CLT, art. 840, § 1.º) e é acolhido o litisconsórcio facultativo desde que haja identidade de matéria (CLT, art. 842). Portanto, na sistemática brasileira trabalhista, salvo os casos que se podem enumerar como os de compensação, reconvenção, culpa recíproca, prestações acessórias ou a composição de certas obrigações (a remuneração, conforme os arts. 457, §§ e 458) as reclamatórias abrigam pedidos distintos, fundados em fatos diversos e com diversa causa jurídica. Não espanta a conexão. O que religiosa ou infalivelmente se pede na Justiça do Trabalho são férias, aviso prévio, horas extras, FGTS, adicional de insalubridade ou de periculosidade, 13.º salário, saldos salariais, aumentos normativos, etc. A indenização, que vinha “pari passu” com o aviso prévio, cada dia mais se esfuma das petições iniciais.

Vê-se que, no Processo do Trabalho, a adesão perde sua fisionomia própria, de recurso dependente no plano material, o que a faz avultar-se como meio de emulação e com sentido preponderantemente formal. Mas a forma, em si, não explica a existência do instituto, senão sua funcionalidade ou sua beleza como técnica de concentração de meios de impugnação” (in “Recurso Adesivo e Processo do Trabalho”, LTr 39, pág. 885).

5. Mesmo os procesualistas civis, afeitos à regulamentação do art. 500 do CPC, repudiam o recurso adesivo quando a adesão ocorre em recurso de ação diferente julgada pela mesma sentença. Registre-se o seguinte acórdão:

“Admite-se o recurso adesivo quando interposto numa mesma ação e não quando interposto tendo em vista ação diferente se bem que decidida na mesma sentença.

TJRJ — 1.º Câmara Civil — Agravo de Instrumento n. 260 — Rel. José Cyríaco da Costa e Silva — Por maioria em 1.6.1976”.

“Tratava-se de duas ações, uma de desquite, proposta pelo cônjuge varão; e outra anterior de alimentos, de iniciativa da esposa, mas ambas julgadas em uma só sentença.

A ação de desquite foi dada improcedente, dela recorrendo o autor, que declarou, expressamente, conformar-se com o percentual fixado na de alimentos.

No prazo comum, a sentença, como se disse, foi uma só para as duas ações, o cônjuge feminino não recorreu, só o fazendo, após interposição do apelo do marido.

Em verdade, seu recurso não podia ser recebido.

O único vencido no desquite contencioso foi o autor, uma vez que a ré não reconveio, e a ação foi julgada improcedente.

A apelação do marido se restringiu à matéria do desquite, conformando-se com o quantum da pensão alimentícia.

Assim, se a esposa não se satisfiz com aquele percentual, deveria usar de recurso, no prazo de quinze (15) dias da publicação da sentença, e não o tendo feito, sua apelação veio a destempo, e o despacho do juiz, no sentido de não recebê-la, está certo.

Recurso adesivo admite-se quando interposto numa mesma ação e não, como no caso, em que a adesão ocorreu em recurso de ação diferente, na qual a agravante fora parte vencedora, porque sendo ré, a causa foi dada por improcedente" (in "Jurisprudência do Código de Processo Civil", Vol. II, Arruda Alvim, pág. 356).

O voto vencido de Pedro Américo Rios Gonçalves que entendia que o recurso adesivo poderia abranger ação diferente daquela de que se ocupara o recurso principal põe como condição depender uma ação de outra para que seja viável a apelação adesiva:

"O recurso adesivo da esposa para majorar os alimentos pertence à categoria dos recursos secundários e tem como pressuposto a apelação do marido na ação de desquite, com que se realizou a adesão em unidade, como perfeito acessório do principal, por isso peço vênia à douta maioria para dar provimento ao agravo de instrumento e mandar processar, regularmente, o recurso adesivo, cuja apreciação não ficou prejudicada com o julgamento da apelação" (ob. cit., pág. 357).

6. Registre-se que há divergência quanto a abranger o recurso adesivo qualquer ponto da sucumbência ou apenas estar restrito ao âmbito da matéria discutida pelo apelante principal.

O Tribunal de Alçada de São Paulo, na Apelação Cível N. 48.347 (apelante Prefeitura Municipal de Osasco, apelado Roque Gama de Campo e Relator Lair Loureiro) enfocou um julgado em que "a expropriante apenas impugnou a verba honorária no recurso voluntário, enquanto o expropriado valendo-se da oportunidade que lhe ensejou essa apelação recorreu adesivamente, com a impugnação independente, relativa ao valor da indenização e não à honorária. Por isso sustenta a expropriante o descabimento do recurso adesivo, que a seu ver deveria versar unicamente sobre a matéria impugnada no apelo, ou seja, os honorários de advogado questionados" (in Revista de Processo, n. 21).

Estas alegações não foram aceitas pelas seguintes razões:

"A questão é interessante e foi bem especulada pelo douto advogado da expropriante, lembrando o Des. Luís Antonio de Andrade em sua obra "Aspectos e Inovações do Código de Processo Civil" que o instituto em apreço pode realmente suscitar muitas questões, algumas sedutoras. E aludindo aos trabalhos surgidos a propósito, cita a monografia de José Afonso da Silva, que entre outras conclusões traz a consideração de que o "sucumbente parcial tanto pode recorrer adesivamente da totalidade da parte gravosa em face do que dispõe o art. 505 do CPC" (pág. 256).

Essa impugnação que a parte faz no recurso adesivo é independente, conforme assinala o douto Pontes de Miranda nos "Comentários ao Código de Processo Civil", na análise do tema (T. VII/92).

O interessante em aderir à apelação diz com que a parte da sentença, cuja reforma aproveita ao que foi vencido parcialmente mas se conformara com a decisão. Utiliza-se então desse meio de impugnação para que a matéria seja abrangida pelo efeito devolutivo e não fique portanto preclusa, como assinala o Prof. José Carlos Barbosa Moreira, nos comentários feitos ao art. 500 na conhecida obra publicada pela Forense (Vol. V, pág. 252).

Os ensinamentos do insigne processualista, citados e invocados também em proveito da preliminar suscitada, devem ser entendidos entretanto no sentido de que a subordinação do recurso adesivo ao principal refere-se à possibilidade de conhecimento deste pelo tribunal "ad quem", de sua admissibilidade, não quanto ao âmbito da matéria impugnada. É o que deixa claro o citado autor em seu trabalho "O Novo Processo Civil Brasileiro" (Forense, Vol. I, pág. 178).

Comentando o julgado referido, assim se expressa Armando Roberto Holanda Leite:

"A extensão do efeito devolutivo inserido no duplo grau de jurisdição e nos dois recursos propriamente ditos, é o pomo da discórdia entre as teses brilhantemente esgrimidas nas peças recursais, na medida em que a apelante sustentou "o descabimento do recurso adesivo que a seu ver deveria versar unicamente sobre a matéria impugnada no apelo, ou seja, os honorários de advogado questionados", enquanto que o expropriado trouxe ao conhecimento do tribunal o pensamento de que "o sucumbente parcial tanto pode recorrer adesivamente da totalidade da parte gravosa da decisão, quanto de uma parcela apenas dessa parte gravosa em face do que dispõe o art. 505 do CPC".

Sobre esse impasse de fundo doutrinário, o juízo "ad quem" à unanimidade, conheceu do recurso adesivo, admitindo a lição de Carlos Silveira Noronha, pela qual "no Brasil, onde o julgamento do recurso subordinado segue as mesmas regras adotadas para o recurso principal, a apelação adesiva possui "efeito devolutivo amplo" (In "Do Recurso Adesivo", pág. 105).

Ademais, "não devemos esquecer que as sentenças sujeitas a duplo grau de jurisdição "serão integralmente reexaminadas" pelo tribunal, para ser exercida a fiscalização obrigatória da correta aplicação da lei, conforme o desejo do legislador" (In "Recursos ao Novo Código de Processo Civil", Ivan Hugo da Silva, Forense, 1976).

Mesmo assim, nos propomos a tecer algumas considerações favoráveis e complementares à decisão prolatada pela Douta Câmara, vez que consideramos inquestionáveis as razões expendidas na propositura e quando do conhecimento do recurso adesivo.

Somos da opinião de que ao recorrente adesivo, e somente a ele, compete estabelecer a extensão da impugnação que opõe à sentença recorrida.

Nas conclusões, diz o autor:

"Todos os recursos admissíveis produzem, no direito pátrio um efeito constante e comum, que é o de obstar, uma vez interpostos, ao trânsito em julgado da decisão impugnada (cf. o art. 467). Ao lado desse, que ocorre sempre, dois são os efeitos em geral mencionados: o suspensivo e o devolutivo.

Todos os recursos, segundo José Frederico Marques, têm efeito devolutivo, porquanto transferem ao órgão judiciário, para o qual se recorre, o conhecimento do que foi decidido no juízo contra o qual o recurso é interposto.

Devolutivo é pois o efeito consistente em levar o recurso ao órgão "ad quem" para conhecimento da matéria conhecida e julgada em grau inferior de jurisdição.

Inexiste recurso totalmente desprovido de efeito devolutivo, salvo "quando a lei, a título de exceção, atribui competência ao próprio órgão "a quo" para reexaminar a matéria impugnada", como por exemplo nos embargos de declaração" (in "O Novo Processo Civil Brasileiro", vol. I, pág. 296).

No tocante à extensão do efeito devolutivo no corpo do recurso adesivo, emerge a "questio juris" levada ao segundo grau de jurisdição pelos recorrentes.

Para Salvatore Satta, "o apelo incidental deve manter-se no âmbito da demanda proposta. Se exceder, isso é, se o apelado quer impugnar um ponto autônomo do qual foi condenado, deverá acatar os prazos do apelo principal" (in "Direito Processual Civil", Salvatore Satta, vol. II, pág. 438).

Este posicionamento, que embasa as razões da expropriante quando procurou alijar a admissibilidade do recurso adesivo, não merece acolhida da nossa melhor doutrina.

Os nossos comentaristas, "mutatis mutandis", acolheram a veneranda lição do direito canônico, que dispõe no cânon 1887, § 2.º, *in verbis*: "Se (a apelação) é interposta por uma parte sobre algum capítulo da sentença, a parte contrária pode apelar incidentalmente "sobre outros capítulos", ainda que hajam expirados os prazos fatais da apelação; e isto pode fazer-se ainda sob condição: de desistir se a outra parte desistir da sua".

Com Barbosa Moreira, enfaticamente, vem a assertiva de que "A apelação "adesiva" devolve ao órgão "ad quem" o conhecimento da matéria que constitui objeto da impugnação, com a mesma profundidade da apelação independente" (ob. cit., pág. 357).

José Afonso da Silva, Sérgio Bermudes, Carlos Silveira Noronha e Pontes de Miranda, entre outros destacados autores, ratificam e ampliam o entendimento supracitado.

Leciona José Afonso da Silva que ao recorrido não é defeso opor-se adesivamente às partes em capítulos julgados prejudiciais aos seus interesses, mesmo

"que dentre os não impugnados em via principal, caso em que, em relação a ele que não entrara com recurso algum no prazo normal, não se verifica preclusão, salvo após o transcurso do prazo do recurso adesivo".

E acrescenta: "Pois se não admitisse recurso adesivo inclusive em relação aos capítulos não impugnados em via principal, o recorrente, nesta via, que rompera com a situação de aquiescência à sentença do lado do outro litigante, ficaria em condições privilegiadas, desde que lhe seria possível demarcar o objeto do recurso adesivo, quando a sentença compreendesse mais de um capítulo com sucumbência recíproca. Imporia ao adversário a possibilidade de só impugnar adesivamente daqueles capítulos que ele, recorrente principal, julgasse de todo inaceitáveis para ele enquanto exatamente os mais gravosos ao recorrente adesivo por isso, menos a ele, deixaria irrecorríveis para transitar em julgado em seu favor" (in "Do Recurso Adesivo no Proc. Civil Brasileiro", págs. 30-31).

Solidário com esse magistério, Sergio Bermudes lança a advertência de que se o "recorrido podia insurgir-se contra a sentença e não o fez, condescendeu com ela" (in "Comentários ao Código de Processo Civil", vol. VII, pág. 79).

Outra não é a opinião de Carlos Silveira Noronha, assim resumida: "A extensão do apelo só se dimensiona pelo ato de manifestação de vontade do recorrente, que pode ser parcial ou total, caso tenha ele aceitado ou não uma ou mais parcelas do gravame que lhe tenha sido imposto pela decisão atacada" (ob. cit., pág. 105).

Entende-se, face o exposto, que o apelo incidental não está adstrito ao âmbito da demanda proposta, como deseja Salvatore Satta, e sim que o mesmo devolve ao órgão "ad quem", dentro do princípio da devolutividade plena, o conhecimento, integral ou parcial, da matéria que constituir objeto de sua impugnação.

O presente acórdão não merece, salvo melhor juízo, o mínimo reparo, quer por dar como interposto de ofício (remessa obrigatória), quer por conhecer do recurso adesivo e, finalmente, ao negar provimento a todos os recursos.

7. Nota-se que predomina no processo civil a noção de que a matéria do recurso adesivo não está restrita ao âmbito daquela que vem versada no recurso principal. A explicação, no entanto, é simples: normalmente as questões versadas no processo civil estão indissolvemente ligadas, quer por uma coesão central ou principal, quer por uma decorrência de acessoriedade.

Esta, porém, não é a realidade do processo do trabalho em que as questões, normalmente, não apresentam qualquer afinidade, não podendo, a rigor, ser apreciadas na mesma ação, somente ocorrendo a cumulação dos pedidos pelos imperativos do princípio da economia processual.

8. Outro dos fundamentos importantes de Paulo Emílio Ribeiro Vilhena, quanto à inaplicabilidade do recurso adesivo ao processo do trabalho é o seguinte:

"Outro fundamento, de feição institucional, que se credita à contribuição de Wilson de Souza Campos Batalha e que se arremata na intransitabilidade do recurso adesivo no Processo do Trabalho é o disposto no art. 836 da CLT, ao estabelecer que "é vedado aos órgãos da Justiça do Trabalho conhecer de questões já

decididas, excetuados os casos expressamente previstos neste Título". Não só assentou a Consolidação os momentos de preclusão, em definidos círculos de coisa julgada formal, como aprou qualquer possibilidade de conhecimento de impugnações além daquelas expressamente previstas em seu texto. Esse dispositivo joga com aqueles que disciplinam a competência dos Tribunais do Trabalho, enfeixada em regras estritas (a natureza competencial) tais como os arts. 678, I e II, 679 e 702, I e II, da CLT. Arrimado certamente em tais preceitos, o jurista de São Paulo expende que "não é possível aplicar ao Processo do Trabalho espécies de recursos previstos pelo CPC, a respeito dos quais silencie a legislação especial". E acrescenta: a aplicação subsidiária do CPC tem cabimento no que tange às normas relativas ao processo dos recursos previstos pelo Direito Processual do Trabalho, ressalvados preceitos deste, mas que não poderia ter cabimento quanto aos próprios meios de recorribilidade" (in "Tratado Elementar de Direito Processual do Trabalho", vol. II, pág. 576).

Ainda que se concebesse o recurso adesivo como um recurso híbrido, recurso camaleônico (que se adapta ao recurso principal) ou ainda que se tomasse esse extraordinário meio de impugnação como um desdobramento ou uma sucessão do recurso próprio a que se atrela, ainda assim acolhê-lo na Justiça do Trabalho, será ultrapassar os círculos de preclusão taxativamente estabelecidos no processo especial e sem que norma própria o tenha autorizado." (Ob. cit. pág. 886).

9. Como se vê, o mestre das Alterosas percebe que o pedido sufragado pela sentença, ou por ela repudiado, torna-se definitivamente acolhido ou repellido se o recurso previsto em lei não for oposto no prazo e nas condições previstas no ordenamento, com fundamento no art. 836 da CLT. A conclusão é irretocável.

10. Preocupado também com o problema do trânsito em julgado, diz Alexandre de Paula, comentando o art. 500 do CPC:

"O dispositivo deveria ficar apenas na primeira alínea. O que depois se lhe acrescentou deve ser suprimido o mais rápido possível. Certo que ambas as partes podem ser vencidas e vencedoras. Entretanto, se a ambas é facultado recorrer e recorrer na forma e no prazo legais, evidente que — não feito — transita em julgado o decisório contra a que foi inerte. Se se vai admitir que, não tendo recorrido, possa depois aderir ao recurso da outra parte, teremos o ressurgimento da pretensão não obstante a verificação da coisa julgada.

Dir-se-á que a coisa julgada só virá depois de escoado o prazo para adesão. Não é, porém, isto que está prescrito no art. 471: "Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível o efeito da sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário". Se, então, do recurso ordinário (apelação) não se lançou mão no prazo legal depois não se poderá fazê-lo. Ademais a adesão seria ao recurso da parte adversa. Mas estaria aderindo, inclusive quanto ao que a parte adversa pleiteia? Evidentemente, não. Então estaria aderindo em busca de resultado diferente, diametralmente oposto ao pretendido pela outra parte. Isto seria adesão" (in "Código de Processo Civil Anotado", vol. III, pág. 493).

O Juiz José Fernando Ehlers de Moura acrescenta a estas preocupações quanto à coisa julgada e à preclusão o seguinte: "Como no processo do trabalho há pedidos independentes uns dos outros, somente se pode conceber o recurso

adesivo relativamente à matéria contida no âmbito do recurso principal porque as outras matérias, rigorosamente, transitaram em julgado. O recurso adesivo funciona como anteparo ao trânsito em julgado apenas por se ligar à matéria impugnada pelo recurso principal."

11. Nas decisões que proferimos na Terceira Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4.ª Região, filiamos-nos à corrente segundo a qual o recurso adesivo somente é cabível se versar sobre a matéria discutida no recurso principal. O exemplo que normalmente damos é o seguinte:

Figure-se a hipótese de ter a decisão de 1.º Grau acolhido adicional de insalubridade em grau médio, quando o autor o pleiteava em grau máximo. É nítida a sucumbência parcial da ré e a sucumbência também parcial do autor. Nesta hipótese, interposto o recurso pela ré, objetivando esta a absolvição relativa ao adicional de insalubridade, pode o autor — mediante recurso adesivo — postular que a condenação se amplie ao adicional máximo.

Justificamos esta posição a partir da ótica que temos do processo do trabalho, que contém normalmente diversas ações em uma só ação, merecendo uma única sentença. É óbvio que um processo desta natureza não pode comportar as mesmas soluções adotadas para o processo civil. Se os processualistas civis não restringem o âmbito da matéria do recurso adesivo àquela versada no recurso principal é porque não é da natureza do processo civil esta cumulação de pedidos, sem afinidade, que se encontra no processo do trabalho.

Acreditamos, portanto, ser esta solução a mais consentânea com as realidades do processo do trabalho, já que a ordem jurídica parece se inclinar no sentido da admissão do recurso adesivo.

Sem afronta, portanto, sequer ao Enunciado 196 da Súmula do Tribunal Superior do Trabalho, admitimos o recurso adesivo, mas nos limitados termos em que cabe no processo do trabalho, isto é, quando restrito ao âmbito da matéria contida no recurso principal. E assim o fazemos em respeito às peculiaridades do processo do trabalho, que devem ser afanosamente preservadas.

BIBLIOGRAFIA

- Alvim, Arruda
Jurisprudência do Código de Processo Civil, vol. II
- Barbosa Moreira, José Carlos
Comentários ao Código de Processo Civil, vol. V
- Bermudes, Sérgio
Comentários ao Código de Processo Civil, vol. VII
- Marques, José Frederico
Instituições de Direito Processual Civil, vol. IV
- Miranda, Pontes de
Comentários ao Código de Processo Civil, vol. VIII
- Paula, Alexandre de
Código de Processo Civil anotado, vol. III
- Ribeiro de Vilhena, Paulo Emílio
Recurso Adesivo e Processo do Trabalho, LTr 39
- Satta, Salvatore
Direito Processual Civil, vol. II
- Silva, Ivan Hugo da
Recursos ao Novo Código de Processo Civil
- Silva, José Afonso da
Do Recurso Adesivo no Processo Civil Brasileiro
- Silveira, Noronha Carlos
Do Recurso Adesivo

AÇÃO CAUTELAR

Coqueijo Costa (*)

No **processo cautelar** existe sempre sumariedade material, cuja tutela cautelar pressupõe iminência de dano irreparável, temporariedade, sumariedade da cognição judicial ("fumus boni iuris"), situação cautelanda e interditalidade da sentença cautelar (OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA). Embora autônoma — porque a mera possibilidade ou probabilidade do direito que se invoca basta como fundamento da ação — a cautelar não tem a extensão das ações satisfativas, nem dispensa sua vinculação a um direito ou ação a que ela preste segurança.

Na ação cautelar, a "causa petendi" é mera hipótese ou eventualidade de direito e por isso a sentença nela proferida contém mais "imperium" do que "notio", mas, satisfazendo a uma pretensão específica, a prestação cautelar tem caráter satisfativo, embora a cognição sumária não contenha carga suficiente para revestir-se da autoridade de coisa julgada.

É possível a ação cautelar não supor qualquer ação principal, quando a iminência de dano irreparável resulta de ato desconforme ao direito em si mesmo (ex., convocação irregular de assembléia geral de entidade, ou quando a ação principal seja declaratória, porque é proposta por quem queira, e não por quem esteja obrigado a obter a declaração de certeza).

Ensina GALENO LACERDA que algumas cautelares não são satisfativas (arresto, seqüestro), mas outras o são (em matéria de família, em direito real, na passagem forçada e, em direito do trabalho, cautelar para a mãe que pede para aleitar o filho, no local de trabalho).

A distinção faz-se em função do direito material cautelado: os direitos absolutos, personalíssimos, reais, de família, comportam cautela satisfativa, embora provisória. Nos direitos relativos, a cautelar não é satisfativa.

As cautelares antecedentes são sempre preventivas; as incidentes são repressivas.

Se a cautelar antecedente é jurisdicional — em que há lide, conflito, sentença — só o autor pode propô-la contra o réu da ação principal. Se é administrativa, tanto pode o réu como pode o terceiro (p. ex., na vistoria antecipada).

Se a cautelar é incidente, pode ser proposta pelo réu.

As cautelares administrativas são voluntárias ou "ex officio".

O Juiz trabalhista, que tem a incoação na execução ("ex officio"), pode decretar cautela de ofício nesse tipo de ação, dada a tutela do direito material do trabalho e do direito processual do trabalho.

(*) Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, Professor Universitário, Membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas e Juiz do Tribunal Administrativo da OEA.

Hoje já se considera que a demora da prestação jurisdicional é um dano **in re ipsa**, que autoriza a cautelar, pois presentes os dois requisitos da medida ("fumus boni iuris" e "periculum in mora").

Algumas ações são sumárias, sem serem cautelares, porque nelas não há situação perigosa.

Em ambas — isto é, tanto nos processos sumários cautelares como nos não cautelares — a sumariedade da cognição abrange o mérito da causa. A celeridade prefere à perfeição, mas, em compensação, o conteúdo declaratório em cognição sumária não tem autoridade de coisa julgada material.

CONTRATO DE TRABALHO - RESILIÇÃO - ÔNUS DA PROVA - ENUNCIADO 212 DA SÚMULA DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

Marco Aurélio Mendes de Farias Mello (*)

Ponderou-me o nobre Juiz ARI ROCHA, do Terceiro Regional, pessoalmente e por intermédio do nobre e proficiente Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho — Ministro LUIZ JOSÉ GUIMARÃES FALCÃO, a existência de enfoques conflitantes acerca do ônus da prova nas demandas a envolver a cessação do contrato de trabalho por livre discricção, ou seja, a resilição do pacto. De certa forma, a controvérsia, segundo alguns, estaria a decorrer do teor do enunciado 212 que integra a Súmula do Tribunal Superior do Trabalho, fruto de proposta por mim apresentada ao egrégio Plenário:

"DESPEDIMENTO — ÔNUS DA PROVA:

O ônus de provar o término do contrato de trabalho, quando negados a prestação de serviço e o despedimento, é do empregador, pois o princípio da continuidade da relação de emprego constitui presunção favorável ao empregado."

A Consolidação das Leis do Trabalho possui regra própria sobre a distribuição da carga probatória, que afasta a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil e, portanto, a rígida divisão segundo a qual ao autor incumbe provar o fato constitutivo do direito que aponta inobservado e ao réu o concurso de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do referido direito (artigo 333). Refiro-me ao artigo 818, consolidado, cujo preceito revela a clareza e a objetividade indispensáveis ao manuseio por aqueles menos afeitos à Ciência do Direito — rememore-se que na Justiça do Trabalho as partes podem postular diretamente, porque dispensada a representação por profissional da advocacia (artigo 791, consolidado), embora tenha sérias dúvidas, como a maioria as tem, sobre os resultados objetivados pela norma. É que o desequilíbrio é marcante: o empregador dificilmente lança mão desta faculdade, comparecendo à Junta assistido por advogado, o mesmo não acontecendo com o empregado, talvez em virtude da escassez de recursos econômicos. Mas são comuns os casos em que o Presidente da Junta acaba por adiar a audiência, encaminhando o autor, como que, ao sindicato que congrega a categoria profissional.

Preceitua o artigo 818 que:

"A prova das alegações incumbe às partes que as fizer."

Cabe agora analisar a definição do **onus probandi** quando controvertidas a existência do próprio liame empregatício e, frente ao princípio da concentração

(*) Ministro do Tribunal Superior do Trabalho e Professor da UnB

(artigo 300, do Código de Processo Civil), a iniciativa de fazer cessar a relação jurídica que aproxima as partes litigantes, tornando-as senhoras de direitos e detentoras de obrigações.

Em inúmeros votos e acórdãos tenho concluído que a problemática do vínculo empregatício, quanto à configuração, está no campo das condições da ação, mais precisamente ligada à legitimidade passiva para a causa. Se no caso concreto o julgador vem a defrontar-se com quadro fático revelador da inexistência do liame, o desfecho não deve ser outro senão o estampado na carência da ação proposta. O autor não tem ação trabalhista contra o réu, sendo este, portanto, parte ilegítima para figurar na angularidade processual. Outros entendem que a hipótese leva à improcedência do pedido inicial, porquanto o vínculo empregatício consubstancia matéria de mérito. Alguns chegam, ainda, à declaração de incompetência da Justiça do Trabalho, determinando a remessa dos autos à Justiça Comum. Fazem-no, entretanto, olvidando que os elementos definidores da competência estão no processo — nas peças básicas apresentadas pelas partes — e na lei, sendo que somente à Justiça do Trabalho cabe declarar existente, ou não, o vínculo empregatício. Inegavelmente, confunde-se o pressuposto processual — a competência — com a condição da ação — a legitimidade para a causa. Embora sedutora a matéria, o momento não é propício ao aprofundamento, razão pela qual volto ao tema deste ensaio, pequena homenagem ao Dr. ARI ROCHA, Juiz de carreira, merecedor de grande admiração.

A base de todo e qualquer pedido inicial formulado pelo autor na Justiça do Trabalho é a prestação de serviços, que deve resultar de ajuste formalizado nos moldes da Consolidação das Leis do Trabalho ou legislação esparsa que a tenha complementado, no correr destes muitos anos de vigência.

Pois bem, já aqui surge bastante luz para definir o primeiro ponto. Indaga-se: ao autor cumpre provar a prestação dos serviços ou ao réu sua inexistência?

De início, despreze-se a simplista assertiva em torno do não cabimento da prova de fato negativo. Em torno deste sempre se tem aspectos de natureza positiva passíveis de prova. Todavia, nem por isto é dado caminhar no sentido de atribuir ao réu a respectiva prova. É que, conforme já consignado, a prestação dos serviços consubstancia dado básico, causa de pedir, constante da própria peça exordial, quer haja ou não alusão explícita. Logo, se o autor a articula e o réu limita a defesa à negativa, cumpre ao primeiro desenvolver esforços no sentido de convincentemente demonstrá-la, porque "a prova das alegações incumbe à parte que as fizer" (artigo 818, consolidado) e o réu, de novo, nada alegou, cingindo-se à refutação do que esgrimado, de forma direta ou não, pelo autor.

A esta altura, sem desassombro, é dado afirmar: ao autor incumbe provar a prestação dos serviços quando, apresentada defesa pelo réu negando-a, a mesma exsurja controvertida.

A conclusão *supra* tem balizamento próprio. Não cabe o transporte do raciocínio que a enseja com o fito de solucionar outras questões. Assim, será imprópria, por exemplo, quando o réu admite a prestação dos serviços e, ao pedido formulado, contrapõe a ocorrência destes sob o manto da autonomia. No caso, sobre os largos ombros do réu, recai a conveniência e o ônus de provar. A uma, porquanto incontestada a prestação dos serviços presume-se que tenha se verifi-

cado sob a égide da Consolidação das Leis do Trabalho. O vínculo empregatício constitui, no cenário nacional, a regra, de vez que ocorrente na grande maioria dos casos. Presume-se o que normalmente acontece, o cotidiano, devendo ser provado o excepcional, o extraordinário, enfim, tudo aquilo que discrepe da normalidade e, por isso mesmo, mereça o rótulo de exceção. Daí CHIOVENDA, objetivando romper o impasse decorrente do subjetivismo que cerca o enquadramento dos fatos como constitutivos ou impeditivos, modificativos e extintivos, haver proposto e preconizado a fórmula de se ter como constitutivo aquele que produz o efeito que lhe é próprio. Ora, frente à constância de celebrar-se o contrato considerada a Consolidação das Leis do Trabalho, soa que, pacífica a prestação dos serviços — inegavelmente fato constitutivo a ser provado, portanto, pelo autor — o efeito próprio é a existência do liame empregatício, devendo o réu promover os atos tendentes a afastar esta presunção. As duas, porquanto a definição surge do disposto no próprio artigo 818, citado. Ao contestar, o réu, atento às palavras do mestre baiano CALMON DE PASSOS — a contestação por negativa geral nada equivale, exceto nas hipóteses de atuação do advogado dativo, do curador especial e do órgão do Ministério Público (parágrafo único, do artigo 302, do Código de Processo Civil) — empolga fato novo, ou seja, a autonomia da prestação dos serviços, cabendo-lhe, assim, a respectiva prova.

Resta saber as razões que fomentaram a jurisprudência embasadora do enunciado, restrito à definição do **onus probandi** quanto à iniciativa de resilir o contrato de trabalho.

Vem-me de AMÉRICO PLÁ RODRIGUEZ excelente monografia sob o título Princípios de Direito do Trabalho, em boa hora traduzida pelo consagrado processualista WAGNER D. GIGLIO, e editada pela conceituada LTr, a quem, rendendo homenagem, reitero a cobrança da 2.ª edição. Dentre aqueles percorridos pelo juslaboralista uruguaio, estão dois que merecem ser citados como suficientes a embasar, doutrinariamente, o enunciado: os princípios da continuidade e da razoabilidade.

A relação jurídica que aproxima o empregado do empregador projeta-se no tempo, caracterizando o contrato que a conduz como de trato sucessivo. Em regra é mantida sem sujeição a prazo, tudo recomendando que assim o seja, para tranqüilidade dos contratantes e, portanto, maior eficácia dos meios de produção. A relação empregatícia não é efêmera, mas pressupõe uma vinculação que se prolonga, di-lo, na obra citada, Américo Plá Rodriguez. A finalidade da nova política social é manter o vínculo empregatício, repisa EVARISTO DE MORAES FILHO, tardando no Brasil a efetivação da idéia de segurança social, muito bem discorrida pelo mexicano GONZALES BLANCO, porque "os homens necessitam ter plena e real confiança no presente e estar certos de que a satisfação de suas necessidades familiares não dependerá da arbitrariedade e do capricho de outros homens, sendo esta segurança, por outro lado, a fonte da alegria e do amor pelo trabalho, não cabendo exigir dos homens dedicação e esforços em suas atividades, quando a intranqüilidade domina suas consciências" (nota de rodapé na obra de Américo Plá Rodriguez). Daí haver apontado, em singelo trabalho, como reivindicação básica dos trabalhadores na Constituinte a garantia de emprego, de vez que a justiça social, objetivo primeiro da ordem econômica e social, pressupõe segurança na vida gregária e com esta é totalmente incompatível a possibilidade de o empre-

gado vir a perder a fonte do próprio sustento, por ato patronal passível de ser implementado a qualquer momento e a livre discricção (publicado na LTr — Ano 51 — janeiro 1987 — São Paulo — 51-1/5 à 51-1/9, Jornal Trabalhista n. 118/119 de 1986 e ADV — COAD edição especial — 1987).

Pois bem, se toda política social está dirigida à preservação do vínculo empregatício, reclamando modificação no ordenamento jurídico vigente, presume-se a continuidade e, pois, a preservação do contrato, aspecto a atrair a lição de CHIOVENDA. O fato constitutivo do pedido do autor é a existência da prestação dos serviços, reveladora do vínculo, enquanto o extintivo do direito à indenização ou ao levantamento dos depósitos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço no Código 01 é a demissão.

Por outro lado, não é crível que em mercado de trabalho como o brasileiro, com desnível entre mão-de-obra e empregos e no qual 90% ou mais dos trabalhadores dependem da preservação do ajuste laboral para prover o próprio sustento e o das respectivas famílias, venham a acontecer, costumeiramente, desligamentos espontâneos, mediante pedidos de demissão. Subestima a inteligência média eleger este fato como regra, porquanto contrário ao princípio da razoabilidade.

Nem mesmo a simples negativa do empregador quanto à alegação de haver rompido o contrato pode frutificar. Em um dos precedentes que sustentam o enunciado 212 tive oportunidade de lançar ementa que bem sintetiza o alcance do procedimento:

PROVA — DESPEDITAMENTO.

1. A prova das alegações incumbe à parte que as fizer — artigo 818, da Consolidação das Leis do Trabalho —, sendo que ao autor cabe o ônus da prova do fato constitutivo do direito, enquanto ao réu da existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo — artigo 333, do Código de Processo Civil.

2. A alegação do reclamado, segundo a qual não dispensou o empregado, equivale à notícia de que o mesmo deixou, espontaneamente, o trabalho. Mero jogo de palavras, com sutil colocação dos fatos objetivando afastar a incidência dos artigos supra, não merece o respaldo do judiciário, haja vista para a previsão contida no artigo 9.º, consolidado — "serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente consolidação".

3. Presume-se o que normalmente ocorre. O excepcional é a demissão do empregado. Ao apontar que não dispensou os serviços, o reclamado alega fato novo e extintivo do direito do reclamante, incumbindo-lhe, assim, a prova respectiva. (Proc. N.-TST-E-RR-392/80, Ac. TP-240/84, rel. Min. Marco Aurélio Mendes de Farias. Mello).

Destarte, a esta altura, cabe concluir:

1. Na Justiça do Trabalho, a distribuição do **onus probandi** está disciplinada no artigo 818, consolidado.
2. A prova da ocorrência da prestação de serviços incumbe ao autor.

3. Incontroversa a prática dos serviços, a prestação destes em condições estranhas à égide da Consolidação das Leis do Trabalho consubstancia fato extintivo do direito que o autor pretende ver reconhecido, cabendo ao réu prová-lo.
4. Vigora no Direito do Trabalho moderno os princípios da continuidade e da razoabilidade.
5. Contrária a ambos pressupor o desligamento espontâneo pelo empregado, ou seja, verificado o pedido de demissão.
6. O enunciado 212 que integra a Súmula da jurisprudência predominante do Tribunal Superior do Trabalho apenas revela o entendimento segundo o qual, comprovada a prestação dos serviços pelo autor, ou não contestada a alegação feita sobre o respectivo concurso, presume-se a ocorrência mediante vínculo empregatício, cabendo ao réu, que negou o despedimento, provar o fato revelado pela negativa, ou seja, a existência do pedido de demissão ou do abandono do emprego.

A GREVE NAS ATIVIDADES ESSENCIAIS (*)

Luiz José Guimarães Falcão (**)

1 — Justifica-se a proibição da greve nas atividades essenciais?

2 — É viável permitir a greve nas atividades essenciais, cabendo aos trabalhadores decidir sobre a manutenção dos serviços?

Quando, a 9 de janeiro de 1858, eclodiu a greve dos tipógrafos do Rio de Janeiro, o Brasil passou a conviver com um novo fato social, típico das sociedades industriais da era moderna.

Apesar de todos os inconvenientes e preocupações que a greve acarreta, não se pode afastá-la da realidade social do mundo moderno. É uma conquista dos trabalhadores e da democracia que a Constituição Federal, expressamente, deve proteger.

Surge aqui a primeira questão: É a greve um direito absoluto, ó relativo ou é simples exercício da liberdade?

Ainda hoje a doutrina vacila quanto à natureza jurídica da greve, principalmente pelo fato de que ao direito de paralisação se pode opor o direito de trabalhar e sobre ambos, em alguns casos, estão os direitos essenciais do povo. É que algumas greves atingem atividades cuja paralisação afeta diretamente as pessoas ou parte da população, e outras a economia do país. Surge, agora, a questão da atividade essencial e sua conceituação. É viável permitir-se a greve nas atividades essenciais?

Essencial é o que é necessário, indispensável, o mais importante, dizem todos os dicionários.

Como harmonizar o conceito de atividade essencial com a liberdade sindical, cuja manifestação mais forte é a greve?

A importância que representa a liberdade sindical induziu a Organização Internacional do Trabalho a criar um Comitê de Liberdade Sindical, com o encargo de proceder ao exame preliminar de todas as queixas sobre violações dos direitos sindicais.

Desde sua criação, em 1951, o Comitê de Liberdade Sindical da OIT examinou mais de 1.300 casos, o que lhe permitiu, pouco a pouco, formar um conjunto de decisões que cobrem a maior parte dos aspectos relativos à liberdade sindical e à proteção dos direitos sindicais.

No que concerne à greve, o Comitê firmou sua convicção de **que não é atentatória à liberdade sindical** a proibição de greve em atividades cuja paralisação

(*) Palestra proferida no II Congresso Brasileiro de Direito do Trabalho, São Paulo.

(**) Ministro Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho.

coloca em perigo a vida, a segurança e a saúde das pessoas ou de parte da população. Assim, se a greve é direito, não é direito absoluto, e sim relativo, segundo o entendimento da OIT.

O Comitê de Liberdade Sindical da OIT deixou claro e evidente, por outro lado, que a proibição da greve em outras atividades, ainda que causem transtornos ao povo ou à economia do país, **atenta contra a liberdade sindical**. Para a OIT a atividade essencial é de conceito estrito, pertinente apenas à vida, à saúde e à segurança do povo.

Vejamos como se posicionou concretamente o Comitê sobre o conceito de atividade essencial, na 3.^a Edição da recompilação de decisões e princípios do Comitê:

Verbete n. 400:

"O princípio sobre a proibição de greves nos serviços essenciais poderá ser desvirtuado se for declarada ilegal uma greve em uma ou várias empresas que não prestem um serviço essencial no sentido estrito do termo, isto é, os serviços cuja interrupção possa colocar em perigo a vida, a segurança ou a saúde da pessoa de toda ou parte da população". (fl. 82)

A legislação que regula o exercício da greve no Brasil ampliou o conceito de atividade essencial fixado pela OIT, incluindo transportes coletivos, bancos e outras atividades cuja paralisação não coloca em perigo a vida, a saúde e a segurança das pessoas, embora causem problemas à população ou afetem a economia do país.

Como se percebe as atividades essenciais são de dois tipos, segundo a OIT.

1) No sentido estrito são aquelas pertinentes à vida, à saúde e a segurança da população;

2) No sentido lato, as que criam transtornos e dificuldades ao povo e as que afetam a economia do país de forma mais profunda.

Está claro que atenta contra a liberdade sindical proibir-se a greve nas atividades essenciais "lato sensu", não se justificando a proibição em tais setores.

Nas atividades essenciais "lato sensu" o que se admite é que a lei imponha certos procedimentos preliminares de negociação e principalmente de prévio aviso, com razoável antecedência, quanto à hora e dia da paralisação naqueles setores que são do interesse direto da população. (Transporte, por exemplo.)

Desta forma, o amplo direito de greve constante do projeto de Constituição Federal coloca em risco o povo quando a paralisação afetar atividade essencial "stricto sensu", ainda que devam os grevistas garantir a manutenção dos serviços indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade (Art. 10, § 1.º) e estejam sujeitos às penas da lei pelos abusos cometidos (Art. 10, § 2.º).

Mas, se os que trabalham em atividades pertinentes à vida, à saúde e à segurança do povo podem ser proibidos de fazer greve, a lei deve instituir um mecanismo rápido para o exame de suas reivindicações, criando formas de compensação para a desigualdade de situações em relação aos demais trabalhadores que podem fazer greve.

AS ATIVIDADES ESSENCIAIS E OS SERVIÇOS PÚBLICOS

Embora se reconheça o direito de sindicalização aos servidores públicos, com exceção das Forças Armadas e Polícia, cuja proibição de sindicalização não é atentatória à liberdade sindical, o exercício da greve não é a consequência imediata, segundo a OIT.

Em primeiro lugar, os servidores públicos que prestam serviços em atividades essenciais "stricto sensu" estão alcançados pelo entendimento uniforme da OIT de que não atenta contra a liberdade sindical a proibição da greve em tais setores.

Quanto aos servidores públicos em atividade essencial "lato sensu", ou prestadores de serviços da administração direta do Estado, também pode ser proibida a greve, segundo a OIT, porque em tais circunstâncias, sendo o Governo simples delegado do povo, exercendo em seu nome os poderes da administração pública, a greve seria ato praticado diretamente contra o povo.

CONCLUSÕES

- 1) A lei pode proibir a greve nas atividades essenciais "stricto sensu" sem atentado à liberdade sindical;
- 2) Nas atividades essenciais "lato sensu" pode a lei condicionar a greve a procedimentos prévios de negociação, sem proibi-la;
- 3) O direito de sindicalização dos servidores públicos não implica necessariamente o reconhecimento ao direito de greve, segundo a OIT;
- 4) A atividade essencial "stricto sensu" é aquela cuja paralisação possa colocar em risco a vida, a saúde ou a segurança do povo;
- 5) A lei, ao mesmo tempo que proibir a greve nas atividades essenciais "stricto sensu", tem que proporcionar aos que trabalham em tais atividades instrumentos para uma rápida arbitragem de suas reivindicações.

ALGUNS TEMAS DA EXECUÇÃO TRABALHISTA (*)

José Ajuricaba da Costa e Silva (**)

I — INTRODUÇÃO.

1. A execução da sentença é de capital importância no processo, pois é ela que permite que o titular do direito lesado tenha, afinal, concretizada a sua reparação, quando reconhecido pela sentença. De pouco valeria o reconhecimento desse direito pela sentença, se a mesma não se transformasse em efetiva indenização do direito lesado, paga ao autor da ação. E o processo de execução da sentença tem, justamente, a finalidade de compelir o réu, violador do direito do autor e condenado pela sentença a, se voluntariamente não a cumprir, fazê-lo compulsoriamente.

No processo do trabalho, onde os direitos questionados são quase sempre de natureza patrimonial, e as sentenças que impõem obrigação de pagar jamais são totalmente líquidas, o processo de execução é de fundamental importância.

2. O estudo completo deste processo, em que pese a pobreza da regulamentação específica ou talvez por causa dela, é, porém, muito vasto, e por isso não pode se conter, ainda que sumariamente, nos limites de uma palestra, de modo que vou apreciar apenas alguns de seus aspectos, mais prática que teoricamente, como colaboração de um juiz de carreira mais antigo, a colegas que se iniciam nesta bela mas sacrificada profissão, a advogados mais novos, ou a iniciantes do Ministério Público do Trabalho, que aqui gentilmente acorreram, pois não tenho a pretensão de dizer nada de novo sobre a matéria aos grandes nomes da magistratura, da advocacia e do Ministério Público trabalhista de Belo Horizonte, que porventura compareceram para nos honrar com suas presenças.

II — AGILIZAÇÃO DA EXECUÇÃO TRABALHISTA PELA REFORMA DA LEGISLAÇÃO.

3. Sem dúvida nenhuma, faz-se urgentemente necessária uma reforma da legislação, visando disciplinar melhor o processo da execução trabalhista, para que a Justiça possa dar uma satisfação imediata àquele que foi vitorioso num pleito trabalhista, pois, geralmente, já esperou mais do que podia pela reparação de seu direito, dada a morosidade do próprio processo de conhecimento, cujas causas são de todos conhecidas. Concordo com todos aqueles que, a exemplo de WAGNER GIGLIO (1), propugnam várias medidas legislativas objetivando o urgente aceleração da execução no processo trabalhista. Creio que merece ser destacada a sugestão daquele jurista, no sentido de se aproveitar o existente FUNDO DE GA-

(*) Palestra proferida em 18.09.87, em Belo Horizonte, a convite da Associação dos Magistrados do Trabalho da 3a. Região e do TRT de Minas Gerais.

(**) Ministro do Tribunal Superior do Trabalho.

(1) Wagner Giglio, "Direito Processual do Trabalho", SP, 1984, págs. 430/433

RANTIA DO TEMPO DE SERVIÇO, para utilizá-lo no Brasil como sucedâneo do "fundo de execuções" da legislação espanhola, "com a finalidade de pagar ao empregado, imediatamente, o crédito que lhe foi reconhecido na sentença ou no acórdão, com o depósito da condenação feito pelo empregador para recorrer, cujo reembolso, a ser devido em caso de reforma total ou parcial da sentença, ficaria garantido pela indisponibilidade de quantia equivalente na conta vinculada do empregado, até trânsito em julgado da decisão" (2). É uma sugestão interessante, que merece ser amadurecida e convertida em lei.

III — A AGILIZAÇÃO DA EXECUÇÃO TRABALHISTA PELA CLT E CPC.

4. Todavia, embora considere a reforma da Lei importante, ou mesmo fundamental para a agilização do processo de execução, creio que mais importante ainda para este fim é a vontade, que chamaria "política", dos juizes, advogados e procuradores trabalhistas de se empenharem nessa agilização, pois sem esta vontade de nada valerá qualquer reforma.

Digo isto porque há, na legislação vigente, várias normas que permitem um mais rápido tramitamento do processo na execução, que, geralmente, não são utilizadas, quer pelos juizes, quer pelos próprios advogados dos exeqüentes. Com efeito, as seguintes medidas processuais podem e devem ser implementadas com base na CLT ou no CPC:

a) Pedir o Exeqüente ou a Procuradoria, ou determinar o Juiz "ex officio", a execução da sentença, logo após haver sido proferida pela Junta ou Juiz de Direito, como previsto no Art. 878 e seu parágrafo único, da CLT. Isto é possível, ainda que tenha havido recurso ordinário, dado o efeito meramente devolutivo deste, **ex vi** do disposto no Art. 899, da CLT, hipótese em que a execução será provisória, mas poderá se estender até à penhora, com avaliação do bem penhorado. Esta medida permitirá uma antecipação da execução da sentença, podendo levar o Reclamado, até então irredutível, a fazer um acordo, pagando logo ao Exeqüente uma parcela substancial da condenação ou mesmo toda ela, para liberar o bem penhorado ou evitar aumentar consideravelmente o valor pela correção monetária e juros, do qual já tem uma idéia mais concreta pela liquidação feita até então. Para promover a execução provisória, a parte deve requerer a carta de sentença e se a iniciativa for do Juiz, deverá este ordenar a sua expedição antes da remessa do processo à instância superior, iniciando de logo a execução se a liquidação, como geralmente acontece, não exigir a prova de fatos novos. Caso contrário, só as partes, Exeqüente ou Executado, poderão promovê-la;

b) Exigir o Exeqüente, ao ser feita a nomeação de bens à penhora pelo Executado, que seja obedecida a gradação legal prevista no Art. 11, da Lei 6.830/80, aplicável subsidiariamente, ou no Art. 655, do CPC, se entender inaplicável aquela lei. Em ambos os dispositivos se estabelece a preferência para dinheiro, títulos da dívida pública com cotação em bolsa, pedras e metais preciosos, sobre móveis, imóveis e veículos, o que permite acelerar a execução, sobretudo quando se insiste na penhora em dinheiro, obrigando o Executado que não quiser, ou não puder desembolsar todo o valor da condenação até então apurado, a fazer uma conciliação razoável com o Exeqüente, extinguindo o processo, com bene-

(2) Wagner Giglio, op. cit., pág. 431.

fício para todos, inclusive para a Justiça. A regra do Art. 620, do CPC, também subsidiária, e que manda o Juiz fazer a execução pelo meio menos gravoso para o devedor, não pode ser invocada para justificar a desobediência à mencionada gradação, com prejuízo da celeridade da execução, salvo casos especiais, a critério do julgador;

c) Determinar o Juiz, sempre que possível e recomendável, a remoção do bem penhorado para depósito judicial ou particular, como facultado pelo § 3.º, do Art. 11, da Lei 6.830/80, já citada. Tal remoção, quando o bem penhorado faz falta ao Executado, pode também levar este a propor um acordo satisfatório ao Exeqüente, pondo fim à demanda;

d) Somente admitir o Juiz a execução por artigos, quando houver, realmente, necessidade de provar fatos novos, indispensáveis à liquidação da sentença. Se esta pode ser feita por simples cálculo, não se justifica a realização de perícia ou o interrogatório das partes e de testemunhas, o que, se requerido, constitui medida evidentemente protelatória, devendo ser indeferida;

e) Deve o Juiz adotar, na liquidação por artigos, o procedimento ordinário trabalhista e não o do processo civil, designando audiência para que o Executado apresente nela a sua defesa e as suas provas, ao invés de mandar citá-lo para contestar, concedendo-lhe prazo para isto;

f) Sempre que possível e dentro do razoável, levando em conta as condições da empresa, sobretudo as de pequeno porte, o Juiz deve ordenar a penhora sobre dinheiro, salvo se o Exeqüente concordar com a nomeação de outro bem, ou, ele próprio, ao lhe ser devolvida a nomeação, indicar bem diverso.

IV — A CORREÇÃO MONETÁRIA E OS JUROS DE MORA NA EXECUÇÃO TRABALHISTA.

5. A correção monetária dos débitos de natureza trabalhista foi instituída pelo DL n. 75, de 21.11.66, que a ela sujeitou os débitos de salários, indenizações e outras quantias devidas pelas empresas a seus empregados, não liquidados dentro de noventa dias contados das épocas próprias, segundo os índices fixados trimestralmente pelo Conselho Nacional de Economia.

O referido DL declarou, ainda, o que se considera "época própria", obrigou a Justiça do Trabalho a incluí-la sempre em suas decisões e disse que ela cessaria, porém, a partir da data do deferimento do pedido de falência. O Decreto 61.032, de 17.7.67, que regulamentou o DL 75/66, determinou que a correção monetária fosse feita pela relação dos valores das ORTNs, tomando-se para numerador o valor do trimestre em que vier a se verificar a liquidação do débito e como denominador o do trimestre em que estiver compreendida a época própria. A Lei 5.670, de 2.7.71, determinou, por sua vez, que o cálculo da correção não incidiria sobre período anterior à data em que entrou em vigor a lei que a instituiu, ou seja, anterior a 21.11.66.

Esta correção dos débitos trabalhistas foi aplicada, sem solução de continuidade, nos pretórios trabalhistas até 28.2.86, quando o DL 2.284/86 instituiu o Plano Cruzado I, congelando os preços e proibindo a correção monetária de quaisquer débitos, objetivando a inflação zero. Por força deste Decreto-lei, a correção

monetária deixou de ser aplicada aos débitos trabalhistas, só tendo sido restaurada a partir de 26.2.87, pelo DL 2.322/87, que, em seu Art. 3.º e §§ 1.º e 2.º, assim dispôs sobre a matéria:

"Art. 3.º. Sobre a correção monetária dos créditos trabalhistas, de que trata o Decreto-lei n. 75, de 21 de novembro de 1986 e legislação posterior, incidirão juros, à taxa de 1% (um por cento) ao mês, capitalizados mensalmente.

§ 1.º. Nas decisões da Justiça do Trabalho, a correção monetária será calculada pela variação nominal da Obrigação do Tesouro Nacional — OTN, observado, quando for o caso, o disposto no parágrafo único do artigo 6.º do Decreto-lei n. 2.284, de 10 de março de 1986, com a redação que lhe foi dada pelo Decreto-lei n. 2.311, de 23 de dezembro de 1986.

§ 2.º. Aplicam-se aos processos em curso as disposições deste artigo."

A redação ambígua deste artigo e de seus parágrafos está acarretando algumas dúvidas quanto ao seu verdadeiro significado.

6. Há quem esteja interpretando a norma do § 2.º, que manda aplicar as disposições do Art. 3.º "aos processos em curso", como autorizando a incidência da correção monetária no período compreendido entre 28.2.86 e 27.2.87, data da vigência do DL 2.322/87.

Tal entendimento me parece, pelo menos precipitado. Se é verdade que, durante o chamado Plano Cruzado I, o congelamento de preços nem sempre foi respeitado, estabelecendo-se uma certa defasagem entre preços e salários, de um modo geral houve uma fase de estabilidade de preços, permitindo algum desafogo à classe trabalhista, que pôde consumir tanto que os produtos desapareceram das prateleiras dos supermercados, armazéns e lojas. Isto só foi possível porque a inflação não corroe os salários dos trabalhadores. Como a correção monetária visa apenas a atualização da moeda ou do crédito, não se justifica sua aplicação a um período em que essa desvalorização foi, pelo menos, bastante reduzida.

Acho que, sobre a matéria, correto é o entendimento de JOÃO ALBINO SIMÕES RODRIGUES, professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pelotas, para quem a regra do § 2.º, citado, não consagrou a retroatividade do Art. 3.º, que restabeleceu a correção monetária. Para o referido professor, tal interpretação, *verbis*, "afronta os mezinhos princípios de hermenêutica jurídica. Considerada a regra do Art. 6.º, da Lei de Introdução ao Código Civil e, por analogia, a do Art. 913, da CLT, o parágrafo em análise é completamente despiciendo; constitui uma redundância diante do sistema. Se a lei, por força de disposição constitucional, tem vigência imediata, é claro que atingirá os processos em curso, ressalvados os atos processuais já praticados" (3).

Na verdade, a nosso ver, o que pretendeu o legislador com a norma do § 2.º, do Art. 3.º, do DL 2.322/87, foi assentar, de modo inequívoco, a aplicação imediata da lei, devendo, por isso, atingir também os processos em curso, mas so-

(3) J. A. Simões Rodrigues, "Juros e Correção Monetária dos Créditos Trabalhistas", in Suplemento Trabalhista LTr, Ano XXIII, n. 68/87.

mente a partir da data de sua vigência. Entender o contrário seria consagrar a retroatividade da lei nova, o que o nosso sistema jurídico somente admite quando a lei expressa e claramente a declara.

7. Quanto aos juros de mora, que eram de 6% ao ano e 0,5% ao mês, por aplicação do Art. 1.063, do Código Civil, e simples, isto é, incidindo apenas sobre o capital e não sobre este acrescido dos juros vencidos, passaram, por força da nova lei, a ser de 12% ao ano (e 1% ao mês) capitalizados mensalmente.

A redação do Art. 3.º, **caput**, do DL 2.322/87 não foi das mais felizes, pois afirma que os juros incidirão "sobre a correção monetária dos créditos" e não sobre os próprios créditos e, ainda menos, sobre estes corrigidos monetariamente, isto é, acrescidos da correção correspondente, como assentado já na jurisprudência da mais alta Corte trabalhista do país pela sua Súmula 200. Uma interpretação literal da nova lei levaria ao entendimento de que o legislador não só quis reverter a jurisprudência dominante, como ir mais além, para fazer incidir os juros de mora não sobre o valor dos créditos, mas tão-somente sobre a correção monetária desses créditos. Por aí se vê como é perigoso interpretar apressadamente a nova lei, como querem fazer, por exemplo, os que advogam o seu efeito retroativo, para fazer incidir a correção monetária também no período de vigência do Plano Cruzado I (28.2.86 a 27.2.87) e até mesmo, para aplicar os juros capitalizados de 12% ao ano a contar da data da constituição do crédito, ou seja, antes mesmo da vigência da lei que os instituiu.

Na verdade, seria inconcebível pensar que o legislador, como dá a entender a letra da lei, quis que os juros de mora passassem a incidir apenas sobre a correção monetária obtida pela aplicação da variação das OTNs sobre o valor dos créditos trabalhistas. Os juros foram sempre calculados sobre o valor integral dos créditos, que correspondem ao "capital", da fórmula aritmética para seu cálculo, $j = cit/100$, ou seja, o valor dos juros se obtém pela multiplicação do capital pela taxa e pelo tempo, e divisão do resultado por 100.

Até a aprovação da Súmula 200, do TST, dividia-se a jurisprudência entre os que admitiam a incidência dos juros somente sobre o capital, representado pela soma dos créditos trabalhistas e aqueles que para os quais tais créditos deveriam ser antes atualizados pela correção para, sobre o resultado final, incidirem os juros, entendimento este que acabou prevalecendo e pacificado pela referida Súmula. Se o Art. 3.º, do DL 2.322/87, for interpretado literalmente, haverá um retrocesso inexplicável em matéria de contagem de juros, pois incompatível com o próprio conceito aritmético tradicional de tal parcela.

O bom senso manda, pois, que se entenda a nova lei como determinando que os juros incidam sobre os "créditos trabalhistas corrigidos monetariamente" consagrando, pois, a jurisprudência predominante do Tribunal Superior do Trabalho, e não sobre a "correção monetária dos créditos trabalhistas", como, imprópriamente, consta do **caput** de seu Art. 3.º.

8. Outra dúvida que vem assaltando os intérpretes da nova lei, também quanto à incidência dos juros de mora, segundo o já citado J. A. SIMÕES RODRIGUES, é quanto aos efeitos da expressão "capitalizados **mensalmente**" sobre a contagem dos juros de mora.

Dai se deverá inferir que a nova taxa dos juros de mora, de 12% ao ano, deve ser aplicada sobre os créditos trabalhistas a partir do vencimento desses créditos e até mesmo de data anterior ao ajuizamento da reclamação? Terá a lei, também aqui, efeito não só retroativo, como também revogatório da parte final do Art. 883, da CLT? Estabelece este dispositivo consolidado, de corriqueira aplicação pelo Juiz do Trabalho, que, **verbis**:

Art. 883. Não pagando o executado, nem garantindo a execução, seguir-se-á penhora dos bens, tantos quantos bastem ao pagamento da importância da condenação, acrescida de custas e juros de mora, sendo estes, em qualquer caso, devidos a partir da data em que foi ajuizada a reclamação inicial.

Damos, mais uma vez, a palavra ao ilustre professor pelotense para responder a tais indagações. Diz ele, **verbis**:

"A lei não retroage por disposição tácita. Para que o Decreto-lei n. 2.322/87 tivesse efeito retroativo seria indispensável determinação expressa neste sentido.

Outro aspecto importantíssimo a considerar é o respeito à 'coisa julgada'. O Decreto-lei n. 2.322/87 aplica-se aos processos em curso. Suas disposições, entretanto, não podem de modo algum atingir processos com sentenças passadas em julgado."

E mais adiante acrescenta:

"Sabe-se que uma norma jurídica pode ser revogada por outra expressa ou tacitamente. A revogação é expressa quando, por declaração formal, a lei nova faz cessar a obrigatoriedade de um preceito até então vigente. A revogação é tácita quando a lei nova dispõe sobre a mesma relação tratada pela lei anterior ou a regula por modo incompatível com a disposição antiga, revelando, inequivocamente, a intenção de substituir uma pela outra (Lei de Introdução ao Código Civil, art. 2.º, § 1.º). Ora, ao fixar que os juros serão capitalizados mensalmente o Decreto-lei n. 2.322/87 não criou nenhuma incompatibilidade com o mandamento final do art. 883 da CLT. A capitalização mensal dos juros tanto poderia ser contada da data em que a reclamação foi protocolada em juízo como da data de vencimento da dívida. Para que se pudesse considerar revogada a parte final do art. 883 da CLT, portanto, seria indispensável menção expressa na lei nova que, nesse aspecto, com ele é perfeitamente compatível."

9. Concluímos, pois, de conformidade com o entendimento do jurista gaúcho que:

- 1.º) Sobre os créditos trabalhistas constituídos antes de 28.2.86 será aplicada a correção monetária até aquela data, por força do DL 75/66, então vigente;
- 2.º) No período entre 28.2.86 e 27.2.87 não haverá atualização dos créditos trabalhistas, porque o DL 2.284/86 revogou, durante sua vigência, o DL 75/66;
- 3.º) Os créditos constituídos na vigência dos DLs 2.283 e 2.284/86 e não pagos até 27.2.87, só serão corrigidos a partir desta última data, quando a correção monetária foi restabelecida pelo DL 2.322/87;

- 4.º) Os créditos trabalhistas constituídos e pagos na vigência dos DLs 2.283 e 2.284/86 não sofrerão nenhuma correção monetária, não podendo ser esta pleiteada após a vigência do DL 2.322/87, por aplicação retroativa deste Decreto-lei;
- 5.º) Os juros de mora continuam a incidir sobre os créditos trabalhistas atualizados pela correção, como preconizado pela Súmula 200/TST;
- 6.º) Tais juros devem ser calculados à taxa de 6% ao ano e de modo simples, até 26.2.87, haja ou não sentença com trânsito em julgado, passando a ser computados à taxa de 12% ao ano e capitalizados mensalmente, só a partir de 27.2.87, data da vigência da nova lei;
- 7.º) Os juros continuam a fluir, somente, a partir da data do ajuizamento da reclamação, ainda que os créditos sobre que incidem tenham-se vencido anteriormente (Art. 883, da CLT).

10. Ainda sobre a correção monetária e os juros de mora, devem ser examinados os efeitos da aplicação subsidiária da Lei 6.830/80, que regulamenta a cobrança da dívida ativa da Fazenda Pública.

Tenho convicção de que a referida lei se aplica, subsidiariamente, à execução trabalhista, por força do Art. 889, da CLT, que não foi revogado pelo CPC de 1973, como, sem razão, entendem alguns jurtrabalhistas⁽⁴⁾. Comungo com o entendimento contrário da maioria daqueles que trataram do assunto, como COQUELHO COSTA⁽⁵⁾, WAGNER GIGLIO⁽⁶⁾, MOZART VICTOR RUSSOMANO⁽⁷⁾, ARION SAYÃO ROMITA⁽⁸⁾, ROBERTO BARRETTO PRADO⁽⁹⁾, JOSÉ SOARES FILHO⁽¹⁰⁾, J. A. RODRIGUES PINTO⁽¹¹⁾ e ALCIDES DE MENDONÇA LIMA⁽¹²⁾.

Não cabe apreciar, nesta palestra, a aplicação desta lei ao procedimento da execução trabalhista, de um modo geral. Limitar-me-ei, pois, a examinar os efeitos da regra do § 4.º, do Art. 9.º, da referida lei, que faz cessar a responsabilidade do Executado "pela atualização monetária e juros de mora", quando o mesmo deposita o valor da condenação em dinheiro, à ordem do Juízo, em estabelecimento oficial de crédito, que assegure atualização monetária, como previsto no inciso I, do mesmo Art. 9.º, e disciplinado pelo Art. 32, da mesma lei.

Trata-se do depósito judicial à vista, que pode ser feito na Caixa Econômica Federal, ou em banco oficial das unidades da Federação, os únicos autorizados por lei a recebê-los. Sobre estes depósitos incide apenas a correção monetária,

(4) V. José Alberto Couto Maciel, "A Nova Lei Sobre a Cobrança da Dívida Ativa da Fazenda Pública e a Execução Trabalhista: Inaplicabilidade", in Rev. LTr, Vol. 45, págs. 143/144.

(5) Carlos Coqueijo Costa, in "Direito Processual do Trabalho", Rio, 1986, págs. 676/681.

(6) Wagner Giglio, op. cit., pág. 428.

(7) Mozart Victor Russomano, in "Comentários à CLT", Rio, 1984, pág. 969.

(8) Arion Sayão Romita, "Aspectos do Processo de Execução Trabalhista à Luz da Lei n. 6.830", in Rev. LTr, Vol. 45, Setembro/81, págs. 1031/1043.

(9) Roberto Barretto Prado, "Aplicação aos Processos Trabalhista da Lei que Regula os Executivos Fiscais" in Rev. LTr, Vol. 46, Agosto/82, págs. 937/941.

(10) José Soares Filho, "Lei n. 6.830/80. Sua Aplicação ao Processo Trabalhista", in LTr, Vol. 45, Abril/81, págs. 405 e ss.

(11) J. A. Rodrigues Pinto, in "Execução Trabalhista", SP, 1984, págs. 28, 84 e outras.

(12) Alcides de Mendonça Lima, in "Processo Civil no Processo Trabalhista", SP, 1983, págs. 115/119.

apurada mensalmente. A norma do Art. 9.º, § 4.º, da Lei 6.830/80, desobrigando o Executado não só da atualização do seu débito, como também dos juros de mora, a partir do momento em que deposita em dinheiro o valor da condenação, em conta de "depósito judicial à vista", na Caixa Econômica Federal, é, pois, visivelmente prejudicial ao Exeçüente, que perde o valor dos juros de mora.

A aplicação subsidiária da referida norma não deixa nenhuma dúvida sobre este efeito, que só é salutar para ambas as partes no que diz respeito à correção monetária, que fica garantida ao empregado por uma instituição de crédito oficial e o empregador não sofre maiores ônus pelo fato de usar os recursos legais cabíveis da sentença que fixou o valor a ser por ele pago. Entretanto, a suspensão da fluência dos juros de mora, evidentemente desvantajosa para o Exeçüente, é incompatível com o Art. 3.º, do DL 2.322, de 26.2.87, já citado, que imperativamente manda incidir juros de 1% ao mês, capitalizados mensalmente, sobre o valor corrigido dos créditos trabalhistas. Tal disposição legal, posterior à Lei n. 6.830/80, implicitamente a derogou, por aplicação do Art. 2.º, § 1.º, da Lei de Introdução ao Código Civil. Conseqüentemente, a partir da vigência do DL 2.322/87, dúvida não pode haver de que, mesmo havendo depósito dos créditos trabalhistas na CEF, sobre eles "incidirão" os juros de mora de 1% ao mês, capitalizados, a partir da vigência do referido Decreto-lei, ou seja, de 27.2.87. O ônus, porém, é do empregador-depositante, pois a Caixa está proibida de pagar tais juros, face ao disposto no Art. 3.º, **caput**, do DL 1.737, de 20.12.79.

Antes de serem autorizados os "depósitos judiciais à vista" pelo Banco Central, era comum serem os depósitos em dinheiro feitos em bancos oficiais ou não, cujo valor ia se deteriorando com a inflação, em prejuízo não só dos empregadores depositantes, que eram compelidos a complementar, a final, o valor acrescido da correção e dos juros de mora, como também para as partes e para a própria Justiça, tornando a execução mais trabalhosa e demorada e só beneficiando aos bancos, que recebiam esses depósitos e com eles operavam por longos períodos, sem pagar um níquel sequer pelos mesmos, apesar de somarem, não raro, milhões de cruzeiros!

V — A EXECUÇÃO TRABALHISTA E A INSOLVÊNCIA OU FALÊNCIA DO EXECUTADO

11. O processo falimentar, instaurado pela sentença declaratória da falência do devedor comerciante, que corresponde ao empresário comercial, bancário ou industrial, etc., que não consegue saldar suas dívidas no seu vencimento, tem como finalidade proteger a totalidade dos credores do falido contra a esperteza de alguns. Como dentre os credores encontram-se, sempre, os empregados do falido, também estes são beneficiados pelo processo falimentar. Com efeito, se não houvesse tal processo, os credores mais bem informados sobre a situação econômico-financeira da empresa e aqueles que tivessem melhor assistência judiciária apressar-se-iam a mover ações executivas individuais contra o devedor insolvente, penhorando seus bens mais valiosos, para serem afinal pagos da totalidade de seus créditos, exaurindo a massa falida, que ficaria impossibilitada de pagar aos demais credores, justamente aqueles menos espertos, que são os mais pobres e necessitados.

Com a instauração do processo falimentar o Juiz, com a colaboração do síndico, arrecada todos os bens do falido, perseguindo aqueles por este vendidos, cedidos ou doados no denominado termo legal de falência, que precede a data de sua declaração e é fixado na sentença, tudo com o objetivo de reunir todo o ativo do empresário, para poder atender, do melhor modo possível, a todos os seus credores e não apenas a alguns deles.

O processo falimentar não é, pois, em princípio, prejudicial aos empregados do falido, mas, ao contrário, benéfico para a totalidade deles. Como todos esses empregados e não apenas os mais esclarecidos e ligeiros na defesa de seus direitos, são titulares de créditos com privilégio especial, que preferem até mesmo aos da Fazenda Pública e aos encargos e dívidas da massa, e a lei falimentar manda o síndico respeitar tal privilégio ao organizar o quadro geral de credores e promover a liquidação dos créditos habilitados, o processo falimentar é uma garantia de que os empregados serão pagos, antes de quaisquer outros credores. E não apenas alguns empregados, mas todos eles, inclusive os mais modestos e necessitados. Não há perigo de, num processo falimentar conduzido com seriedade e competência, serem os empregados do falido preteridos no pagamento de seus créditos privilegiados, representados pelo total dos salários a eles devidos (nestes incluídos toda e qualquer parcela de natureza salarial) e das suas indenizações ou depósitos equivalentes do FGTS. Como esses créditos, em alguns casos, precisam ser fixados por sentença, em processo da competência da Justiça do Trabalho, nenhum prejuízo decorrerá da demora deste processo para a proteção dos créditos privilegiados dos empregados, bastando, para prevenir o atraso na habilitação dos mesmos, que peçam ao Juiz da falência sejam reservados os valores necessários e suficientes à satisfação de seus créditos, como previsto nos Arts. 24, § 3.º, e 130, da Lei de Falência (Decreto-lei n. 7.661/45). A única desvantagem que pode decorrer para o empregado, de sua habilitação como credor no processo de falência de seu empregador insolvente, é a demora do referido processo. Mas, tal demora não afeta a apenas um dos credores, nem, tampouco, a um só empregado do falido. Todos são igualmente prejudicados pelo retardamento do processo falimentar. Essa morosidade, porém, não pode servir de justificativa para que se permita que a reclamação trabalhista do empregado prossiga contra a massa falida, mesmo na fase de execução, com penhora sobre bens da massa, para serem levados a praça ou leilão somente em favor de um ou alguns dos empregados!

A regra geral é, pois, que os empregados do falido, após apurados seus créditos através de sentença da Justiça do Trabalho, deverão, munidos de certidão daquela sentença, se habilitar como credores, a fim de integrarem o respectivo rol, não só por seus créditos trabalhistas privilegiados, como também pelos seus créditos quirografários.

A Lei de Falência, em seu Art. 24, § 1.º, parte final, prevê uma única hipótese em que a reclamação prosseguirá na Justiça do Trabalho até o pagamento dos créditos trabalhistas nele reconhecidos. É quando, ao ser declarada a falência, o processo já estiver em fase de execução e tiverem sido arrematados os bens penhorados. Neste caso, diz a lei, o preço da arrematação será destinado, em primeiro lugar, ao pagamento da condenação e somente o que dele sobrar após o

pagamento do Exeçúente é que deverá ser encaminhado ao juízo de falência, para que mande incluir na massa (Art. 24, § 1.º, parte final).

A regra do § 2.º, do mesmo Art. 24, tem dado lugar a decisões divergentes. Como os empregados são credores por títulos não sujeitos a rateio, dado o caráter privilegiado da maior parte de seus créditos, tem-se entendido que as ações não só prosseguem com o síndico, como também continuam na Justiça do Trabalho até pagamento do(s) Exeçúente(s).

Existem mesmo decisões do C. STF, em conflito de jurisdição, reconhecendo, na hipótese, que a ação já iniciada prossegue na Junta de Conciliação e Julgamento até final liquidação (CJ n. 2.645, Ac. do Pleno, de 6.7.62, Rel. Min. CUNHA MELLO e CJ n. 4.019, Ac. da 1.ª Turma, Rel. VICTOR NUNES LEAL), além de outras (13).

Mas, são decisões antigas da Suprema Corte brasileira, que não seguem, a nosso ver, a melhor doutrina, nem dão a solução mais justa. Prefiro ficar com o entendimento de AMAURI MASCARO NASCIMENTO, para quem, **verbis**:

"A tese, apesar dos seus aspectos positivos, traz conseqüências práticas que contrariam os fins a que se propõe, ou seja, a proteção maior do trabalhador. Admitida essa dualidade de execuções, a singular, para os salários e um terço das indenizações dos empregados que têm esses direitos, e a coletiva, para os demais créditos trabalhistas, resultaria uma situação de total desproteção para os empregados cujos créditos terão que ser habilitados na falência. Mesmo entre os empregados que têm créditos privilegiados e que continuariam suas execuções singulares na Junta, pode ocorrer, como de fato ocorreu no caso concreto que deu causa ao pronunciamento da Corte Suprema, desigualdade de atendimento, porque os empregados que estavam assistidos por advogados cobraram desde logo os seus créditos, aqueles que estavam desassistidos e cujos processos não correram com a mesma celeridade, não puderam cobrar os seus créditos, porque os primeiros exauriram as forças patrimoniais sobre as quais as suas execuções singulares exercitaram-se e porque da tese resulta a impossibilidade do Juiz do Trabalho determinar a execução coletiva por rateio, exatamente o tipo de execução que mais convém nesses casos e que é falimentar" (in "Curso de Direito Processual do Trabalho", S. Paulo, 1978, pág. 261).

Esta orientação doutrinária tem sido seguida por decisões recentes do Pleno do Tribunal Superior do Trabalho, como as proferidas no RO-MS-221/85, de 31.10.85, Rel. Ministro GUIMARÃES FALCÃO, e no RO-MS-262/86, de 10.11.86, que teve como Relator o Ministro NORBERTO SILVEIRA DE SOUZA. Esta última tem a seguinte ementa, **verbis**:

"Por força da Lei de Falência, a execução trabalhista, embora iniciada e até mesmo chegando à penhora, fica suspensa, quando ocorre a decretação da falência. É preciso evitar que outros trabalhadores venham a ficar prejudi-

(13) Há também decisão do Tribunal Federal de Recursos, reconhecendo a competência da Justiça do Trabalho para prosseguir com a execução trabalhista, a despeito da falência do empregador, e para determinar a penhora no rosto dos autos do processo falimentar — CC n. 5603, procedente de São Paulo, sendo Relator o Ministro ANTÔNIO TORREÃO BRAZ, Ac. de 15.05.84, pub. no DJU de 14.06.84 e na Rev. Trab. Brasileira, Agosto/84, págs. 78/79.

cados com a exclusão da massa falida de bens penhorados. A proteção excessiva de um trabalhador redundaria em prejuízo aos direitos de outros trabalhadores. Recurso a que se dá provimento."

Com ela também concordam EMÍLIO GONÇALVES⁽¹⁴⁾ e AMADOR PAES DE ALMEIDA, misto de juslaborista e comercialista, que em sua obra "Curso de Falência e Concordata", critica a orientação adotada pelo C. STF e sugere, como solução que lhe parece mais prática, que se conceda ao crédito trabalhista o mesmo tratamento dispensado ao crédito fiscal⁽¹⁵⁾. Em sentido contrário, opina, porém, MANOEL ANTÔNIO TEIXEIRA FILHO⁽¹⁶⁾, para quem o § 2.º, do Art. 24, da Lei de Falência, exclui da *vis atractiva* do Juízo falimentar as execuções trabalhistas porque os trabalhadores são "credores por títulos não sujeitos a rateio". Mas o dispositivo que consagra a universalidade do Juízo de falência não é o Art. 24 e sim o Art. 23. O que diz o Art. 24 é que as ações e execuções nele referidas não ficam suspensas durante o processo falimentar, mas prosseguem com o síndico até ser determinado o valor do crédito, quando então o credor se habilitará na falência. De outro modo não teria sentido o disposto no § 3.º, do mesmo Art. 24, ao dispor que os credores referidos no inciso II, uma vez tornado líquido o seu direito, serão incluídos na falência! O ato não se justificaria, se, por força da regra do Art. 24, *caput*, eles estivessem excluídos do juízo da falência, como entende o ilustre juslaborista do Paraná.

12. A concordata, porém, do empregador, não lhe retira, como na falência, a administração da empresa. As ações trabalhistas contra ele ajuizadas continuam sem solução de continuidade, até final pagamento dos créditos reconhecidos ao reclamante, perante a Justiça do Trabalho.

O C. STF assentou mesmo em uma de suas Súmulas, que, *verbis*:

"A concordata do empregador não impede a execução de crédito nem a reclamação do empregado na Justiça do Trabalho."

13. Problema diferente surge, porém, quando a execução trabalhista é promovida contra empresa não comerciante (empresa agropecuária, não organizada em forma de S/A, clube esportivo ou de diversão, fundação de direito privado, etc.) em estado de insolvência, ou seja, quando o seu ativo não é suficiente para pagamento de seus credores. Apesar de não haver falência, porque esta é privativa da empresa mercantil, existe a *vis atractiva* do Juízo Cível, que declarar, por sentença, a insolvência do empregador, *ex vi* do Art. 762, do CPC, segundo o qual, *verbis*, "ao juízo da insolvência concorrerão todos os credores do devedor comum", devendo as execuções movidas por credores individuais serem remetidas àquele juízo (§ 1.º, do Art. 762, citado).

O CPC de 1973 inovou, significativamente, em matéria de insolvência do devedor não comerciante, prevendo, em seus Arts. 748/786, um processo parecido com o processo falimentar.

(14) *Emílio Gonçalves*, in "Os Direitos Trabalhistas na Falência e na Concordata", S. Paulo, 1977, pág. 116.

(15) *Amador Paes de Almeida*, in "Curso de Falência e Concordata", S. Paulo, 1983, págs. 307/308.

(16) *José Antônio Teixeira Filho*, in "Liquidação da Sentença no Processo do Trabalho", São Paulo, 1986, pág. 145-48.

Também aqui um administrador da massa, substituirá o insolvente na administração de seus bens, e a ele incumbirá arrecadar todos os bens do devedor, representar a massa ativa e passivamente (Arts. 761 e 766, do CPC). Na sentença declaratória da insolvência o Juiz mandará convocar, por edital, todos os credores do devedor, os quais terão o prazo de vinte (20) dias para apresentar declaração de seus créditos (Art. 761, inciso II, do CPC).

Os créditos habilitados serão verificados e classificados, devendo ser organizado o respectivo quadro, pelo contador do Juízo da insolvência, observados os títulos legais de preferência de acordo com a lei civil (Art. 769, do CPC). Conseqüentemente, não pode ser invocada pelos credores trabalhistas e preferência estabelecida no Art. 102, "caput", da Lei de Falência, que é uma lei comercial. Terão eles direito, porém, ao privilégio estabelecido no Art. 449, § 1.º, da CLT, que é, no sentido amplo, uma lei civil.

Terão, também, preferência sobre os créditos fiscais, pois isto está estabelecido no Art. 186, do Código Tributário Nacional (Lei 5.172/66), porque é também uma lei civil e não mercantil. Se a reclamação trabalhista foi anterior à declaração da insolvência pela Justiça Comum e o processo já estiver em fase de execução, com praça ou leilão designado pelo Juiz do Trabalho, perante este será feita a arrematação, mas o respectivo preço não poderá ser pago ao empregado exequente, devendo ser posto à disposição do Juízo da insolvência, para integrar a massa, conforme prescrito no § 2.º, do Art. 762, do CPC.

Isto é o que decorre da interpretação literal dos dispositivos legais que disciplinam a insolvência do devedor civil. Na jurisprudência a matéria ainda não foi suficientemente discutida, sendo que o C. TST, segundo levantamento por mim feito, não tem decisão sobre a mesma.

O PAPEL DO JUIZ NA CRIAÇÃO DO DIREITO (*)

Wilma Nogueira de Araújo Vaz da Silva (**)

"O juiz é um homem que se move dentro do direito, como um prisioneiro dentro do seu cárcere. Tem liberdade para mover-se e nisso atua sua vontade; o direito, entretanto, lhe fixa limites muito estreitos, que não podem ser ultrapassados. O importante, o grave, o verdadeiramente transcendental do direito, não está no cárcere, isto é, nos limites, mas no próprio homem".

(Eduardo V. Couture)

I

ANTECEDENTES HISTÓRICOS

1. — O estudo da história revela que a antigüidade conheceu apenas três povos com uma organização social e política definida: os hindus, os chineses e os hebreus. Entre todos, distinguiram-se os hindus pela diferenciação que observavam, já naquela época, entre as leis do Estado e as leis morais, através de princípios que atravessaram os séculos. Face à importância do Código de Manu, registrada até os nossos tempos, e a profunda influência exercida em quase todas as legislações posteriores, limitar-nos-emos a um histórico em relação apenas a essa codificação.

A Índia preservou um código atribuído a Manu Valsavata, personagem mítico considerado filho de Brama e pai dos homens. Esse código compõe a obra legislativa mais antiga e mais venerada dos brâmanes.

Na sociedade hindu, a organização de família tinha caráter sagrado, com expressiva distinção entre os sexos. Nela, as leis corporificavam a mistura de preceitos jurídicos aos religiosos e também aos de ética social. Na pluralidade dos textos existentes, destacavam-se as Institutas de Vishnu e as leis sagradas dos árias, sendo o código com o nome de Manu o mais antigo dentre eles.

Historicamente, esses textos representam a primeira organização geral da sociedade, retratando a situação do direito no seio dos povos que não chegaram a diferenciar a ordem jurídica dos demais planos da vida social, especialmente o religioso.

2. — O conteúdo do código de Manu evidenciava nítida correlação entre o direito e os dispositivos sacerdotais, os problemas de culto e as conveniências de casta.

(*) Prêmio "Oscar Saraiva" - 1986 (1.º lugar). Este trabalho está sendo editado, em forma de livro, pela LTr Editora.

(**) A autora é Juíza do Trabalho da 2.ª Região.

Ao lado de uma extensa e sistematizada determinação de preceitos jurídicos, havia uma série de idéias sobre valores humanos, tais como verdade, justiça e respeito.

Os referenciais do processo que tinham por base a credibilidade dos testemunhos atribuíam valor diferente à palavra dos homens, conforme a casta a que pertenciam. A mulher sempre permanecia em condição de total passividade e desvantagem em relação ao homem. Do posicionamento na escala de castas dependia, também, a honra das pessoas e os conseqüentes reflexos na aplicação do direito.

O código apreciava os detalhes, descendo a minúcias e prevendo vários tipos de conflitos nas áreas do direito penal, civil, comercial, laboral, etc. Uma série de artigos dispunha sobre a administração da justiça, modos de julgamento e meios de prova.

Contendo a doutrina religiosa e jurídica da Índia, o Código de Manu aspirava à concretização da justiça. Esse livro comporta, há milênios, princípios nascidos da experiência e provindos dos costumes de uma fecunda civilização, todos impregnados de profundo sentimento de justiça.

Através dos séculos, os problemas econômicos, sociais e culturais foram se cristalizando nessa codificação e sua análise atenta nos revela que, ao lado da preocupação com a lei, os intérpretes do código valiam-se, em caso de dúvidas, dos costumes e tradições milenares seguidos pelas diferentes classes sociais. Observa-se que, já naquela codificação, os seus aplicadores recorriam a outras fontes, que refugiam aos limites da lei. Dizia Manu: "O fundamento da lei é o Veda, em toda a sua integridade, os preceitos e as práticas virtuosas dos que conhecem os costumes dos homens de bem e, em caso de dúvida, a satisfação interna".

O juiz, na lei de Manu, era responsável moral e materialmente. O princípio do "summum jus, summa injuria" — bem antes de Cícero — já era conhecido e condenado, pelos hindus, quando afirmavam que o direito extremado é injustiça. Em suas sentenças, deviam seguir a orientação da lei e da equidade, sem desprezar, para tanto, todas as vias de conhecimento, como a intuição, a experiência, a meditação e a lógica. Valorizavam, sobretudo, a figura do juiz, que entendiam fundamental na realização da justiça. Consideravam preferível ter leis más a juizes maus.

3. — Como toda lei, a de Manu também tinha necessidade de ser interpretada e, às vezes, desprezava-se o texto expresso em proveito de uma decisão que melhor atendesse aos objetivos sociais e à preocupação de justiça.

Assim, pois, os juizes hindus já intuíaem que a lei era pobre para abarcar toda a mutabilidade das situações sociais, toda a riqueza inesgotável de uma realidade, como a de hoje, que se transformava a cada dia e revelava aos homens novas necessidades. As relações humanas se entrecruzavam de mil formas e tudo aquilo que de antemão estivesse previsto seria sempre insuficiente e pobre em relação à riqueza imprevisível do relacionamento humano, empregada essa expressão no sentido jurídico, porquanto todo direito pressupõe uma relação entre duas ou mais pessoas.

Assim, a deficiência da lei não apenas autorizava o intérprete hindu, mas obrigava-o a se valer de outras fontes que não exclusivamente a lei. Os costumes e tradições milenares eram freqüentemente invocados e decisões novas, protegendo situações também novas, iam surgindo. Entendiam os hindus ser impossível interpretar mesmo aquelas leis já codificadas, se não fosse possível relacioná-las com os princípios que as inspiraram, uma vez que os costumes e tradições informavam todo o ordenamento jurídico.

É evidente que esses princípios informadores não tinham e nem podiam ter um sentido preciso. Em sua aplicação e interpretação, os juizes hindus se limitavam ao método gramatical ou lógico, utilizando-se, também, do método sistêmico com a finalidade de evitar conflitos entre a justiça e a lei, a fim de atingir o equilíbrio entre seres e coisas, numa sociedade espiritualmente inspirada na equidade.

II

A IMOBILIDADE DA LEI

1. — Abordando o descompasso temporal existente entre a necessidade de uma nova lei e a sua elaboração, Alberto Vicente Fernandez pondera que "o legislador demora na sanção de leis porque lhe parece que muitos fatos da realidade social não estão ainda maduros para receber proteção jurídica, de modo que a lei geralmente chega tarde, quando o costume, os usos sociais e a jurisprudência supriram as necessidades não satisfeitas pelo legislador" (in "Función Creadora del Juez", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1971 — pág. 42).

Com efeito, as codificações costumam ter um processamento mais lento. Suas revisões são trabalhosas, geralmente cercadas por controvérsias e exigências técnicas, objeto de réplicas e tréplicas, além da constante ameaça das limitações humanas. Vaidade, comodismo, preconceitos, assumem o primeiro plano no palco dos parlamentos. Assim, a cada recodificação, instalam-se os cenários de uma batalha nos moldes da idade média. Ao final do embate, a obração do tempo, salvam-se todos, mas a irresolução de muitos problemas deixa patente o prosseguimento da marcha pelo direito.

Aliás, o direito positivo lembra bem a imagem de um velho, arquejante e experimentado andarilho. Quando as últimas forças já o abandonam, o próprio sistema social o auxilia, tentando encontrar soluções para os conflitos que há muito reclamam providências, num revezamento forçado pelo desgaste infligido pelo tempo à norma positivada.

Um código com tais características de fixidez, já o disse Fernandez, seria mais adequado a uma comunidade de abelhas (obra citada, pág. 46). Válida a metáfora, poderíamos acrescentar: ou a um contingente de robôs.

2. — O direito codificado, na forma como o temos ainda hoje, anda a uma respeitável distância da realidade e o persistente silêncio do legislador deixa, freqüentemente, de atender às urgências e emergências da sociedade.

Não obstante a divisão de poderes ter reservado um terço do aparato governamental à tarefa da produção de normas gerais, a máquina legislativa, em com-

plexidade esotérica, causa entraves, alguns incontornáveis, à satisfação das necessidades sociais de normatização. Ademais, disputas ideológicas travadas pelos legisladores, com vistas à abertura de caminhos que levem facções políticas ao poder, somente aumentam essas dificuldades. A própria não qualificação dos detentores de mandatos legislativos contribui para inviabilizar o pronto atendimento dos anseios coletivos em termos de regulamentação.

Isso porque, segundo Miguel Reale, "o ato de legislar não é obra de juristas, nem pode sê-lo. A função legislativa é eminentemente política, implicando o direito como uma de suas conseqüências ou momentos" (in "Lições Preliminares de Direito", 13.ª edição, Saraiva, São Paulo, 1986, pág. 321).

As relações entre os homens se transformam, a cada dia, e de forma mais palpável e dimensionada nos períodos críticos da história do mundo e de suas regiões. Diante de tais mutações, as relações jurídicas não são codificadas de maneira duradoura.

Não há como negar, a bem da verdade, que o direito tem se beneficiado com grandes mudanças, muito especialmente nos dois últimos séculos. As convulsões político-sociais, necessariamente acompanhadas por rupturas nas escalas de valores humanos, refletem-se no prestígio, e mesmo na sobrevivência, de institutos e instituições construídos sobre pilares alicerçados na areia movediça dos conflitos sociais.

As conflagrações mundiais, por exemplo, determinam quase que uma recriação do mundo a partir das ruínas. O resultado é a instalação de uma generalizada insegurança, de um sentimento de orfandade em relação a valores calcinados, de uma sede de proteção e fome de nova ordem jurídica.

3. — Entretanto, enquanto a normalidade, com a lentidão que a caracteriza, retorna ao campo normativo, a sociedade civil se reconstrói numa aceleração contínua, fazendo com que os fatos reais "transbordem, em suas mudanças, não apenas os modelos normativos que puderam ter sido traçados de antemão, mas, inclusive, todos os prognósticos e previsões".

A existência humana é uma colcha de retalhos que se vão justapondo em cerzidos invisíveis. Pronunciando-se o legislador sobre um deles, outros sobrevivem, não necessariamente nos mesmos moldes. Cada retalho é sempre um caso individual e sua apreciação, bem como a solução que lhes cabe no sistema político e no ordenamento jurídico, depende de se eleger a possibilidade mais condizente, na multiplicidade das que se exibem ao legislador e ao magistrado.

III

DINAMICIDADE NO DIREITO DO TRABALHO

1. — No Direito do Trabalho, a lei pretende chegar mais cedo. A atividade juslaboral persegue o objetivo de personalizar o direito justo, vivo, ágil e semovente que acompanha "pari passu" o desenrolar da vida na sociedade.

As sentenças normativas, nos julgamentos de dissídios coletivos, exemplificam essa preocupação da Justiça do Trabalho, propiciando soluções normativas no momento mesmo em que se fazem necessárias.

A faculdade de criar a norma coletiva, assegurada à Justiça do Trabalho pela Constituição Federal (artigo 142, parágrafo 1.º), tenta, valentemente, suprir a defasagem legislativa para os casos previstos. A sentença normativa, na metáfora primorosa de Carnelutti (citada por Pedro Vidal Neto na sua tese sobre "Interpretação e Aplicação do Direito do Trabalho", São Paulo, 1985, pág. 181), possui "corpo de contrato e alma de lei", pois embora não sendo propriamente uma lei, atua como se fosse, porquanto faz lei entre as partes, com força e eficácia plenas. No entanto, organicamente, é um contrato. Mas um contrato de amplo alcance social, firmado entre categorias profissionais de empregados e empregadores, para tutelar situações ainda não protegidas pela norma legislada. Grandes conquistas sociais estão seladas e vigentes por obra de sentenças normativas, tais como a estabilidade da gestante; salário profissional ou piso salarial das categorias beneficiadas; adicionais de horas extras em índices superiores ao da Consolidação das Leis do Trabalho.

Outro aspecto digno de relevo, no que tange ainda às sentenças normativas, é seu caráter de periódica avaliação e reciclagem. A cada data-base, as cláusulas que asseguram esses avanços passam pelo crivo de acurada revisão, entre as partes envolvidas, e os benefícios delas decorrentes podem receber ampliações qualitativas ou quantitativas.

Assim, é pertinente dizer que, além do corpo de contrato e da alma de lei, a sentença normativa espelha, também, uma vitalidade ímpar, que vem motivando e ensejando mudanças ao compasso das premências ditadas por novas situações.

2. — No Direito do Trabalho, poder normativo quer significar o exercício de compor os conflitos coletivos na esfera das relações trabalhistas, sob a égide constitucional. Seu exame doutrinário remonta à Carta Magna de 1934.

Já se inquiriu sobre a natureza jurídica do poder normativo, sua legitimidade e mesmo sobre sua conveniência.

A natureza desse poder, na atuação jurisdicional que visa à composição dos litígios coletivos, é a mesma da função do juiz no trato dos dissídios individuais. Não pode haver dúvida quanto ao processo, pois a aplicação do direito, quer individual, quer coletivamente, constitui a causá específica e a função precípua do Poder Judiciário. A prática do poder normativo, pois, harmoniza-se com a prestação jurisdicional, uma vez que essa função diz respeito à criação e aplicação do direito e a desenvolve nos parâmetros do processo judiciário.

Sua legitimidade advém do incontestável liame com a Constituição Federal, que o assegura aos Juízos e Tribunais do Trabalho e convalida seu exercício através do artigo 142, parágrafo 1.º.

Quanto à conveniência, não há como negar que o poder normativo, manejado nos estritos limites em que é permitido mover-se, atende superiormente aos fins sociais a que se propõe a Justiça do Trabalho e responde às exigências do bem comum, em consonância ideal com as imposições que o artigo 5.º da Lei de Introdução ao Código Civil faz ao juiz, na aplicação da lei.

3. — A sentença normativa representa, assim, o fecho do mecanismo pelo qual o poder de normatizar é realizado nos Juízos e Tribunais do Trabalho. Como tal, reveste-se de força criadora, sem que esse aspecto implique, de qualquer

modo, desrespeito ao direito positivo. Tratando diretamente com as partes conflitantes e delas recebendo o impacto das necessidades de uma solução que melhor interarticule os interesses que se contrapõem, os juízes trabalhistas e suas decisões criam, verdadeiramente, a norma prática e praticável, elevando o direito à consecução de suas finalidades mais imediatas e justificando a assertiva de Fernandez, segundo a qual "o direito serve à vida". (Alberto Vicente Fernandez, "Función Creadora...", pág. 91).

São eles os atuais pretores, esclarecidos juriconsultos formados na experiência, na preparação intelectual e numa constante observação dos fatos, que modificam situações e tornam pulsante a realidade. Com sua bagagem, estão aptos a dissecar a lei para aplicá-la até onde for possível, prosseguindo adiante, pois conforme dito atribuído a Papiniano, "a providência dos magistrados não deve omitir aquilo que se omitiu nas leis" (Alberto Vicente Fernandez, "Función...", pág. 23).

A sentença normativa está dirigida a centenas ou milhares de indivíduos, ou seja, a um grupo. Esta é a inovação para a qual tende hoje o direito.

A sentença individualizada, a norma de alcance unitário e exclusivo, dá lugar a uma decisão coletiva e abrangente, social e socializante, que soluciona e estabelece normas jurídicas acerca de conflitos que envolvem múltiplos temas e beneficia e pacifica o relacionamento entre duas partes que, na verdade, representam inúmeros indivíduos, cada uma.

4. — O sentido social, já caracterizado pelo alcance da norma, adquire maior relevo na transfulguração e aplicabilidade do princípio segundo o qual as normas de proteção ao obreiro necessitam de oportuna destinação. De fato, os empregados — que nem por se agruparem em corporações classistas ou constituírem um número imensamente maior do que os empregadores, deixam de representar a parte frágil no conflito — arcaíam com prejuízos altamente danosos, sob o risco até da própria vida, se as medidas destinadas à prevenção acidentária não fossem periódica e regularmente revistas. E, mais ainda: — desamparado continuaria o trabalhador se, a despeito de constantes revisões de suas condições de trabalho, as correções e atualizações pertinentes não pudessem ser transmudadas em normas de aplicação imediata com força de lei.

Os pontos feridos no parágrafo anterior falam eloqüentemente sobre a necessidade da existência do mecanismo criador facultado aos juízes e Tribunais pela Constituição e que se concretiza na elaboração da sentença normativa. Esse acompanhamento tutelar dos contratos coletivos, na periodicidade com que são revisitados, dificilmente poderia ser feito através do Legislativo, dadas as peculiaridades de assuntos, a variedade de situações e a multiplicidade dos casos. A própria regionalização dos Tribunais do Trabalho facilita, em tese, a apreciação e o trâmite dos processos. O congestionamento dos pleitos, que emperra a máquina judiciária trabalhista e implica morosidade no julgamento dos dissídios, deve ser visto como fator circunstancial, alheio ao mérito do procedimento e passível de correção, cuja solução depende de providências principalmente administrativas.

5. — Por outro lado, as polêmicas que tendem a dar uma interpretação restritiva à atribuição assegurada pelo artigo 142, parágrafo 1.º, da Carta Magna,

como acontece a respeito do salário normativo ou piso salarial, certamente estarão se confrontando com o secular princípio latino segundo o qual "odiosa restringenda, favorabilia amplianda". Ademais, acresce o fato de ser praticamente impossível chegar-se a saber o que tencionava o legislador ao produzir a lei, especialmente quando se aceita que a figura do legislador — que não é uma única pessoa, e sim, muitas — configura uma abstração ou ficção. É nesse caso que concordamos com Kohler, quando diz: "As leis não devem ser interpretadas de acordo com as idéias e intenções do legislador, mas devem ser interpretadas sociologicamente, como sendo o produto do povo todo, do qual o legislador não é senão o órgão" (cit. por José Antonio Niño, in "La Interpretación...", pág. 209).

Niño, por sua vez, considera argumento de interpretação o aspecto de que "se a lei autoriza o mais, tacitamente autoriza o menos; é o que se contém na fórmula a **majori ad minus**. A extensão da lei, em seu texto e em seu espírito pode ser reduzida em sua aplicação, sem violação da mesma. O inverso é também verdadeiro: quando a lei proíbe o menos, com maior razão proíbe o mais; argumento que se expressa: a **minori ad majus**. Por último, tudo aquilo que é favorável na aplicação das leis, poderia e deveria ser objeto de ampliação; em contrapartida, o danoso ou prejudicial, deverá restringir-se, o qual se encerra nesta fórmula: "odia restringenda, favores ampleandi". Esta regra, de muito uso no Direito Canônico e, aparentemente clara, encerra, não obstante, a dificuldade de distinguir-se, em cada caso, qual é o odioso e qual é o favorável". (José Antonio Niño, "La Interpretación...", pág. 49).

O respeito à integridade do organismo hierarquizado do direito é um dever incontestável. Todavia, não poderá sofrer radicalização a ponto de escapar aos limites interpretativos da razoabilidade, provocando constrição das atribuições emanadas pela norma superior.

O próprio alcance social das cláusulas e dispositivos convencionais e a sua repercussão positiva no campo das relações do trabalho, justificam plenamente a concessão constitucional da prerrogativa criadora aos juizes e tribunais. É o sadio esposamento e a destinação prática, no direito brasileiro, do sábio entendimento romano pelo qual o **juiz faz o direito**.

A propósito, Recaséns Siches relembra o fato de que muitas leis "que parecem ter trazido ao direito francês, inovações revolucionárias, não são mais do que a codificação das regras já formuladas e aplicadas, previamente, pelos tribunais, quando estes iam se deparando com novas realidades sociais. Assim, por exemplo, a lei sobre a indenização devida pela rescisão brusca ou intempestiva do contrato de trabalho; a lei sobre a inembargabilidade de salários ou soldos pequenos; e, também, a lei sobre acidentes de trabalho". (Recaséns Siches, "Nueva Filosofía...", pág. 229). Em outra parte da obra, o mesmo autor já havia ressaltado, com brilho, que uma lei "não pode conservar indefinidamente o sentido e o alcance que teve quando foi ditada, se tudo foi mudando ao redor dela: os homens, as coisas, o juiz, o próprio legislador" (Recaséns Siches, "Nueva Filosofía...", pág. 227).

6. — A tendência moderna, no campo das relações do trabalho, aponta a existência de fatores que demonstram uma superação do paternalismo estatal e o fortalecimento do poder decisório de grupos, do sindicalismo e das negocia-

ções diretas. Estas últimas subdividem-se em composições de interesses através de convenções e acordos sindicais, e convenções coletivas resultantes de decisões normativas da Justiça do Trabalho.

A atividade criadora do magistrado não pode ser vista como um perigo à ordem jurídica, desvinculada e irresponsável. Ela se processa entre as quatro paredes do Direito, revestidas pela Justiça. Como acertadamente diz Fernandez, "... a função do juiz nem é passiva, nem é arbitrária ou livremente criadora, mas uma função criadora condicionada pelos variados fatores do ordenamento jurídico que contém valores históricos objetivos e objetivados e são estudadas as situações reais do litígio, pois o direito serve à vida. Assim, fica esclarecido o equívoco dos que afirmam que criar consiste em uma atividade arbitrária, não sujeita a leis nem a princípios, como se o verdadeiro criador não se submetesse a eles. Pelo contrário, os mais fecundos se orientaram por normas sem as quais qualquer um se desorienta. A função do juiz, entretanto, adquire real importância à medida em que ele recebe sólida formação jurídica e humanística" (Alberto Vicente Fernandez, "Función Creadora...", pág. 91).

7. — Como tal, e diante dos resultados de ordem social e dos efeitos de natureza prática que têm sido alcançados, ao legislador **constituente** caberia enveredar corajosamente pela trilha da evolução, que marca a trajetória da atuação criadora da Justiça do Trabalho, não apenas mantendo como também aperfeiçoando a atribuição existente para que, através de uma indeterminação maior da norma superior, facultasse ao poder interpretativo dos magistrados dessa Justiça a ampliação de sua capacidade de criar o direito, dentro da compenetração de responsabilidade jurídica, ética e social que os têm distinguido até aqui.

O poder normativo da Justiça do Trabalho, a nosso ver, necessita de maiores contemplações que facultem a explicitação de todas as suas potencialidades. Nele repousa a perspectiva de solução para o permanente impasse que representa a transposição da vala que separa o passado do futuro, a tradição do progresso, as abstrações da lei geral em detrimento de uma sociedade em constante mutação. Enfim, é a ponte projetada para cobrir, com segurança, o espaço entre o proprietário do meio de produção e a força de trabalho.

IV

PRINCÍPIOS DO DIREITO DO TRABALHO

1. — Face à natureza mesma do Direito do Trabalho, alguns princípios destacam-se com mais nitidez nesse campo especializado do direito.

No trato com tais valores, contudo, a primeira dificuldade estará em se reconhecer a **verdade**, que Santo Tomás de Aquino define como sendo a perfeita adequação da inteligência à coisa. Vista como tal, ela se opõe à falsidade, uma categoria que, se passivamente é tida como a ausência pura e simples da verdade, ativamente constitui um dos agentes determinantes da injustiça.

Para localizar a verdade e distingui-la entre as falácias no emaranhado das provas que deve compulsar, o juiz precisa acionar os recursos psicológicos e intuitivos do seu intelecto, recuperando as partes em que ela geralmente se espa-

lha na realidade, com o fito de recompor a ordem orgânica e ética dos fatos que não de suportar a decisão justa.

2. — O Direito do Trabalho, de cunhagem eminentemente social, privilegia os conceitos de verdade e justiça, no confronto com os demais princípios acatáveis para o deslinde das pendências laborais, a tal ponto que se convencionou chamar o contrato de trabalho de "contrato-realidade".

Dispondo sobre o aspecto social do Direito do Trabalho, que o diferencia de todos os ramos do Direito, ensina Riva Sanseverino: "O atributo social que hoje pertence, especificamente, à questão de que se trata, deriva da constatação de situações e relações que contradizem o postulado de absoluta igualdade dos indivíduos em face da lei, que a Revolução Francesa pretendia assegurar e, em antítese à concepção que apenas reconhece 'o Estado e o Indivíduo, está a indicar a existência e a relevância jurídica de relações entre as classes', relações que assumem interesse fundamental, por isso que existe uma sociedade composta de classes heterogêneas, iguais em direito, todavia desiguais de fato". (Riva Sanseverino, "Curso de Direito...", pág. 9).

Assim é que, ao juiz do Trabalho cabe decidir, por exemplo, quem arcará com a produção da prova (**princípio de aptidão para a prova**), de acordo com o disposto no artigo 175 da Consolidação das Leis do Trabalho, que estabelece: "Os Juízos e Tribunais do Trabalho terão ampla liberdade na direção do processo e velarão pelo andamento rápido das causas, podendo determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas". Ora, sendo o operário a parte comprovadamente mais fraca e dispondo a empresa dos meios e do poder que a capacitam a produzir as provas, nada mais justo que a ela caiba o encargo.

Esse enfoque, que implica o comprometimento do princípio da igualdade entre as partes, evidencia, apenas, que a justiça se realiza de maneira tão ampla que abrange também esse aspecto da questão. Ou seja, o contraente economicamente mais forte deve suportar o encargo probatório. Nessa hipótese, o juiz mitiga a diferença previamente existente entre as partes e, assim, contribui para instaurar a verdadeira e justa igualdade.

Como disse ainda, com muito acerto, a autora acima citada: "A questão social revela a necessidade de proteger e valorizar uma dada classe de cidadãos — a dos trabalhadores —, vale dizer, aqueles que fruem, predominantemente ou totalmente do próprio trabalho, os meios de subsistência, no setor econômico, no qual especificamente se manifesta, tal 'questão' consiste na pesquisa do sistema mais apto a garantir a mais equitativa divisão da riqueza entre os que a produzem e, em particular, a garantir ao trabalhador certa 'efetiva' liberdade, que consiste, e só pode consistir, na liberdade econômica, liberdade que, para adotar expressão colhida nas declarações da Carta Atlântica, se costuma hoje denominar **freedom from want**, ou seja, liberdade da necessidade". (Riva Sanseverino, "Curso de Direito...", pág. 10).

3. — Para Alberto Vicente Fernandez, se o que se tem em mente é o estabelecimento da verdade e da justiça, "isso importa mais do que a liberdade das partes, que sofrem uma relativa diminuição". (A. V. Fernandez, "Función Creadora...", pág. 65).

Posto que a ninguém é dado ignorar a lei, nem mesmo ao homem rústico ("juris ignorantiam etiam rusticum hominem non excusat"), passa-se à presunção de que a norma seja conhecida de todos desde a sua publicação ou sanção. Entretanto, na realidade, tal não ocorre. O desconhecimento da lei é fato comum e a assertiva traduz apenas uma necessária ficção jurídica. Todavia, por razões de ordem e segurança, a presunção do conhecimento deve ser mantida. Mesmo assim, por vezes, pode preponderar o senso de justiça do juiz sobre o espírito e a força da "dura lex", nos casos em que sua psicologia lhe permita certificar-se, com segurança, da verdade que altere o rumo do seu convencimento.

Sopesando os interesses em conflito, o juiz deverá se valer dos princípios inspiradores da lei, analisados juntamente com as circunstâncias do caso, para ditar a solução que melhor atenda aos fins sociais.

É inegável que um sistema de presunções favoráveis ao empregado, sendo este a parte mais frágil, criaria uma situação de igualdade com a outra parte. Os direitos Civil e Comercial também postulam a proteção dos mais fracos, especialmente contra o abuso do poder econômico.

4. — Chamando a atenção para a relatividade de vários princípios gerais, Fernandez afirma que "a igualdade das partes, em juízo, tem sido alterada considerando-se que existem casos em que uma das partes do processo é mais débil do que a outra. E à medida em que o juiz adquire mais importância no processo, é ele quem decide em que casos esse princípio deve ceder". (Alberto Vicente Fernandez, "Función Creadora...", pág. 66).

O brocardo latino "in dubio pro operario" é universalmente consagrado, a exemplo do que ocorre no direito Penal ("in dubio pro reo") e no direito Comercial ("in dubio pro miseror"), privilegiando sempre a parte mais fraca e vulnerável. O IV Congresso Ibero-Americano de Direito do Trabalho e Previdência Social concluiu que o princípio acima incide nos processos trabalhistas, quando no espírito do juiz não esteja firmada convicção absoluta resultante do exame acurado das provas integrantes dos autos.

5. — A interpretação que mais favoreça o empregado, conceituada como **princípio de favor**, torna-se de aplicabilidade menos necessária à medida em que outros recursos sejam também utilizados para a formação do convencimento do magistrado, tais como as **máximas de experiência** contempladas no artigo 335 do Código de Processo Civil. Essas máximas levam a se ter como verdadeiros os fatos prováveis, na contingência da indisponibilidade de outras provas, e se valem da experiência vivencial do juiz e do seu conhecimento e compreensão dos eventos naturais e da personalidade humana.

Ao juiz é vedado julgar com base no conhecimento dos fatos que não estejam no âmbito limitado dos autos. Todavia, as máximas de experiência têm origem na observação daquilo que costumeiramente acontece, por verossimilhança, ou seja, daquilo que pode ser facilmente apreendido por qualquer indivíduo de cultura mediana. Sua utilização, além de não comprometer o sistema dispositivo, reverte em seu favor. O ordinário se presume e o extraordinário deve ser provado, na conhecida regra de Malatesta, a qual se coaduna perfeitamente com esse princípio.

Ainda dentro dessa matéria, merece destaque a referência feita aos usos pelo artigo 8.º da Consolidação das Leis do Trabalho. Riva Sanseverino argüi contra os usos a seguinte restrição: "Em princípio, os usos cedem diante da lei; quando, porém, de uso mais favorável ao trabalhador, prevalecem sobre as normas dispositivas ao passo que, para prevalecer sobre as normas imperativas, necessário se torna que a lei o declare expressamente". (Riva Sanseverino, "Curso de Direito...", pág. 14).

6. — A equidade é outro princípio que encontra, na Justiça do Trabalho, campo de fértil aplicação. Há quem a compare aos princípios gerais do direito. Outros autores, contudo, qualificam-na como sendo um método de interpretação, porém um método que se reveste de importância ímpar no direito do Trabalho.

Enfatizando que "ao juiz não interessa determinar puras realidades, mas decidir o que se deve fazer frente a determinados aspectos de certas realidades", Recaséns Siches conclui ser importante, para o magistrado, certificar-se de que a valoração que serviu ao legislador como determinante de uma dada proibição é aplicável a um novo caso proposto, "para o qual deve também examinar ou analisar aspectos das situações sociais em relação com aquela valoração". (Luiz Recaséns Siches, "Nueva Filosofia...", pág. 186).

Em outra obra, o mesmo autor recorda a pregação, desde a década de 1930, de um repertório de direitos sociais do homem, que devem ser acrescentados à relação dos direitos ou liberdades individuais já reconhecidos nos regimes democráticos (Luis Recaséns Siches, "Tratado General...", pág. 600). Enumera, entre eles, o direito a condições justas de trabalho; à proteção contra o desemprego; a um nível decoroso de vida no tocante à alimentação, moradia e assistência médica; à assistência social em caso de acidente, enfermidade, invalidez, viuvez ou outros casos em que se configure perda dos meios de subsistência por circunstâncias alheias à vontade da pessoa; e o direito à educação.

Para melhor compreensão dessas propostas, no entanto, faz alguns esclarecimentos quanto ao sentido da expressão "direitos sociais", habitualmente empregada (sozinha ou acompanhada de qualificativos como "econômicos" e "culturais") para caracterizar um tipo de direitos do homem, diferente da modalidade de direitos básicos individuais e do tipo dos democráticos.

Já os tradicionalmente denominados direitos individuais representam, essencialmente (embora não de modo exclusivo), os direitos de liberdade, de estar livre de agressão ou restrições e ingerências indevidas por parte de outras pessoas e especialmente das autoridades públicas.

Finalmente, os chamados direitos sociais — econômicos e culturais — têm por objeto atividades positivas, do Estado ou do próximo ou da sociedade, com a finalidade de proporcionar ao homem certos bens ou condições. Contrastando com os direitos individuais (cujo conteúdo é negativo, um "não fazer", um "não violar", ou um "não prejudicar" por parte das demais pessoas e, sobretudo, das autoridades públicas), o conteúdo dos direitos sociais está fundado positivamente em um "fazer", um "contribuir", um "ajudar", por parte dos órgãos estatais. O qualificativo de **socials**, neste caso, tem o sentido, especial, de apontar a idéia do conteúdo exposto acima, mas Recaséns Siches destaca o ponto de vista de que todos os direitos, sem exclusão, são sociais, em decorrência do fato de todo **direito**, necessariamente, supor uma relação entre duas ou mais pessoas.

INSUFICIÊNCIA DA LEI POSITIVA

1. — A lacuna sempre acompanhou o direito positivo. Correm paralelamente a partir do aparecimento deste último, porquanto aquela, certamente, nascera muito antes, do primeiro conflito entre os primeiros seres humanos. Embora, a princípio, a lacuna não fosse notada, mesmo assim ela pairava sobre as interações das primitivas hordas como a ausência de qualquer norma, ou seja, a lacuna fundamental.

A magia e a religiosidade candente dos povos primevos obnubilavam os interesses normativos na fumaça dos rituais. Numa fase posterior, ainda sob a regência do direito não escrito, os usos e costumes vigoravam acima de qualquer questionamento, não vislumbrando — filhos e súditos —, qualquer falha nas ordens incontestáveis dos pais ou seus maiores. Na Roma clássica, mesmo sem que a matéria fosse objeto de maiores atenções, os magistrados porfiavam com as físuras jurídicas, arquetetando ficções para integrar o direito nos casos que refugiam ao disposto no Corpus Juris.

O problema, contudo, assoma à doutrina no século XIX, fruto da Revolução Francesa, que tornou legislado o direito, praticamente institucionalizando a mudança legal. A Declaração dos Direitos do Homem e dos Cidadãos, de 1789, em seu artigo 5.º, já houvera determinado que tudo o que não fosse expressamente proibido pela lei não podia ser obrigado e ninguém seria constrangido a fazer o que ela não obrigasse. Por outro lado, o Código Napoleão, em seu artigo 4.º, obrigava o juiz a julgar, mesmo na ausência da lei.

2. — Recaséns Siches igualmente reconhece como notória a constatação de conexões, inconexões e vazios nos ordenamentos jurídicos, interpretando, a propósito, o princípio da **plenitude hermética** como sendo a expressão de que "a ordem jurídico-positiva deve dar solução a todo conflito que se implante". (Luis Recaséns Siches, "Nueva Filosofía...", pág. 17). Essa tarefa é introduzida, geralmente, na função do juiz, ao qual compete perquirir a norma pertinente ao caso imprevisto e preencher a lacuna, com as cautelas do praxe.

A própria característica da mutabilidade e acomodação permanente da sociedade humana a situações novas leva à inexequibilidade de um código "unum et aeternum", o decálogo definitivo que "antecipe todas as mudanças e todas as novas combinações de fato que vão surgir no futuro". (Luis Recaséns Siches, "Nueva Filosofía...", pág. 16).

Essas fendas que surgem com o movimento de adaptação das camadas sociais diante dos abalos da história é que vão se incorporar ao rol dos assuntos lacunosos a exigirem a intervenção pessoal do julgador.

3. — A lacuna continua sendo objeto de indagações e debates, constituindo a alternativa óbvia da norma positivada. Seu preenchimento se fará com a destinação que lhe for dada. Tanto pode resultar de escassez, de falha na completude do ordenamento, como de excesso, ou abundância de normas. Neste último caso, estão colocadas as antinomias (incoerência ou contradição entre duas leis que disciplinam a mesma matéria ou duas disposições da mesma lei).

Comentando o brocardo latino "ex facto oritur jus", Cesarlno Júnior, prefaciando obra de Giglio, afirma que, na prática forense, "aquela expressão significa que o juiz aplica a norma ao elemento fático que lhe é fornecido pelos postulantes. 'Da mihi factum, dabo tibi jus'. Esta é a missão precípua do juiz: aplicar a lei ao fato, torná-la viva pela sua aplicação compulsória nos casos em que não houve o seu cumprimento espontâneo, como era devido...". (W. D. Giglio, "Justa Causa...", pág. 12).

As lacunas são como os espaços formados pelos favos, que a operosidade das abelhas completa com o mel, resultante de paciente e diligente pesquisa e coleta através dos mais variados campos. Tal como as abelhas, o juiz diligentemente deve procurar preencher, com a sua decisão, os espaços deixados em aberto pelo legislador.

4. — "A lei — diz Morris Adler —, em certo sentido, congela a vida em um instante da legislação. São produzidas novas situações que não estão previstas no Código quando é invocado apenas o seu sentido literal". (Citado por Alberto Vicente Fernandez, "Función Creadora...", pág. 18).

Verdadeira essa afirmação, o Código não teria muito a ver com a realidade, porquanto estranho a ela. Ademais, sua própria cristalização já pressupõe imobilismo e omissão. Por isso, a lacuna contida na lei não deve ser repetida pelo juiz, que não deve perder de vista o fato de o direito, assim como a vida, ser mutável, não se limitando as fórmulas inflexíveis. Deve-se admitir, inclusive, que nem sempre a omissão da lei é falta de previsão. Ao contrário, visando à tarefa da integração do direito, as lacunas, às vezes, são deliberadamente deixadas à função do aplicador, pelo fato de que o legislador, de antemão, já sabia da responsabilidade de regular todas as situações passíveis de proteção jurídica, posto que a realidade antecede o direito. Portanto, na omissão, deve o intérprete valer-se dos princípios gerais do direito, da analogia, da equidade. O artigo 8.º da Consolidação das Leis do Trabalho os indica, na seguinte ordem: jurisprudência, analogia, equidade e outros princípios e normas gerais do direito, usos e costumes, direito comparado.

Os princípios e normas gerais, expressamente mencionados no citado artigo 8.º, não obstante o seu sentido amplo, estão simbolizados por aquelas máximas que se fazem presentes no espírito dos homens: a boa fé, os bons costumes, a ordem pública, a lealdade processual, etc. São normas que informam, por dedução, todo o sistema jurídico.

Especificamente sobre os princípios gerais, ensina Del Vecchio: "...o legislador assinalou as fontes que o juiz deve recorrer sempre que não seja possível resolver uma controvérsia, aplicando uma disposição precisa da lei; tais fontes são, inicialmente, a analogia e, depois, quando apesar desta não seja possível decidir, os princípios gerais de direito" (Giorgio Del Vecchio, "Los Principios...", pág. 59).

5. — É por isso que, reconhecendo a sua própria limitação, a lei abre espaço para a atuação do juiz, que se supõe em condições intelectuais e morais de acompanhar, de perto, o fluir incessante da vida, de compreender as mutabilidades sociais e de entender o seu tempo. Porque, como a lei permanece paralisada,

imutável, legislações como a Espanhola, a Austríaca, a Argentina, a Alemã e também a nossa, indicam ao julgador quais os preceitos legais que lhe servirão de campo à sua tarefa de integração. A missão do juiz não se finda na aplicação da norma ao caso concreto, mas completa-se ao suprir lacunas e ao dar respostas, através de decisões novas, a situações que o evoluir da sociedade trouxe à luz.

Por causa da preocupação com a extensão inerente ao campo dos princípios gerais, já se disse que eles são um documento em branco outorgado ao juiz na árdua tarefa de decidir.

Esses princípios, apesar do seu sentido vago e não uniforme, estão reservados à atuação e criação do direito e têm força de direito Positivo. Como o juiz não pode, sob qualquer pretexto, deixar de sentenciar (artigo 4.º do Código Civil e artigo 8.º da Consolidação das Leis do Trabalho), o ordenamento jurídico indica qual a orientação que, na hipótese, deve o intérprete acompanhar para o cumprimento de sua missão.

Face à existência desses princípios, as lacunas não constituem óbices ao julgamento. Savigny já defendera a "plenitude hermética do direito". "Quando as fontes forem insuficientes para resolver a questão de direito, as lacunas serão preenchidas porque existe a universalidade do direito e sua unidade..." (Alberto Vicente Fernandez, "Función Creadora...", pág. 48).

Com todo o apoio nessa teoria da plenitude hermética, que se refere à **força orgânica** do direito e ao seu procedimento com relação ao direito positivo através da analogia, é que se afirma que o direito não contém lacunas, pois está completo através da analogia, dos princípios gerais, da equidade.

Carlos Cossio defende a mesma teoria sobre a plenitude do direito, sob o fundamento de que a espécie está compreendida no gênero.

Com efeito, a norma prevista no código é a regra geral, porém as manifestações isoladas ficam a cargo do intérprete, o qual, ao aplicar o direito, deve procurar, através da norma geral do ordenamento jurídico como um todo, o princípio implícito e pertinente ao caso particular. Cria-se, dessa forma, uma regulamentação jurídica nova, cuja solução, entretanto, já estava incluída na lei.

6. — Ao juiz, como órgão que tem o poder, e também o dever, de decidir os casos particulares, destinou-se a função de ditar a norma individual, no âmbito mesmo da ordem jurídica e não fora dela. Ou seja, as lacunas, se existem, são para serem preenchidas pelo intérprete, mesmo porque à ordem jurídica pertence o juiz, que aí está não apenas para decidir, mas para decidir fazendo Justiça.

Para chegar-se à realidade de determinada norma jurídica, o intérprete lança mão de processos vários, isso não significando, necessariamente, que a norma encontrada, ali não estivesse presente. Ela estava lá, mas o seu surgimento decorreu do desenvolvimento de todo um processo de interpretação.

Outro aspecto a ser focado diz respeito àquelas situações que, por razões diversas, ainda necessitam de efetiva tutela jurídica, ou porque ainda não se vislumbrou a necessidade da proteção, ou por desinteresse do legislador.

Defrontando-se, o intérprete, com tais situações, deverá ater-se à análise da sua juridicidade, porquanto há situações que são, por si mesmas, jurídicas. Cons-

tatada a juridicidade e inexistindo norma expressa a respeito, o intérprete deve dar proteção jurídica àquelas situações, valendo-se dos recursos postos à sua disposição. Para tanto, deverá afastar-se do conceito ultrapassado da lei como única fonte do direito.

Os riscos, que sempre existem, são evitados pela disposição expressa contida no ordenamento jurídico, apontando as fontes onde o intérprete buscará respostas a essas lacunas, como é o caso do artigo 8.º da Consolidação das Leis do Trabalho. Aqui, também, os princípios são estabelecidos de forma flexível, ensejando tutelar um número incontável de situações. Nesse contexto é que surge o poder criador do juiz, com sua valoração subjetiva dos fatos e onde se revela o intérprete, o qual, servindo-se das máximas de experiência, da observação dos seus semelhantes, atua não como espectador, mas como protagonista.

VI

A INTERPRETAÇÃO DA NORMA JURÍDICA

1. — Muito apropriadamente, já se observou que o direito está no ar. Todavia, não é respirável em estado puro. Daí por que o homem inventou a **norma**, como veículo condutor daquilo que é bom, justo e cabe, eqüitativamente, a cada um. A partir do momento em que essa norma é criada, pode adquirir a importância necessária para transformar-se em lei, legítima e eficaz, com a sanção correspondente e o respaldo da força do Estado.

Possui características marcantes, como a imperatividade — que lhe dá o cunho de obrigatoriedade sem o qual vã seria a sua existência; a impessoalidade — que deixa a sua aplicação em suspenso, pairando sobre as cervizes de todos os indivíduos, indistintamente; a abstracidade — por não cuidar de casos concretos ou especificá-los; e o caráter geral — que a faz oponível “erga omnes”.

2. — A norma é, pois, a fonte primordial do direito. Contudo, não a única. Necessita, por exemplo, do suporte subsidiário do costume, para definir conceitos tais como honra, moral, pudor, honestidade, etc., variáveis de povo para povo, no tempo, nas culturas, nas sociedades.

O mesmo preceito que estabelece ao juiz a obrigatoriedade de aplicar a norma ao caso concreto (artigo 126 do Código de Processo Civil), deixa claro que o magistrado não pode se esquivar à tarefa de julgar sob a alegação de lacuna ou obscuridade da lei.

Nos casos em que não existe a norma positivada, o juiz deve recorrer às outras fontes, como os costumes, a analogia, a doutrina, a jurisprudência e os princípios gerais do direito. Mesmo quando existe a norma geral aplicável a um caso concreto, por vezes, o julgador é instado a exercer a sua função de intérprete. Como bem pondera Recaséns Siches: “Sem interpretação não há possibilidade de que exista nenhuma ordem jurídica”. (Luis Recaséns Siches, “Nueva Filosofía...”, pág. 182).

3. — Vários métodos de interpretação oferecem, aos juizes, canais propícios para o deslinde do conflito e a consecução da justiça, no caso singular. O modelo de interpretação **literalista** apega-se ao sentido gramatical dos vocábulos de que se

reveste a lei, porém esbarra nos vícios da própria linguagem, tais como ambigüidade, vagueza, etc., que a escola da exegese procura contornar com o tratamento prismático de análise da palavra no seu respectivo contexto, observada a "voluntas legislatoris", não obstante a dificuldade de chegar-se a saber quem é o legislador. Transferindo-se o enfoque para a "voluntas legislatoris", deparamos ainda com Savigny e sua interpretação da lei historicamente considerada, ou ainda, como o querem Binding, Wach e Kohler, com o acréscimo da análise evolutiva hermenêutica, dissociando-se a norma da intenção do legislador. Recaséns Siches contribui com o modelo que recorre à lógica do razoável.

Carlos Cossio, que propõe a teoria egológica do direito, a análise caso por caso, diz que "a função da chamada jurisdição é absolutamente constitutiva, é produção jurídica, no sentido próprio da expressão. A sentença judicial é uma norma jurídica geral e abstrata, é a continuação do processo de produção jurídica, do geral para o particular" (citado por Eduardo V. Couture, "Fundamentos...", pág. 229).

A respeito da aplicação do direito, o mesmo Cossio aduz o seguinte: "Para a tese egológica, a dificuldade se resolve com absoluta simplicidade, pois se a lei é somente um **conceito normativo que representa certa conduta**, e se a conduta, como tal, se reconhece pela compreensão, é claro que a valoração jurídica é imanente à lei e sempre está dentro dela, integrando o conhecimento conceitual que ela apresenta" (citado por Jose Antonio Niño, "La Interpretación...", pág. 217).

4. — De outra forma, temos a aplicação da norma como fixação do comando concreto, particularmente no ordenamento jurídico anglo-saxão e nas soluções por meio da jurisprudência. Neste sentido, a sentença judicial é vista como criação da norma individual, ao influxo de outros fatores alheios à lógica dedutiva, um direito que é válido para o caso apreciado e que obriga às partes envolvidas.

Qual o método interpretativo de eleição? A resposta de Recaséns Siches, por exemplo, é que "não há, em absoluto, nenhuma razão justificada para preferir, nem em termos gerais, nem em situações irregulares, um método interpretativo aos outros métodos" (Luis Recaséns Siches, "Nueva Filosofía...", pág. 180). Ao juiz, em seu discernimento, fica o livre exercício da opção pela via da verdade, e que melhor e mais diretamente o leve à solução ditada pela justiça.

A interpretação da lei exige o concurso da habilidade específica do juiz, para a justa e cabal personalização da norma. Para Reale, "só aplica bem o Direito quem o interpreta bem" (Miguel Reale, "Lições Preliminares...", pág. 292).

5. — O fenômeno que, ultimamente, vem sendo chamado de "fetichismo legalista" e que caracteriza uma cega adoração ao direito positivado, representa, sem dúvidas, um fator considerável de intimidação psíquica e, até mesmo, de cerceamento intelectual sobre muitos julgadores mais suscetíveis de acorrentamento à letra da lei e de servilismo ao dogma conceitualista. Quer-nos parecer que a lentidão que marca pesadamente a própria imagem da Justiça, acaba sendo assimilada, equivocadamente, por mentes privilegiadas de eméritos julgadores, compartimentando-se em gabinetes vitalícios do próprio ordenamento e, paulatinamente, atrofiando sua capacidade de discernimento. O ato de julgar, que na antiqüidade era acatado como função partilhada dos deuses e evoluiu gradativamente

até ser respeitado como a cristalização da clarividente ação de atribuir o direito, desce, então, para o estágio inferior da aplicação puramente mecânica da norma positiva, no subsolo da realidade.

Uma das conseqüências do apego extremado à hermenêutica dogmática é o mascaramento do conflito pela lógica matematizada, em nome da qual injustiças adquirem foros de imposição legal e, sob sua proteção, tais pecados são perdoados e esquecidos.

6. — A interpretação da lei assume importância extraordinária porque constrói a base primordial da aplicação do direito. Após a elaboração da lei, mas antes da sua aplicação, situa-se o vasto campo que se oferece à função do intérprete. Nesse processo desenvolve-se todo um difícil e meticuloso trabalho de valoração, sem se perder de vista que, no entanto, o direito pertence ao mundo da cultura e não pode ser explicado, mas compreendido.

Para Couture, os vocábulos da ciência da cultura não designam apenas coisas que estão na realidade concreta e exterior, mas coisas que estão no espírito dos homens. Daí a sua necessidade de compreensão, mais do que de uma explicação. As palavras têm vida no espaço e no tempo e, como a vida, surgem, modificam-se e desaparecem.

Como não seria possível a criação de uma linguagem rigorosa, sem ambigüidades ou lacunas, surgiu a necessidade da interpretação. Essa, todavia, não poderia limitar-se a esclarecer obscuridades ou preencher lacunas, como já ocorreu anteriormente, no século XIX, com a famosa escola da Exegese. O método legalista ou exegético puro, restringe-se à interpretação dos textos concretos da lei, utilizando-se de procedimentos gramaticais ou lógicos. Tal sistema, como se sabe, representa a mais elementar tarefa de elaboração jurídica, porque trabalha exclusivamente sobre a lei, olvidando as outras fontes. Segundo a escola da Exegese, apenas as disposições expressas e mais simples têm interesse, não se ocupando o intérprete do seu desdobramento.

Esse procedimento dos exegetas ocupou lugar preponderante na filosofia do século XIX. A dedicação exclusiva ao culto da lei significava o abandono do culto do direito, com o conseqüente afastamento das fontes reais em benefício de uma contemplação exclusiva das fontes formais. Somente a lei importava.

O fruto mais fecundo dessa escola foi o Código Napoleão. O jurisconsulto Bugnet dizia: "Não conheço o Direito Civil; apenas ensino o Código Napoleão" (citado por Jose Antonio Niño, "La Interpretación...", pág. 78). Na mesma obra de Niño, à mesma página, está citado F. Laurent, que afirma: "Os códigos não deixam nada ao arbítrio do intérprete; este não tem por missão fazer o direito: o direito está feito. Não existe dúvida, pois o direito está escrito em textos autênticos".

Outra característica dessa escola era a preocupação com a intenção do legislador. Seu método, contudo, caiu em desuso, juntamente com a expressão filosófica correspondente, que era o positivismo jurídico.

As críticas maiores que se fizeram à exegese do século XIX foram provocadas pelo fato de haver, aquela escola, sacrificado as fontes reais em proveito das

fontes denominadas formais e, de maneira infecunda, ter desenvolvido tão-somente uma técnica jurídica.

7. — Para o intérprete contemporâneo, as leis pressupõem sempre riqueza de significado e flexibilidade de sentido. A ele é recomendado padrão de interpretação que vise à equidade, com uma participação ativa do julgador na tarefa de integração do direito. A função judicial deve ser, ao mesmo tempo, criação e aplicação científica do direito.

Sobre a cientificidade desse momento que pressupõe sempre a aplicação do direito, Paulo Carneiro Maia esclarece: "Em verdade, não é menos nem mais científico este momento porventura mais caracteristicamente jurídico no qual há criação, há participação criadora do direito (doutrinador, administrador, juiz, etc.), que refaz o caminho percorrido, renova o processo por que passaram os que editaram a lei, a fim de aplicar não a norma ao fato particular, como se veste uma roupa 'standard' em um manequim, mas para iluminar o fato com a luz dos valores que se caracterizam na regra de direito" ("Enciclopédia Saraiva...", vol. 29, verbete Dogmática Jurídica, pág. 263).

Na aplicação da lei, há necessidade de atualizar-se o seu conteúdo, cabendo ao intérprete o complexo papel de reavaliação e recriação.

A Ciência do Direito condensa teoria e prática. Como ciência do mundo da cultura, está em constante renovação, voltada para necessidades que não admitem espera.

8. — Como é impossível ao legislador a previsão de todas as situações e ao juiz não é facultado, como já visto, deixar de proferir decisão, por omissão ou lacuna da lei, abre-se ao intérprete um vasto campo de criação do direito.

Del Vecchio ensina: "Não há interferência alguma entre homens, não há controvérsia possível, por muito complicada e imprevista que seja, que não admita ou exija uma solução jurídica certa. As dúvidas e vacilações podem subsistir durante longo tempo e no campo teórico. Todos os ramos do saber e mesmo a jurisprudência, como ciência teórica, oferecem exemplo de questões debatidas durante séculos e apesar disso não resultam, todavia, insolúveis; mas, a uma pergunta, qual o direito?, qual o limite do meu e do seu?, deve-se, em todo caso, dar uma resposta, sem dúvida, não infalível, mas praticamente definitiva". (Giorgio Del Vecchio, "Los Principios...", pág. 8).

É isso, em resumo, o que se espera do direito: que dê uma solução às controvérsias, senão infalível, pelo menos definitiva.

9. — No prólogo à obra acima citada de Del Vecchio, F. Clemente de Diego aprofunda o tema quando diz: "A questão do limite entre o meu e o seu, na relação das pessoas que necessariamente convivem e se entrecruzam em sociedade, afetando, como afeta, aos interesses materiais e morais de cada um, fica muito exposta a razões e conflitos e para subtraí-los à arbitrariedade e à violência privada necessitam de uma solução na justiça pela autoridade; não se poderia, de outro modo, manter-se a ordem social". (Obra citada, pág. 8).

A missão de paz da função judicial vem em socorro dessa necessidade permanente, permanente. Necessidade que não admite adiamento nem recusa, posto que o juiz não pode eximir-se de sentenciar, sob nenhum pretexto.

Muito embora a própria lei positiva remeta o intérprete a esses princípios gerais do direito, termo vago e propositadamente impreciso, não está o julgador, todavia, autorizado a valer-se de razões subjetivas ou pessoais, devendo ater-se à concepção dominante do momento e do país da questão, utilizando-se, para tanto, dos meios postos à sua disposição e previstos no ordenamento jurídico, os quais são: costumes, equidade e princípios gerais do direito.

Sobre essa limitação imposta ao juiz, Couture, de forma magistral, afirmou o seguinte: "O juiz é um homem que se move dentro do direito, como um prisioneiro dentro do seu cárcere. Tem liberdade para mover-se e nisso atua sua vontade; o direito, entretanto, lhe fixa limites muito estreitos, que não podem ser ultrapassados. O importante, o grave, o verdadeiramente transcendental do direito, não está no cárcere, isto é, nos limites, mas no próprio Homem". (Eduardo J. Couture, "Introdução...", pág. 87).

10. — Está o intérprete limitado, por conseguinte, em sua atuação jurisdicional, pelas fontes primordiais de soluções jurídicas, muito embora não seja tarefa simples explicar o que sejam esses princípios e como se faz para obter-se a sua aplicação prática. A lei e os códigos, refletindo o seu tempo, visam a amparar as necessidades que vão surgindo. Como o direito é dinâmico e a lei é estática, com o passar do tempo a distância entre um e outro vai aumentando até chegar ao ponto em que a lei já não serve à sua função primordial de regular relações sociais, dando ensejo ao aparecimento das lacunas.

Um ilustrado jurista italiano, J. de Montemayor, disse a esse respeito: "Inventam-se o telégrafo, o telefone, o cinema, o avião; novas formas de produção, de associação, de participação; novas relações econômicas e de propriedade nascem delas. Como regular com justiça essas matérias novas? As mesmas relações econômicas se transformam incessantemente e dão lugar, por isso, a novas questões de direito; como resolvê-las?". (Prólogo a Giorgio Del Vecchio, "Los Principios...", pág. 19).

Respondendo a essas perguntas, poderíamos argumentar que a experiência jurídica prova que as normas formuladas pelo legislador, na prática judicial, ensejam combinações inteligentes, dando-lhes um sentido mais amplo do que o seu aparente sentido literal. Poder-se-ia argumentar, ainda, que a própria lei reconheceu que o julgador, na sua interpretação, deve se valer dos princípios gerais do direito, como se fossem o próprio direito positivo. Mesmo porque, a se restringir a aplicação desses princípios ou a não lhes reconhecer força de direito positivo, importaria em introduzir um novo obstáculo, uma nova dificuldade, na sua tarefa de integração do direito, criando-se um círculo vicioso e obstaculizando a aplicação da justiça.

Assim, ante a deficiência da lei e a perspectiva sempre presente de ter que decidir sobre situações novas e não tuteladas pela norma jurídica, não obstante sua juridicidade, o juiz não estará apenas autorizado, mas obrigado a se utilizar dos princípios gerais do direito, a fim de resolver situações não abrangidas pela lei. As normas particulares também não seriam compreensíveis se não se conseguisse relacioná-las com os princípios que as inspiraram. Por outro lado, os princípios gerais informam, por simples dedução, todas as normas particulares do ordenamento jurídico.

Sanchez Román, citado por F. Clemente de Diego na obra de Del Vecchio, intuindo a imprecisão e a provável margem de arbítrio que tais princípios poderiam ensinar ao intérprete menos avisado, pondera: "Princípios gerais do direito não é frase tão precisa nem de sentido tão uniforme na variada concepção individual que não traga consigo algum perigo de arbitrariedade judicial. E não é porque não sejamos partidários entusiastas e convictos de que a prática do direito deve ser eminentemente científica" (in Giorgio Del Vecchio, "Los Principios...", pág. 28).

11. — Como já foi dito, não se pretende aconselhar ao intérprete a prática da especulação individual ou sugerir criações artificiais. A busca dos princípios deve ser feita no campo mesmo da doutrina geral do direito, na tradição científica, em consonância com a vontade geral. "O juiz é uma partícula da substância humana que vive e se move dentro do processo. E se uma partícula da substância humana tem dignidade e hierarquia espiritual, o direito terá dignidade e hierarquia espiritual, mas se o juiz, como homem, cede ante suas debilidades, o direito cederá em sua última e definitiva revelação". (Eduardo J. Couture, "Introdução ao...", págs. 87/88).

VII

O INSTRUMENTO DA LÓGICA

1. — Alguém já se referiu à sentença judicial como a pomba imaculada, símbolo da paz, que irrompe das mãos do magistrado no instante da sua prolação.

As imagens simbólicas, de coloração indistintamente literária, não se lhes nega o trânsito pela ciência jurídica. Nada obsta que circulem airoso pelo emaranhado de conceitos, silogismos e princípios nesses cérebros excessivamente solicitados pelo raciocínio técnico empregado para a solução dos conflitos jurídicos.

A propósito, B. Russel diz que, desde a antiguidade clássica, sempre houve, no campo das idéias, "uma oposição entre os homens cujo pensamento era influenciado principalmente pela matemática e aquele que era mais influenciado pelas ciências empíricas". (Bertrand Russell, "Obras Filosóficas", pág. 398).

2. — A despeito de toda a polêmica, dentro e fora da lógica, é certo que parece inconcebível raciocinar e se comunicar no mundo das pessoas, sem um mínimo de logicidade. Da mesma forma como parece impensável a sobrevivência de um vertebrado sem ossos.

Os próprios ataques indiscriminados à lógica formal não deixam de ter uma certa lógica. Na verdade, contudo, ocorre que a lógica, vista como o mecanismo intelectual de estudo do pensamento **sem** objeto pensado ou o estudo do pensamento como **o próprio** objeto pensado, é um imprescindível instrumento de sobrevivência da manifestação da razão. Como tal, a lógica pode ser amada ou odiada, adorada ou execrada, mas não deixará de estar presente onde quer que o ser humano consiga articular uma idéia.

Seu campo de cultura mais propício e fértil, além de tradicional, é a filosofia. Mas o direito nunca deixou, em sua doutrina, de abrigá-la, mesmo porque dela necessita para uso constante. Na condensação que W. S. Batalha faz sobre o tema, encontramos a lógica subdividida em ramos que abrangem todo o estudo da ciência jurídica. Assim é que temos a **Lógica Jurídica**, a que contempla o pensamento jurídico do ponto de vista da pura e simples normatividade, por sua vez subdividida em: lógica tradicional, com a bivalência verdade/falsidade; a lógica deontica ou dos fins; as lógicas plurivalentes, que tratam do mais ou menos verdadeiro, mais ou menos falso; a lógica simbólica, como instrumento de uma coerência das proposições; e a lógica dialética, ou lógica do conteúdo em movimento. A **Lógica dos Conceitos Jurídicos** estuda o conceito jurídico (a unidade do pensamento), o termo (expressão verbal do conceito) e a definição (demonstração do conceito, verbal). A **Lógica dos Juízos Jurídicos**, que trata especificamente do juízo (agrupamento de conceitos e, ao mesmo tempo, unidade de significação), cuja expressão verbal é a proposição, que não confunde com a norma porquanto geralmente é parte dela. E, por fim, a **Lógica dos Raciocínios Jurídicos**, sendo o raciocínio a operação pela qual são tiradas conclusões de um único ou de vários juízos concatenados e cuja expressão verbal é a argumentação e o silogismo. (W. S. Campos Batalha, "Introdução ao Estudo...", págs. 10/14).

O emprego da lógica na produção de regras de conduta, como ensina M. Reale, dá-se pela estruturação delas como juízos hipotéticos, segundo a decorrência **fato-conseqüência** assim esquematizada: **se F é, C deve ser**. (Miguel Reale, "Lições Preliminares...", pág. 100).

3. — Aplicar o direito é subsumir o caso concreto à norma pertinente, o que coloca o julgador diante da dificuldade de transpor a vala que separa o geral do particular, o concreto do abstrato. O mesmo Reale, despertando a atenção para essa atribuição do magistrado, a de dizer qual é o direito em concreto, diz que "durante muito tempo, uma compreensão formalista do direito julgou possível reduzir a aplicação da lei à estrutura de um silogismo, no qual a norma legal seria a premissa maior; a enunciação do fato, a premissa menor; e a decisão da sentença, a conclusão. À luz desses ensinamentos não faltam processualistas imbuídos da convicção de que a sentença se desenvolve como um silogismo". (Miguel Reale, "Lições Preliminares...", pág. 297).

Recaséns Siches, para chegar à sua conhecida teoria da lógica do razoável, combate valentemente a lógica dedutiva citando dois tipos de fracasso da lógica tradicional, quando a serviço da interpretação jurídica: o primeiro consiste na mania ou fetiche do geral, "que impede ponderar os elementos relevantes de cada caso concreto"; o segundo tipo de fracasso consiste em que a lógica do tipo matemático é "a condição e o instrumento para o conhecimento de idéias e de fenômenos da natureza", não contendo, portanto, pontos de vista axiológicos e tampouco as armações adequadas para a conexão entre fins e meios, além de igualmente não conter os quadros em que se dá a experiência vital e histórica" (Luis Recaséns Siches, "Nueva Filosofía...", pág. 163).

4. — O processo de individualização da lei, variável em dificuldade de acordo com os diferentes graus, positivos ou negativos, de suficiência da norma geral, nem sempre tem, na lógica, o primeiro ou melhor ponto de partida, embora fatal-

mente vá encontrá-la em alguma parte do caminho. Em todo caso, a solução concreta não se estrutura apenas em mecanismos de argumentação, como pretende a lógica tradicional, e tampouco apenas em campos que simplesmente recusam espaço ao método dedutivo do raciocínio formalista.

Os primeiros correm o risco de reduzir toda a análise a uma apreciação bipolarizada: bom ou mau, negativo ou positivo, certo ou errado, verdadeiro ou falso, branco ou preto, ser ou não ser. Na realidade, entre o bom e o mau encontram-se ainda o relativamente mau, ou mais ou menos bom, o meio termo entre ambos, além das categorias que extrapolam esse limite, como o muito bom e o ótimo, o muito mau e o péssimo.

Para os outros, à sua vez, há o perigo de multifacetarem de tal forma o caso sob apreciação que, sufocados pelas inúmeras distinções e desorientados diante do leque de opções possíveis, não conseguem mais recompor as peças do processo e, menos ainda, dar ao tema o tratamento final adequado.

No entendimento de S. I. Hayakawa, é ingênua, por exemplo, a crença de que a lógica tradicional contribua para reduzir substancialmente os desentendimentos entre as pessoas. Para esse autor, a argumentação de arcabouço lógico leva a um acordo entre as partes "apenas quando, como na matemática e nas ciências, há firmes acordos **preexistentes** com referência àquilo que as palavras representam". (S. I. Hayakawa, "A Linguagem no...", pág. 195).

Todavia, como vimos acima, existem muitos sistemas possíveis de lógica, grande parte deles objeto de exaustivos estudos, alguns ainda a merecer melhor exame e outros de cuja existência se tem apenas vagas alusões. Trata-se de um território que, a despeito de já milenarmente palmilhado apresenta, contudo, cavernas inexploradas, que tanto podem levar a lugar nenhum como, ao contrário, podem conduzir ao outro lado da montanha. Numa ligeira exemplificação, a esta altura, cabe uma referência à lógica das probabilidades que, embora integrando o universo da matemática, não se prende ao rígido esquema bipolarizante. Suas conclusões remetem a muito mais opções do que a mera alternativa do certo ou errado.

5. — Analisando as ressonâncias do fenômeno lingüístico (o **discurso**, entendido como qualquer forma de utilização da linguagem através de fonemas ou morfemas), M. Celeste C. L. Santos manifesta ser "usual, na lógica, considerar as proposições como portadoras de um significado determinado, sem ambigüidade alguma e, por consequência, como verdadeiras ou falsas, sem levar em consideração aquele que fala e as circunstâncias em que fala. Na prática, encontramos atos-discursivos, concretos, expressões de certos indivíduos em certas circunstâncias, cujo significado depende destas últimas e que é constantemente tão vago que a alternativa da verdade, ou falsidade, carece de aplicação". (Maria Celeste C. L. Santos, "Poder Jurídico...", pág. 127).

Não há dúvida de que obstáculos como esses costumemente se antepõem ao juiz, dificultando sua tarefa de adequar o caso concreto à norma pertinente. A saída para essas ocasiões de impasse encontra-se na recomendação de Recaséns Siches, segundo a qual "o juiz não deve se inspirar primordialmente na lógica

tradicional, mas em considerações de outro tipo, por exemplo, na busca da solução justa do caso singular". (Luis Recaséns Siches, "Nueva Filosofía...", pág. 29).

Em suma, o que esse autor pretende demonstrar, com o respeitável embate travado com a lógica tradicional, é que os conceitos jurídicos, ou seja, aquilo que as normas impõem, proibem ou permitem, não pertence ao pensamento regido pela lógica do matemático, mas ao campo em que viceja a lógica do razoável, do humano, ou razão vital e histórica.

6. — Não há como objetar a evidência de que, no pensamento atual, a lógica se encontra a considerável e venerável distância dos seus primórdios. E, como diz Jimenez de Cisneros, "a moderna lógica, com todo o seu profundo desenvolvimento, é uma das disciplinas mais impressionantes e difíceis". (Juan Gomes Jimenez de Cisneros, "Los Hombres...", pág. 232).

Tanto mais difícil quando, na prática, sua utilização se dirige à solução dos conflitos humanos e não à resolução de problemas matemáticos. Ao juiz compete manejar os argumentos tal como exatamente o são: instrumentos e material de trabalho. Sua capacidade de raciocínio é empregada não apenas para produzir os argumentos da sentença, como também para discernir e selecionar os que lhe são trazidos pelas partes. Conhecê-los e saber como lidar com eles é, para o magistrado, um dever de ofício.

Na fase de instrução, por exemplo, sua clarividência é posta à prova para uma triagem da matéria na tomada de depoimentos, movimentando os mecanismos de centripetação dos assuntos pertinentes e de centrifugação dos temas aleatórios e imprestáveis para o esclarecimento do caso.

Na etapa subsequente ao encerramento da instrução, a lógica volta a ser acionada para o cotejamento do material disponível e eliminação mental de tudo o que não contribuir consistentemente para a liquidez do convencimento.

7. — Pelo que foi visto, a lógica formal, levada a conseqüências extremadas, pode representar uma espécie de desidratação do fator humano que deve estar sempre contido em cada norma, o que pode conduzi-la à suprema aridez ou mumificá-la na equação silogística.

Igualmente, repassamos a tese consagrada de Recaséns Siches, segundo a qual a lógica do razoável liberta o raciocínio para circular à procura do ponto de fixação do logos do humano, dentro do perímetro que constitui o protetorado do direito e da justiça.

Finalmente, propomos a decantação do convincente como fruto de uma paciente elaboração mental do julgador, que opera com as categorias da lógica e do bom senso, movimentando todos os mecanismos do seu raciocínio a partir da audiência inicial e contrapondo o pedido do autor à defesa do réu, para cotejar e balancear depoimentos e demais provas em movimento pendular, tudo sob a iluminação dos refletores da lei, dos costumes, da analogia, da equidade, e dos princípios gerais do direito.

Essa análise, corretamente levada a termo, é que vai causar a desejada separação dos dois elementos incompatíveis entre si, resgatando-se o justo para a elaboração da sentença e desprezando-se o injusto.

O IMPULSO CRIADOR

1. — Na complexa tarefa da interpretação e integração do direito, atinge o juiz uma dimensão nunca antes alcançada. De simples espectador de um duelo judicial, passou o magistrado a ocupar, nesse conflito, uma posição de protagonista principal. O artigo 765 da Consolidação das Leis do Trabalho reflete, sem dúvida, essa tendência, ao afirmar: "Os Juizes e Tribunais do Trabalho terão ampla liberdade na direção do processo e velarão pelo andamento rápido das causas, podendo determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas".

Como o juiz não aproveita a alegação de silêncio, obscuridade ou insuficiência da lei, posto que a ele é destinada a função de julgar em qualquer circunstância, sua decisão há de ser conforme o direito e a justiça.

Toda interpretação tem cunho pessoal e subjetivo, imprime o selo de quem a faz, sendo aí que se revela todo o processo de criação.

Já se disse que saber leis não é apenas conhecer as suas palavras, mas conhecer sua força e seu poder. A teoria jurídica que se limitava à interpretação gramatical do texto normativo, face à sua inutilidade, restou substituída por outras que passaram a ver no intérprete a figura principal.

Partindo-se da premissa de que a interpretação gramatical não existe — e que as palavras devem ser explicadas por seu sentido lógico, mesmo porque cada palavra pode ter vários significados —, chega-se à conclusão de que a tarefa do intérprete, na aplicação do direito, é de importância fundamental.

São palavras de Aristóteles: "Quando a lei dispõe de uma maneira geral e nos casos particulares em que há algo excepcional, então, vendo que o legislador silencia ou que se enganou ao falar em termos absolutos, é imprescindível corrigi-lo e suprir o seu silêncio, e falar em seu lugar, como ele mesmo o teria feito se tivesse podido conhecer os casos particulares de que se trata". (Citado por Jose Antonio Niño, "La Interpretación...", pág. 67).

O trabalho de integração do direito, pelo juiz, a que se referia Aristóteles mais de três séculos antes de Cristo, deve obedecer, como já foi salientado, a sólidos critérios científicos, não se devendo afastar, o intérprete, das tradições e das origens que impregnam as leis vigentes.

"O passado — ensina Hernández Gil — se incrusta nos fatos e goza de uma autoridade legítima. O dado histórico oferece à investigação científica do direito uma das bases mais sérias, embora sujeita à vigilância das faculdades mais elevadas do espírito". (Citado por Jose Antonio Niño, "La Interpretación...", pág. 83).

Toda a doutrina geral sobre o direito não é criação isolada de uma única pessoa, mas reflete os usos, os costumes e as tradições de todo um povo, fatores que não podem ser descuidados por ocasião da aplicação da norma.

Todavia, a observância desse direito já constituído, não é obstáculo a que outro, paralelamente em sentido complementar àquele, vá aflorando, fruto da criação necessária e individual de cada juiz.

Nessa criação individual, que não é pura operação lógica ou "missa jurídica", exige-se do magistrado uma reconstituição dos fatos e uma opinião crítica. A pessoa do julgador ocupa um papel relevante nessa tarefa, posto que jurisdição e sentença constituem funções de caráter criador de normas jurídicas. Revigorado por todo um processo científico de observação, experimentação, comparação e generalização, surge o direito com uma roupagem nova, carregado de força normativa e representando o resultado das novas exigências sociais.

A norma legal, assim elaborada, não mais se oporá à dinâmica da realidade, mas acompanhará, desdobrando-se, as múltiplas necessidades que vão nascendo com o evoluir das sociedades.

2. — Kelsen considera a atividade interpretativa como um processo de criação jurídica e, portanto, de vontade. Defrontando-se com uma lei injusta ou iníqua, o juiz deve procurar outros recursos, sopesando e avaliando, de forma serena, as provas apresentadas. As circunstâncias que cercam o fato concreto devem ser minuciosamente apreciadas, valorando-se cada detalhe, uma vez que as circunstâncias, o mais das vezes, são mais importantes do que o fato em si.

Conseqüentemente, os vazios que se apresentam no difícil labor de aplicar ou integrar o direito, proporcionam ao juiz uma experiência ímpar, de renovação constante. A função social de aplicar a lei ao caso concreto, notadamente na primeira instância, onde é direto e pessoal o contato com partes, testemunhas e advogados, é vivência enriquecedora.

Poderes cada vez mais amplos são assegurados ao juiz. Os artigos 436 e 437 do Código de Processo Civil indiciam essa tendência: "O juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos" (Artigo 436). Já o artigo 437 acrescenta: "O juiz poderá determinar, de ofício ou a requerimento da parte, a realização de nova perícia, quando a matéria não lhe parecer suficientemente provada".

Não obstante a responsabilidade que, atualmente e de forma renovada, se reconhece ao juiz, este é, a despeito de sua árdua função, um ser mais livre, tendo por censor apenas e tão-somente a própria consciência, apoiada da livre convicção.

Malatesta também assim o entende: "O juiz, que no processo inquisitorial, favorecido pela lei com uma confiança ilimitada, reunia em suas mãos as duas funções — de acusador e defensor —, parecia mais oprimido sob o peso enorme das faculdades que tinha, do que verdadeiramente senhor da matéria com que deveria construir a sua sentença". (Nicola F. dei Malatesta, "A Lógica das Provas...", pág. 11).

A importância e independência do magistrado estão asseguradas em todos os ramos do direito. Seu papel na interpretação e integração do direito se destaca, cada dia mais nitidamente.

3. — A ordem jurídica, constituída por normas gerais que visam à conduta social, aplica-se ao caso concreto. Essa ordem jurídica, devidamente regulamentada, embora apresentada de forma genérica e abstrata, é o ponto de partida, o farol através do qual se orienta o intérprete. Como a norma jurídica não esgota a solução que deve ser dada a cada caso, necessariamente remete o aplicador a

outros princípios. O juiz deverá combinar todos os elementos que estão à sua disposição até atingir a solução mais indicada para aquele caso.

Nesse processo, dispõe o aplicador de faculdades amplas, não devendo limitar-se ao papel de simples repetidor da lei. A sentença, como toda criação, leva estampada a marca da personalidade de seu criador. Já se afirmou que a função criadora é um misto de ciência e arte. Essa criação é relevante no sentido em que introduz, no universo dinâmico do direito, uma valoração pessoal.

É interessante notar que o processo de criação somente acontece quando o juiz assume, perante a norma geral, uma atitude crítica, ou então, afastando-se dos limites já traçados pela lei, o magistrado a reveste de uma valoração ainda não sentida.

Nessa esteira de raciocínio, Del Vecchio ensina: "O jurista, e muito especialmente o juiz, deve, enquanto isso é possível, dominar e quase dar vida de novo a todo o sistema, sentir sua unidade espiritual, desde as premissas remotas e tácitas até os preceitos mais insignificantes, como se fosse autor de todo ele e, por ele, falasse a mesma lei". (Giorgio Del Vecchio, "Los Principios...", pág. 62).

Através desse processo de criação, novos conceitos são incorporados à lei, modificando-a, dando-lhe um sentido desconhecido. O mesmo ocorre com a lacuna. O juiz, ao preenchê-la, enriquece o ordenamento jurídico e apresenta à sociedade respostas às exigências que surgem com a sua evolução. Somente assim os claros existentes na legislação podem ser preenchidos. Todavia, a função integradora do juiz, na busca sempre renovada e inspirada na justiça, só virá ao encontro das reivindicações sociais se essas decisões traduzirem as aspirações, as crenças e o bem-estar da coletividade.

Ao argumento de que o juiz não deve se afastar da ordem da lei, responde Fernandez: "Para que uma lei o seja realmente, não basta que emane de um poder legislativo. O legislador não é onipotente, não cria o direito a partir do nada, não está livre de uma ordem; mas deve respeito a outras fontes e princípios em que há de fundar-se o preceito legal para ter validade e vigência". (Alberto Vicente Fernandez, "Función Creadora...", pág. 79).

Ao ser lançada no universo do direito, a norma adquire personalidade própria e independência, distanciando-se do seu criador, passando a ter identidade própria e a existir por si mesma.

Esse fenômeno ocorre, com frequência, no mundo da cultura. Cada partitura musical ganha ou perde muito do seu valor, dependendo de quem a executa. Tocada por um ou por outro, os resultados são sempre diferentes, embora o texto não mude e não se possa argumentar com erros ou desacertos. E, como o direito pertence ao mundo da cultura, interpretações ou execuções personalizadas levam, cada uma, o selo do seu autor ou do seu intérprete. Com as mesmas tintas, podemos criar obras de arte ou traçar simples rabiscos.

Fernandez finaliza esse raciocínio da seguinte forma: "As normas jurídicas gerais são esboços, objetos incompletos, obscuros e toscos, por vezes, que o intérprete estuda, analisa e penetra com toda a ciência ao seu alcance. Existe, nessa relação entre a norma e o juiz, a mesma relação que há entre sujeito criador e um dado objeto, também incompleto, no qual o sujeito vê possibilidade

que nenhum outro sequer vislumbra". (Alberto Vicente Fernandez, "Función Creadora...", pág. 82).

Trabalhando sobre o direito, intuindo, valorando, aceitando ou rejeitando, o juiz atua sobre a norma como o artista sobre o objeto de sua arte. Seu modo de ser, suas convicções e aspirações são fatores que permeiam todo o processo de interpretação. É a atuação do ser humano, do Homem, sobre o mundo da cultura. Dessa interação do juiz, como pessoa, sobre a norma, surgirá nova lei, diferente da primitiva, que era tosca, genérica, sem individualidade. Essa criação, que trará o timbre Inconfundível do seu criador, apresentar-se-á meditada, valorada, intuída e com um destinatário certo e determinado.

4. — **A crença na Justiça.** Nas civilizações mais adiantadas, onde a sociedade não apenas aceita, mas exige, do juiz, uma atuação social renovadora constante, é ele obrigado a fazer, na sentença, a crítica da lei iníqua. Censura a lei e recomenda a sua reforma. É o caso do direito inglês, através da "Common Law", em suas relações com a equidade. Conceitos sobrevividos da conquista normanda, têm sido a fonte do direito anglo-saxão e que passou, posteriormente, às colônias Inglesas na América, permeando, assim, todo o direito norte-americano. Originalmente inspirado na equidade, dizia-se desse direito que era "o que é comum a todo o reino, como norma ou conceito". A "Common Law" inglesa, sobretudo preocupada com os direitos individuais, objetivava proteger a igualdade legal contra os excessos do poder. Poder judicial, profundamente democrático, sua característica mais notável era basear-se no consentimento geral.

Na verdade, "o que é comum a todo um povo, como norma ou conceito", pelo seu conteúdo profundamente democrático, deveria ser uma das forças inspiradoras do direito.

A decisão judicial está limitada pelo ordenamento jurídico, pelos costumes e pelas tradições, na medida em que esses balizadores sociais atendam ao bem comum e às exigências novas que surgem pelo evoluir das civilizações. Não se pode perder de vista que o direito, através de sua manifestação concreta, que é a sentença, não pressupõe criação arbitrária, isolada. A lei ou a sentença reputam-se válidas na medida em que, inspiradas nos antecedentes históricos, simbolizem resposta aos anseios do grupo social.

Ao equívoco dos que pretendem que a criação é manifestação isolada ou descompromissada, deve-se ponderar que o verdadeiro criador é aquele que, apoiado em regras e princípios, atua com harmonia e equilíbrio, revelando sentimentos, aspirações e valores existentes em todo ser humano. Outrossim, como tudo o que provém do homem, coexistem lado a lado a lei boa e a lei má. A primeira é elaborada tendo em vista princípios gerais, norma flexível e adaptável, voltada para a imprevisibilidade do futuro, atenta às transformações e infensa a casuísmos, numa sociedade em rápido desenvolvimento. São as leis destinadas a vigorar em diferentes situações. Assim elaboradas, nem o efeito do tempo lhes retira a atualidade, posto que não são suas prisioneiras. Voam alto, sobranceiras, e na sua visão de altitude descortinam uma fatia maior do horizonte. Quanto mais elevados forem os seus conceitos, mais alto o seu vôo e mais ampla a sua visão. Essas são as leis voltadas para a insondável riqueza que se esconde nas multifacetadas relações humanas. E assim é porque a relação jurídica somente o

será enquanto for social e humana. Nessa tentativa de regulamentar o comportamento do homem, deve o legislador preocupar-se em não limitar, de forma estrita, esses contornos, posto que uma norma assim defeituosa, estaria destinada a ter vida curta, caindo no esquecimento.

A crença na Justiça define a sociedade. Quanto mais desenvolvida, mais ela acredita nos seus juizes e no seu discernimento. Nos países democráticos e socialmente estáveis, o juiz pertence a uma classe diferenciada. Essa diferenciação, longe de ser odiosa, reflete apenas o reconhecimento do povo àquele que detém a força imponderável do equilíbrio e da moderação, transmitindo segurança e tranqüilidade. Na medida em que se acredita na Justiça, as nações se desenvolvem e os conflitos sociais diminuem. Um povo que consegue superar as suas crises através da aceitação das decisões judiciais, não porque impostas, mas porque justas, tem condições de se desenvolver, sem retrocessos e sem grandes convulsões.

Ao contrário, se o povo desacredita nos juizes, ou porque o ordenamento jurídico é frágil, constituído de leis iníquas, protetoras dos mais fortes, ou de leis rígidas e inflexíveis, a sociedade assim constituída também será débil. O equilíbrio sobre o qual repousa a sociedade é a sua crença na realização da justiça. E o judiciário, como um espelho, reflete essa mesma sociedade. Não existe nenhum indício mais revelador, de crises ou de estabilidade, do que o judiciário. Constituído de homens cultos, independentes e dignos, a sociedade assim também o será. Esse paralelismo é tão válido a ponto de já se ter dito que, enquanto um só juiz tiver medo, nenhum cidadão poderá dormir tranqüilo.

Um juiz com as aptidões mencionadas acima é o mais severo guardião dos direitos e dos valores da comunidade. Acreditando-se na Justiça, o direito se realiza sem imposição, porque na consciência do homem existe uma crença milenar que lhe ensina ser bom cumprir o direito, quando esse direito pressupõe a Justiça.

5. — Como dispõe o artigo 2.º do Código Civil: "Todo homem é capaz de direitos e obrigações na ordem civil". O ser sujeito de direito é uma necessidade intrínseca do ser humano, não podendo resultar de concessão ou privilégio assegurado pelo Estado. Esse conceito de sujeito de direito, todavia, não tem o mesmo significado em todas as legislações. Ensina Pontes de Miranda: "Capazes de direito são os homens, porque, hoje, se lhes reconhece direito supraestatal, a isso repellido o § 4.º do Código Civil russo em que a capacidade jurídica é **concedida**" ("para o desenvolvimento das forças produtivas da terra, a República somente **concede** a capacidade de direito civil"). (Pontes de Miranda, "Tratado...", pág. 159).

Fazendo parte das exigências do homem, como ser social, não é faculdade outorgada por outrem. Tanto isso é verdade que a lei contempla direitos indisponíveis e irrenunciáveis, em relação aos quais está vedada a sua transação. Na esteira desse raciocínio, chega-se à inelutável conclusão de que o fato de determinados direitos não se encontrarem expressamente previstos no ordenamento jurídico, não retira do homem a qualidade de sujeito desse mesmo direito, embora não expressamente determinado.

Definindo o que seja sujeito de direito, o mesmo Pontes de Miranda escreve: "Sujeito de direito é o ente que figura ativamente na relação jurídica fundamental

ou nas relações jurídicas que são efeitos ulteriores". (Pontes de Miranda, "Tratado...", pág. 160).

Como pertence à própria natureza humana o ser sujeito de direito e, igualmente, pertence ao Estado — como uma de suas funções precipuas —, a outorga da prestação *jurisdicional*, não se pode deixar qualquer direito sem a correspondente proteção judicial.

O fato jurídico que é a sentença, também, é a prestação a que o Estado está obrigado perante cada cidadão. Como sujeito de direito, o homem é titular natural do direito cívico de ação, o qual não pressupõe, necessariamente, o reconhecimento de um direito material.

Comentando o entendimento kelseniano sobre o direito positivo e o homem como sujeito de direito, M. Celeste L. dos Santos deduz que o cidadão, mesmo indiretamente, através do seu direito de ação processual, pode participar da criação do direito. Haveria, a propósito, um aspecto novo, que a autora extraiu de Bobbio, ou seja, a ligação estabelecida entre a definição da teoria processual do direito, de Kelsen, com a teoria do próprio Kelsen sobre as fontes do direito, entendidas na origem como "os diversos modos com os quais, em um ordenamento jurídico, são produzidas as normas jurídicas, sejam as gerais, como as leis constitucionais e as leis ordinárias; sejam as individuais, como as sentenças e os contratos" (M. Celeste C. Leite dos Santos, "Poder Jurídico...", pág. 19). A ligação reside, então, no aspecto de que "o ordenamento jurídico, autorizando o indivíduo a promover a ação sob a tutela do próprio interesse, assume a vontade do interessado como parte construtiva do processo, com o qual se produz esta norma individual, que é sentença do juiz" (idem, *ibidem*). A participação do cidadão na criação do direito, pois, seria feita pela via eleitoral, exercendo o direito político de outorgar mandatos a quem se incumbiria de criar leis gerais nas assembléias legislativas; e exercendo o direito civil e subjetivo de ingressar em juízo, quando, também indiretamente, o indivíduo participa da criação de uma norma individual, a sentença do juiz.

Finalizando este tópico, impõe-se uma referência a Couture, que muito apropriadamente ressalta: "Na sentença também se contém a satisfação do interesse próprio que o Estado tem em dirimir juridicamente os conflitos que lhe são submetidos pelos cidadãos e em assegurar a efetivação da Justiça e do Direito. E, para isso, é necessário não colocar em primeiro plano a injustiça que possa conter tal ou qual sentença não suscetível de recurso, mas sim, a atividade em si, juridicamente ordenada, confiada aos juízes mais capazes e procurando, por todos os meios possíveis, que a jurisdição constitua o meio de obter sentenças justas e convincentes, e de fazer chegar o direito aos cidadãos". (Eduardo J. Couture, "Fundamentos...", pág. 204).

7. — **A crise da lei.** A última guerra mundial deixou patente que a lei, por si só, não resolve os conflitos, mas ao contrário, pode recrudescê-los. O questionamento relativo ao cumprimento estrito da norma legal, que remonta a séculos, ganhou especial destaque após a última guerra. As atrocidades, cometidas e amparadas pela lei, chamaram a atenção para a fragilidade desta. Ganhou destaque a teoria de que o cumprimento rígido da lei poderia ser fato gerador de iniquidades,

todas as vezes em que essa lei estivesse divorciada da sociedade. Despertou-se para uma realidade até então pouco percebida: a de que nem sempre o Direito Positivo e o dogma da lei atendiam aos anseios da sociedade a que visavam proteger.

O pós-guerra, na névoa dos seus escombros, trouxe consigo dúvidas e incertezas quanto à validade inquestionável da lei. Foi ela arrancada do pedestal em que havia sido colocada e sua redoma de cristal ruuiu. O positivismo normativo que varreu toda a Europa no século passado, havia engendrado atrocidades, deixando atônita e perplexa toda uma civilização. Necessário se fazia que crimes assim perpetrados, embora em nome e sob o manto protetor da lei, sofressem punição. Seus julgadores foram obrigados a, desprezando a lei, valer-se de outros princípios jurídicos, a fim de que o direito pudesse ser realizado. A norma jurídica aplicada aos criminosos de guerra concluiu que a lei, levada às últimas conseqüências, poderia identificar-se com os detentores do poder. Todavia, após a derrota dos que com ela se identificaram, o questionamento da intocabilidade dessa mesma lei teve início. Para que tal intangibilidade fosse abalada, fez-se necessário que uma catástrofe arrasasse a Europa. Somente então passou-se a exigir legitimidade à lei, como condição preliminar de sua validade. Novas fórmulas de distribuição e controle de poder foram surgindo. Admitiu-se que o juiz, ao decidir por equidade, exercia um poder discricionário, embora limitado por critérios objetivos, subordinados ao ordenamento jurídico, aos princípios gerais, aos usos, costumes e tradições sociais. Foi o que se convencionou chamar de aplicação da norma latente ou implícita no próprio ordenamento jurídico, cujos critérios a serem observados já estavam determinados.

A partir daí, a lei passou a ser focalizada sob o ângulo da relatividade. Perdeu a intocabilidade de dogma. A norma jurídica, criação do ser humano, é, como ele, imperfeita, lacunosa, imprecisa. Compete ao juiz, na tentativa penosa de autoelevar-se, fugindo às suas próprias limitações e à sua contingente condição humana, dar o melhor de si ao aplicar a norma ao caso concreto. Somente assim, com a lei a balizar-lhe o caminho, utilizando-se de todos os métodos postos à sua disposição, sem perder de vista o direito como um todo, poderá o juiz, sopesando provas, valorando situações, meditando e refletindo, aplicar a norma que melhor atenda aos interesses em conflito. Nessa espinhosa missão, todos os princípios previstos pelo direito devem ser observados, sem perder de vista os éticos. O enfoque a ser dado à norma deve ser aquele que lhe permita desdobramentos, vendo-se a lei como um pólo irradiador de luz: um núcleo que mantém, em seu interior, uma infinidade de vidas, prontas a se decompor e passíveis de atuar em um número incontável de situações. Esse aspecto multifacetado da lei garante ao intérprete valer-se dela em diferentes realidades, dando-lhe, pela força do seu trabalho intelectual, uma aparência sempre atual.

Reside aí a riqueza da norma jurídica e o amplo campo da criação reservado ao juiz. A metáfora se impõe: a norma jurídica pode ser comparada à tela e às tintas postas à disposição de um artista. A obra a ser esboçada dependerá do trabalho do autor. Apenas os instrumentos estão à vista; o resultado dependerá da perícia, do talento, do senso de justiça, da sabedoria, da intuição e do equilíbrio do intérprete.

C O N C L U S Ã O

Finalmente, tendo ultrapassado a linha de chegada, só nos resta confiar em que o trajeto percorrido esteja corretamente balizado e com sinalização jurídica satisfatória.

Em breve retrospecto, podemos dizer que a Idéla fundamental do tema aqui desenvolvido encontra-se genialmente cristalizada no texto de Couture, que abre este trabalho, em epígrafe.

De fato, o magistrado é o prisioneiro voluntário da cela plena e hermeticamente delimitada, que configura o ordenamento jurídico. Esse ordenamento, estruturalmente construído com a lei e os princípios que informam a legislação positiva vigente, contém todo o direito. Dentro dele, o juiz atua livremente e exerce a sua vontade, imprimindo ao processo um impulso criador na medida em que não se expressa mecanicamente como um mero aplicador de carimbos decisórios. Pelo contrário. Orientado pela lei e inspirado pelas demais fontes consagradas do direito assegurará a interpretação, integração e aplicação da norma ao caso concreto, ocasião em que se revelará a figura do magistrado no exercício de sua mais dignificante função: **a de proferir sentença com dimensões criadoras.**

Neste sentido, a manifestação pulsante e reprodutiva de vida que o prisioneiro realiza no interior da cela, faz com que todo o edifício se mova no tempo e no espaço, pois a rotação interna do juiz ao redor do eixo de sua função, que é o próprio Direito, origina o movimento de translação global do cárcere ao redor do sol da Justiça, no universo existencial do Homem, no qual se insere e ao qual deve servir.

BIBLIOGRAFIA

- CISNEROS, Juan Gomez Jimenez de. — **Los Hombres Frente al Derecho**. — Madrid, Aguilar, 1959.
- COUTURE, Eduardo J. — **Fundamentos do Direito Processual Civil**. — São Paulo, Saraiva, 1946.
- COUTURE, Eduardo J. — **Introdução ao Estudo do Processo Civil**. — Rio de Janeiro, José Konfino, 1951.
- DEL VECCHIO, Giorgio. — **Los Principios Generales del Derecho**. — Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1971.
- FERNANDEZ, Alberto Vicente. — **Función Creadora del Juez**. — Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1970.
- GIGLIO, Wagner D. — **Justa Causa para Despedimento do Empregado**. — São Paulo, Edições Florença, 1966.
- HAYAKAWA, S. I. — **A Linguagem no Pensamento e na Ação**. — São Paulo, Livraria Pioneira Editora, 1972.
- LIMA, Alcides de Mendonça. — **Processo Civil no Direito do Trabalho**. — São Paulo, LTr, 1983.
- MALATESTA, Nicola Framarino del. — **A Lógica das Provas em Matéria Criminal**. — Lisboa, Livraria Clássica Editora de A. M. Teixeira & Cia., 1911.
- MARQUES, José Frederico. — **A Reforma do Poder Judiciário, 1.º** — São Paulo, Saraiva, 1979.
- NIÑO, José Antonio. — **La Interpretación de las Leyes**. — México, Editorial Porrúa, 1971.
- PONTES DE MIRANDA. — **Tratado de Direito Privado**. — Tomo I, Rio de Janeiro, Borsoi, 1970.
- RECASENS SICHES, Luis. — **Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho**. — México, Editorial Porrúa, 1973.
- RECASENS SICHES, Luis. — **Tratado General de Filosofía del Derecho**. — México, Editorial Porrúa, 1970.
- REALE, Miguel. — **Lições Preliminares de Direito**. — São Paulo, Saraiva, 1986.
- SANSEVERINO, Riva. — **Curso de Direito do Trabalho**. — São Paulo, LTr, 1976.
- SANTOS, Maria Celeste C. Leite dos. — **Poder Jurídico e Violência Simbólica**. — São Paulo, Cultural Paulista, 1985.
- SARAIVA. — **Enciclopédia Saraiva do Direito**, São Paulo, 1978.
- VIDAL NETO, Pedro. — **Do Poder Normativo da Justiça do Trabalho**. — São Paulo, 1982.
- VIDAL NETO, Pedro. — **Estudo Sobre a Interpretação e Aplicação do Direito do Trabalho**, (Tese para concurso à Livre Docência de Direito do Trabalho). — São Paulo, 1985.

A ALÇADA NO PROCESSO DO TRABALHO (*)

Fernando Vaz Cabeda (**)

I. INTRODUÇÃO AO TEMA

Aqui não se trata de como a justiça possa ser feita com a prática da boa intenção e da melhor ciência, mas de como a prática da justiça, em causas selecionadas por uma tipificação, encontra em seu resultado a **justificação** para o procedimento adotado.

As causas selecionadas são aquelas previstas na Lei 5.584, de 26 de junho de 1970, e que configuram a alçada para julgamento em único grau de jurisdição, em regra.

O exame do procedimento, do rito, ou seja, do modo, forma e tempo dos atos processuais, implicaria em um destaque de peculiaridades, sem conduzir a uma visão crítica do mencionado "resultado de justificação". Seria, ao invés, uma análise meramente diacrítica, vale dizer, destinada a acentuar elementos distintivos. Esse pode ser o ponto de partida, desde que o reconhecimento do rito conduza à descoberta de um **sentido** na diferenciação de processos (de conhecimento e de execução); em resumo, desde que não se limite ao nível da morfologia e alcance revelar elementos da anatomia do Direito Judiciário.

O processo é a corporificação da lide (a ação exposto a pretensão, contendo pedido, submetida a órgão jurisdicional, que angulariza a relação para fixar o litígio), e é ele que cumpre estudar nessa feição apartada, para que se revele à luz da teoria geral a **justificação** ou o **sentido** abordados. Importa, por exemplo, em ampla análise processual (e não procedimental) a crítica à seleção de litígios feita pela Lei 5.584/70. É que o Judiciário compõe a solução desses litígios considerando elementos da forma de seu encaminhamento, mas também outros de organização judiciária, além de sopesar o interesse primordial de velar pela ordem constitucional e situações de caráter conjuntural ou estrutural que digam respeito, v.g., à pletera nos tribunais.

Aquí, portanto, não importa tanto saber o que a Lei 5.584/70 visou realizar, nem o que sua aplicação poderia ter sido; importa, irrecusavelmente, o que deixou de ser como regime legal próprio.

ESQUEMA DE IDENTIFICAÇÃO

Processos com rito previsto na Lei n. 5.584, de 1970

1. Apenas dissídios individuais;
2. **Competência:** Juntas de Conciliação e Julgamento ou juízos de Direito;

(*) Prêmio "Oscar Saraiva" - 1986 (2.º lugar).

(**) O autor é Juiz do Trabalho da 12.ª Região.

3. **Critério determinante** da alçada; valor da causa de até duas vezes o salário-mínimo vigente na sede do juízo;

4. **Valor indeterminado** do pedido e não fixado na petição inicial; arbitrado pelo juiz da causa antes da instrução, **podendo ser impugnado em razões finais. Desatendido o pleito** do impugnante, **podará este** em 48 h **pedir revisão ao presidente do TRT**, formando ele próprio instrumento com cópia da inicial e da ata de audiência, autenticada.

OBSERVAÇÃO AO TÓPICO — a) A **lei é omissa no caso de impugnação do valor da causa quando vem expresso. O procedimento previsto no Código de Processo Civil** (de autuação e processamento em apartado da impugnação, de cujo "decisum" cabe agravo de instrumento) **é inaplicável, por incompatível. A solução para exame diz respeito ao julgamento da impugnação na sentença, ao final**, mas em tal caso não haveria como ser feito pedido de revisão. b) **Quanto a esse pedido de revisão**, observada a hipótese em que pode ser feito, **importa saber se tem a natureza jurídica de correção parcial**. Em tal caso, teria a autoridade revisora melhores elementos que o juiz da causa, sem o texto da defesa (caso ele não conste na ata)?

5. **Recursos: incabíveis os previstos no artigo 893 da CLT, salvo se versarem sobre matéria constitucional.**

OBSERVAÇÃO AO TÓPICO — a) As indagações são de variada ordem e remetem ao exame **questões como o cabimento de embargos declaratórios**, já que não são "recurso" em sentido próprio, nem estão arrolados no artigo 893 da CLT (ou em qualquer outro lugar dela). b) **Cumpra indagar se "matéria constitucional" se restringe a preceitos da lei maior, ou significa contrariedade à constituição no julgado ou ainda inconstitucionalidade na aplicação de lei menor** (incidentalmente, a própria lei definidora do rito). c) Por fim, resta saber se o apelo cabível é dirigido ao tribunal ordinário "ad quem" ou ao STF, via recurso extraordinário.

6. **Impulsão: de ofício pelo juiz.**

OBSERVAÇÃO AO TÓPICO — **No caso de procedimento ordinário também pode haver impulsão pelo juiz, porém limitada aos casos em que o reclamante atuar pessoalmente. Já o processo de execução é sempre impulsionado pelo juiz.**

7. Redação da **ata de audiência**: É dispensado o registro do resumo dos depoimentos, devendo constar apenas a conclusão quanto à matéria de fato (artigo 851, § 1.º, da CLT).

Os processos que tenham as características de procedimento alinhadas passam a compor o objeto da abordagem proposta na introdução.

A propósito, o espírito desprevenido deve ser alertado em tempo a respeito das inclinações críticas que lhe pareçam, acaso, já acentuadas, o que é feito pela reprodução disso que foi observado em uma aula: Lon Fuller, professor em Harvard, simulou uma situação de julgamento de supostos arqueólogos, produzindo texto hoje clássico da pedagogia jurídica, expondo o confronto das interpretações dos juízes de um tribunal. A um dos magistrados atribuiu:

"A Inclinação de meu colega para encontrar lacunas nas leis faz lembrar a história, narrada por um antigo autor, de um homem que comeu um par de sapatos. Quando lhe perguntaram se os havia apreciado, ele replicou que preferira os buracos. Não é outro o sentimento de meu colega com respeito às leis; quanto mais buracos (lacunas) elas tenham, mais ele as aprecia. Em resumo, não lhe agradam as leis."

(O Caso dos Exploradores de Cavernas)

O alerta, pelo sentido contrário, fará certamente ver que o apego às leis também não é demonstrado com a simulação de que sejam justas, práticas, eficazes e encontrem dentre aqueles a ela submetidos um modelo acessível e acatado.

I. ABORDAGEM TEÓRICA

A questão acerca das causas de alçada constitui aparentemente uma página menor no debate doutrinário ou jurisprudencial sobre o funcionamento da Justiça do Trabalho. O direito processual trabalhista é acentuadamente marcado pelo **princípio da oralidade**, de forma que a **simplificação do rito** e a **diferenciação do sistema de recursos** tendem a ser considerados **elementos sintonizados com aquele princípio**, que o acentuam em função de **peculiaridades das chamadas pequenas causas**. No direito positivo, estas **são consideradas exclusivamente quanto ao seu valor**, ou seja, expressão monetária do objeto do litígio.

Conquanto seja assim, e portanto tudo aponte para a pacificação de eventuais divergências sobre o assunto, há um ponto que reapresenta o tema: faz parte da opinião comum que o **regime legal fixado para os processos de alçada deixou a questão irresolvida**. O valor de dois salários-mínimos estabelecidos como elemento diferenciador do rito, convertido no valor de dois salários-referência na vigência da Lei n. 6.205, de 29 de abril de 1975 (**situação que perdurou até a edição da Lei n. 7.402, de 5 de novembro de 1985**, com retomada do parâmetro do salário-mínimo), é **reconhecidamente baixo**.

No semestre iniciado em novembro de 1985 o valor vigorante do salário-referência teve a variação de Cr\$ 196,353 a Cr\$ 277,898, conforme a região do País e, portanto, a alçada que seria calculada por ele no máximo atingiria a Cr\$ 555,796, **teto irrisório para uma suposta justificação do procedimento simplificado**. O retorno ao parâmetro do salário-mínimo, a contar de 2 de novembro de 1985 (cerca de dez anos depois ser adotado o padrão do salário-referência), fez com que esse teto fosse fixado em Cr\$ 1.200.000 (**duas vezes o salário-mínimo**). Embora com elevação substancial, não é de acreditar-se ter o retorno ao critério original encontrado por si só motivos justificadores do rito, que tal critério nunca evidenciou. É **como se o legislador tivesse instituído uma licença legal mas, temeroso, também a tivesse restringido à quase medida do insignificante**.

Assim, é antes a **inoperância de um regime legal**, e sua **incômoda subsistência nos termos postos**, que recoloca o tema inteiramente, com acento nos **aspectos irresolvidos exatamente pelo fato de haver sido mitigado o interesse econômico envolvido**. A **questão menor, disciplina ligeira...**

"Como é minha intenção escrever coisas proveitosas àqueles que as entenderem, parece-me mais conveniente respeitar a **verdade efetiva do assunto**", observou Maquiavel (O Príncipe, Capítulo XV) e, com efeito é sua **"verità effettuale"**

o ponto de partida para o reconhecimento de que o assunto, nesta abordagem, encerra como embrião temas considerados importantíssimos em outros debates e ali afloram acentuadamente por terem vinculação com resultados tidos por relevantes. Mas, é talvez aqui, como em **nenhum** outro lugar, que tais temas se cruzam e encerram a intensidade extênue da **indagação** com a **variedade** no questionamento da ordem jurídica.

Noutras palavras, e por exemplo, é inegável a importância do exame do princípio do devido processo legal à luz das garantias constitucionais estendidas ao Direito Judiciário, mas é fácil reconhecer que a particularidade do processo de alçada nesse mesmo quadro não tem alimentado interesse especial. Entretanto, a diferenciação de ritos não só coloca em causa o tema da igualdade perante a lei, como o do acesso à revisão dos julgados.

A par das contradições na ordem jurídica, de que Karl Engisch faz a anatomia (Introdução ao Pensamento Jurídico, pág. 253 e seg.), embora ainda não seja o momento de adiantar se são aparentes ou verdadeiras, releva ver que **a diferença procedimental encerra relacionamento particularizado do Judiciário, no trato de determinadas questões**, e isso **não significa apenas valorizar mais a celeridade em detrimento da certeza** (como supõem algumas simplificações), **mas implica saber se o ato jurisdicional diferenciado recebe igual legitimação** (que a conduta ordinária).

Como a **operacionalidade**, ou o resultado prático do sistema de diferenciação de alçadas **está grandemente comprometido pelo critério vigente de sua fixação** (como ficou visto, apenas com base em valor irrisório), o **aspecto da legitimação não pode ficar subsumido no descaso** para com um debate improficiente, perante o senso comum. Por exemplo, a observação "curiosamente, e contrariando nossa expectativa (...), a sociedade recebeu sem grande resistência o julgamento único, nas causas trabalhistas de pequeno valor econômico" (Wagner Giglio, Direito Processual do Trabalho, pág. 270), deixa de esclarecer (a) sobre as circunstâncias históricas em que foi baixada a regra nova; (b) sobre o grau de inovação que portou; (c) se o assunto foi tratado como de interesse menor; (d) se houve aceleração em face do **benefício substitutivo** ou ainda (e) **se ficou bloqueado o canal institucional para a manifestação da contrariedade** (recorde-se o quadro institucional do País em 1970).

É com o intuito de que a observação genérica não sepulte as variáveis da indagação maior que o presente estudo examina as considerações possíveis, não as que tenham sido necessariamente feitas.

Excetuado o **direito de eximir-se de julgar**, conhecido dos antigos romanos pela fórmula *sibi non liquere* (que não subsistiu à idéia do encargo político-funcional de julgar), a **garantia mais remota dada aos juízes decorreu da Revolução Inglesa de 1668, assegurando a investidura no cargo judicial sob a fórmula** *quand diu se bene gesserint — caso se conduzam honradamente, e não mais como a vontade do rei* (George McCaulay Trevelyan, A Revolução Inglesa, pág. 77). A **condução honrada**, observe-se, **tem a ver com a independência** no exercício da função judicante (não se tratando de conduta do ponto de vista subjetivo) **resultando em postulado revolucionário garantidor da autonomia do ramo judicial do Estado**. A consideração

é feita a propósito das dificuldades presentes para legitimar um processo diferenciado, embora equânime o tratamento que deve dispensar o Judiciário, cujo resultado está comprometido pelo alcance do que Niklas Luhmann chama de "estrutura programa" (**Legitimação pelo Procedimento**, págs. 108/109). De tal ponto de vista conservador, "a absorção da crítica, que da parte dos interessados leva à legitimação das decisões, é atingida da parte dos decisores através da programação condicional da sua atuação e argumentação respectiva".

Esclarece **Luhmann**:

"Ambos os aspectos do procedimento de decisão servem de forma complementar para diminuir as possibilidades de escolha, para reduzir a complexidade. Daí ser correta a suposição de que uma legitimação pelo procedimento só pode ser institucionalizada vinculada à programação condicional da decisão. Portanto, não é de forma nenhuma por acaso que a **legitimação do direito, conforme ao processo, se tornou mais aguda na virada para o século XIX, no mesmo momento histórico em que foi abandonada a argumentação teleológico-naturalista do direito e este foi sendo progressivamente positivado como sistema de programas condicionais de decisão. O que ainda hoje subsiste da teoria teleológica do direito serve para a interpretação das decisões alheias (nomeadamente as leis) e não para a interpretação da legitimação pessoal direta.**"

O mesmo autor adverte sobre a prudência da limitação do direito a **programas condicionais**, posto que a legitimação está vinculada a que o programa se realize.

Adequada a consideração teórica exposta a este texto, vê-se que o programa condicional nada mais é do que aquilo antes chamado de **benefício substitutivo**, mais ao início. Ou seja: o **processo de alçada compensaria a limitação do rito e a do acesso à revisão do julgado não apenas pela virtualidade da solução mais pronta (isoladamente isso seria finalístico, ou teleológico, não intervindo na legitimação pessoal direta), mas pela consecução desse resultado sem prejuízo da "exigência duma autêntica discussão jurídica no processo"** (Luhmann, op. et loc. cit.).

Essa idéia de que a **organização do processo é a forma para dar-lhe o caráter de legítimo** está longe de significar confluência, expressando antes um modelo entrópico.

Outra opinião, modelada no liberalismo, conduz a análise lidando com a idéia-chave de equidade. A interpretação meramente processual é combatida. Em resumo, a **garantia verdadeira da igualdade "reside nos conteúdos dos princípios de justiça e não nestes pressupostos processuais"** (John Rawls, Uma Teoria da Justiça, pág. 371).

Admite Rawls que, pela interpretação processual, **"as divergências do tratamento igual serão justificadas individualmente e julgadas imparcialmente pelo mesmo sistema de princípios que vale para todos; considera-se como igualdade essencial, a igualdade de consideração"**. Ocorre que, segundo ele, ainda que haja, a "igualdade de consideração em nada restringe o tipo de motivo que se pode oferecer como justificação de desigualdades". No caso da existência de institui-

ções injustas ou discriminatórias, a fragilidade do método atacado estaria expressa em um paradoxo:

"Ademais, mesmo que a interpretação processual impusesse alguma restrição genuína às instituições" (injustas), **"ainda permanece" (o defeito) "quanto ao porque de seguirmos o procedimento em alguns casos e não em outros.** Sem dúvida, aplicar-se-á a criaturas que pertencem a alguma classe, mas qual? Ainda assim, **para podermos identificar esta classe, necessitamos de uma base natural para a igualdade"** (op. et loc. cit.).

A concepção liberal — que não tem como guia preceitos formais desapegados dos princípios — que, em suma, não é funcionalista, pode merecer a crítica de quem se aproxime, de algum modo, dessa última escola, devido ao inequívoco caráter de "natureza" que confere aos princípios, **mas na verdade é ela (concepção liberal) que descortina a visão de igualdade e diferença, de categorias ou classes,** mostrando a necessidade da informação sociológica para a compreensão de todo critério normativista.

Escolas mais transformadoras é que realizam o corte diacrítico. Por exemplo, Stucka observa que **"en realidad parece que, a partir del momento que en la ciencia jurídica ha aparecido una corriente sociológica, al menos ha quedado determinado definitivamente lo siguiente: que el derecho es precisamente un sistema de relaciones sociales.** Pero esta tendencia sociológica, donde se ha desarrollado hasta llegar al concepto de relación social y de ordenamiento, **ha chocado contra el concepto de sociedad** (también Incomprensible para ella) **o con el fantasma (...) de la lucha de clases** volviendo a encontrarse encerrada en un círculo vicioso" (La Funcion Revolucionária del Derecho y del Estado, pág. 38). O mesmo autor preconiza:

"La jurisprudencia deberá estudiar en primer lugar las formas de las relaciones sociales, esto es, las formas en las que (...) los hombres realizan formalmente, median (vermitteln) formalmente, las relaciones sociales, como por ejemplo las relaciones del capital, de la propiedad privada, del cambio, etc." (op. cit. pág. 212).

Em suma, eis modos diversos e, em boa medida, complementares do ponto de vista epistemológico, de analisar o **fenômeno proposto, que encerra a existência de processos judiciais diversificados em duas situações básicas, relativas ao procedimento e ao acesso à revisão, tendo como elemento caracterizador da diversificação o "quantum" da disputa,** limitativo da causa pequena.

A recuperação daquilo que Karl Engisch chama "a história do preceito" revelará que **há um embate sobre constitucionalidade, subjacente,** mas que as explicações empiricistas acerca do encargo jurisdicional nessas causas pequenas (**em se tratando de instância única, os juizes julgariam com maior cuidado; ou, ao invés, o acerto ou desacerto da decisão teria relevo menor que a vantagem da celeridade,** tanto mais que eventual revisão poderia dar-se no sentido errado) **são definitivamente inconsistentes e precárias, cabendo encontrar fundamentação de política judiciária que se anteponha à crítica bem amparada.** Em poucas pala-

bras, já que mais atrás foi citado o célebre conselheiro florentino, num verso de Petrarca que lhe era caro: "virtù contro a furore".

Esta introdução não pode encerrar sem referência ao Judiciário, como Poder, que não detém a paternidade das leis e tem resistido às limitações de acesso até a exaustão, o que às vezes confere ao cidadão a segurança de, se vencido, ter ao menos todos os elementos para ver-se também convencido de sua sem-razão, o que Pontes de Miranda considera verdadeiro **direito**. A presença e o vigor do Judiciário, que não sucumbiram mesmo a algumas reformas salvacionistas (que se mostraram ora anódinas, ora prejudiciais), faz com que o país esteja diferenciado, mesmo no vasto "hinterland", do mundo espesso e rude em que o juiz Souza Itapecuru, o promotor Brederodes e o escrivão Pantoja, numa espécie de judicatura de almocreve, profligavam a justiça dia-a-dia, deixando aos excluídos dela apenas a visão de Cahaã, que Graça Aranha vislumbrou por sobre "a miseranda realidade". Não há mais lugar também para o **dr. França**, personagem de **Graciliano Ramos**, que, **aprisionando-se ao artigo e ao parágrafo, viu-se finalmente livre dos tormentos da imaginação...**

O anúncio da discussão deve, pois, conter a nota a respeito de que é um papel **também** assumido pelo Judiciário o de constituir-se em foro para o exame intelectual, técnico, político — no que opera mais como elemento da sociedade diante do Estado, e não o contrário — da função prática das leis.

É que o Judiciário, como Poder, pertence à noção de ordem jurídica e integra o Estado, mas a idéia de justiça — que lhe dá feição e finalidade — por anterior e ainda transcendente, pertence à sociedade.

II. A ALÇADA NO DIREITO POSITIVO

Sumário: 1. Disposições legais em vigor. 2. Diferenciação do procedimento comum. 3. Implicações frente às garantias processuais e constitucionais.

1. Disposições legais em vigor

A Lei n. 5.584, de 26 de junho de 1970, disciplina o sistema de processo aplicável às causas a que é dado andamento simplificado, razão porque haja menção a "processo sumário" (Campos Batalha), por silepse, sendo apropriado procedimento ou rito sumário.

A lei trata apenas de dissídios individuais, sem excluir as reclamatórias plúrimas (art. 1.º).

Como o artigo 840, § 1.º, da CLT não estabelece a obrigatoriedade de fixação do valor da causa para tornar a inicial peça apta (ao contrário do processo civil, não inclui esse item entre os requisitos da primeira petição), o artigo 2.º da Lei n. 5.584 prevê o arbitramento judicial daquele valor, quando não esteja determinado no pedido, após a instância conciliatória e antes do ingresso na fase instrutória.

Sendo impositiva a atribuição de valor às causas de alçada, e não prevendo a CLT ou a Lei n. 5.584 critérios para seu arbitramento, deve o juiz subsidiária-

mente socorrer-se do disposto nos artigos 258 a 261 do Código de Processo Civil, observada a compatibilidade, nos termos do artigo 769 da CLT. O rito, por exemplo, que o CPC fixa para a impugnação não é aplicável, uma vez que ela está disciplinada na Lei n. 5.584 nestes termos:

a) a irresignação com o "quantum" fixado pelo juiz deve ser manifestada em razões finais, como impugnação;

b) caso o juiz mantenha o valor, cabe ao interessado pedir revisão ao presidente do Tribunal Regional do Trabalho, no prazo de 48 horas, instruindo o pedido com cópias autenticadas da petição inicial e da ata de audiência;

c) o pedido de revisão deve ser julgado em 48 horas.

Ainda o artigo 2.º da Lei n. 5.584, agora no parágrafo 3.º, determina a alçada em duas vezes o salário-mínimo vigente na sede do juízo, para o fim de tornar dispensável o resumo dos depoimentos, desde que conste em ata a conclusão do órgão julgador quanto à matéria de fato. O parágrafo 4.º do mesmo artigo estabelece que nos feitos de alçada não caberá nenhum recurso, excetuada a hipótese de versar sobre matéria constitucional. A redação do último parágrafo referido foi dada pela Lei n. 7.402, de 5 de novembro de 1985, a qual esclareceu que deve ser considerado o salário-mínimo vigente à data do ajuizamento da ação.

Por fim, o artigo 4.º da Lei n. 5.584 dispõe que nas causas de alçada (como nas demais em que o reclamante, seja empregado ou empregador — ou, por extensão, pequeno empreiteiro, conforme artigo 652, alínea "a", inciso III, da CLT — agir pessoalmente, isto é, sem procurador judicial) o processo poderá ser impulsionado de ofício pelo juiz.

Anteriormente, a CLT (artigo 878) estabelecera já a faculdade ampla de impulsão pelo juiz, mas somente nas execuções. Também o artigo 851 consolidado, parágrafo 1.º, abrigou a hipótese de dispensa do resumo dos depoimentos, desde que constante a conclusão sobre a matéria de fato.

Os demais dispositivos da lei comentada não são específicos do processo de alçada.

2. Diferenciação do procedimento comum

No procedimento comum, ou rito ordinário, do processo trabalhista, o valor da causa que for declinado expressamente, ou o do pedido (que é, quando menos, condicionante daquele e supre sua omissão), pode ser impugnado no momento da contestação, por aplicação subsidiária da parte compatível do artigo 261 do Código de Processo Civil.

A necessidade da concentração dos atos processuais exclui por incompatibilidade apenas a previsão, no processo civil, de impugnação em autos apartados do valor da causa.

Afora a oportunidade da impugnação, os procedimentos comum e sumário diversificam seu encaminhamento e solução; no caso do primeiro, como se trata de decisão interlocutória, descabe recurso, podendo a parte interessada renovar a impugnação repelida no todo ou em parte pelo juiz de primeiro grau, ao recorrer ordinariamente da sentença, do mesmo modo como poderá fazê-lo o "ex adversus",

na hipótese do juiz a haver acolhido, e desde que manifestação de agravo ou protesto tenha obstado a preclusão temporal.

Já no caso do procedimento sumário, previsto para os processos de alçada, caberá o pedido de revisão ao presidente do TRT. Tal pedido tem caráter inequívoco de correção parcial, podendo ser qualificado como ato típico de administração judiciária, corrigenda a "error in procedendo", ou recurso impróprio, pois não tem a feição de devolver a competência para exame do tema decidendo à instância superior, mesmo porque a presidência de TRT não constitui órgão jurisdicional revisor do primeiro grau.

Outra dessemelhança nos procedimentos analisados está na já referida iniciativa de impulsão judicial, ampla e incondicionalmente facultada ao juiz nos processos de alçada, enquanto que nos demais processos só poderá ser tomada se o reclamante agir pessoalmente.

Por último, e mais importante, despontam duas diferenças básicas: (a) nos processos de alçada é dispensável o registro dos depoimentos, constando a conclusão do órgão julgador sobre a matéria de fato, enquanto nos demais processos o registro é impositivo, embora em resumo (artigo 851 da CLT); (b) as questões submetidas ao juízo de alçada, único, não possibilitam a revisão do julgado, salvo se versarem sobre matéria constitucional, e o duplo grau de jurisdição é assegurado aos litigantes em causas cujo valor exceder ao dobro do salário-mínimo vigente na sede do juízo, quando do ingresso da ação.

3. Implicações frente às garantias processuais e constitucionais

Descrito o regime legal vigente para os processos de alçada, e apontadas suas diferenças, cumpre agora anotar quais são os problemas que a diferenciação suscita.

Em primeiro lugar, avulta a supressão dos recursos. Comentando o direito antigo (as restrições à revisão jurisdicional estabelecidas em 1832, e abrandadas em boa parte pelo Regulamento 143, de 1842), magistrado de longa militância, certamente também escudado em "um saber de experiências feito", como o cauteloso Velho do Restelo, traçou vaticínio para as reformas legislativas que visam a solução rápida das causas em detrimento dos recursos:

"Andou mal avisado o legislador, porque entendeu que era o capítulo dos **Recursos** o responsável pelos males do tempo, em matéria de justiça. Enganou-se, como se enganará sempre o legislador que atacar os Recursos. Numa legislação processual democrática é a parte dos Recursos a que exige maior cuidado e atenção do legislador. O mal nunca estará no maior número de recursos. Não é diminuindo a oportunidade de o vencido recorrer que se melhorará o eterno problema da lentidão da justiça. A política do legislador nesta parte do Código será oportuna sempre, mas no sentido de dificultar os recursos, dar-lhes pressupostos dificultados, não, porém, suprimir os meios de o vencido, o sucumbido, poder pedir que outros juizes reexaminem a causa em que foi perdedor." (Eliézer Rosa, Cadernos de Processo Civil, pág. 119).

Essa orientação merece ser expungida de aparente contradição, a qual estaria bem caracterizada se a interpretação fosse no sentido de dar licitude a artifícios processuais obstativos dos recursos, que restariam como possibilidade estendida a poucos, na prática, àqueles que soubessem, e pudessem superar os pressupostos artificiosos. Fosse assim, a lógica do sistema não resistiria à crítica pertinente a um modo disfarçado de discriminação. Impõe-se concluir, pois, que é recomendada a adoção de pressupostos rígidos mas **próprios ao tipo** de apelo facultado ao vencido, que funcionem como norma de adequação do recurso ao sistema processual, e não como um apêndice meramente obstativo.

Na doutrina trabalhista, houve reserva, perplexidade ou censura ao estabelecimento da instância única, sem revisão, como exemplificam as seguintes opiniões:

"No intuito de obviar o procedimento, foram eliminados todos os recursos anteriormente previstos na CLT, salvo os que versarem matéria constitucional, nas causas de valor não excedente a dois salários mínimos. O remédio foi heróico, violentando a tradição processual pátria ao possibilitar a instância única, e estabelecendo a maior novidade no campo do Direito Processual." (Wagner D. Giglio, *Direito Processual do Trabalho*, pág. 270).

"Recurso de embargos para a própria Junta de Conciliação e Julgamento ou juiz de Direito nas ações de alçada: foi suprimido. A lei (5.584/70) poderia ter simplificado o procedimento, dispensando intimações e contra-razões, reduzindo o prazo; tudo como nos embargos de declaração, a fim de permitir ao órgão reformar erro de julgamento. Mas não o fez." (Valentim Carrion, *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*, pág. 556).

(A instância única)

"Estabeleceu-se, assim, pela primeira vez na Justiça do Trabalho brasileira, em causas de pequeno valor, tanto em matéria de fato, quanto em matéria de Direito, apenas ressalvada a hipótese de decisão contra a Carta Magna nacional." (Mozart Victor Russomano, *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*, pág. 1.312).

A última consideração leva a um desdobramento do problema relativo à supressão dos recursos: como a alçada é determinada exclusivamente pelo valor, procede a afirmativa de Russomano de que há indistinção relativa à matéria, seja de fato ou de Direito. Entanto, certamente atento às conseqüências dessa abrangência ampla, mas sem base no texto legal, Campos Batalha sustentou em obra anterior ao seu *Tratado de Direito Judiciário do Trabalho* (Tratado Elementar de Direito Processual do Trabalho, de 1960) que a instância única não se aplicava aos casos em que se discutisse o "status" do empregado, como por exemplo a estabilidade, por analogia ou interpretação extensiva (o doutrinador não esclareceu bem) acerca de dispositivos da lei civil sobre estado e capacidade da pessoa. Para fazer justiça, deve-se ressaltar que a sustentação da instância revisora nas questões envolvendo o "status" do empregado foi feita antes da edição da Lei n. 5.584/70 e, na obra mais recente, não foi repetida. Não houve repercussão da tese na jurisprudência. De todo modo, essa variante interpretativa acentuou a perplexidade a respeito da ausência de revisão mesmo em questões de Direito.

A igualdade entre as partes no processo de alçada está obviamente assegurada por um sistema idêntico de faculdades e limitações, mas é cabível questionar se isso se dá no plano da cidadania, ou seja, se o princípio constitucional isonômico está presente quando a comparação é feita com o cidadão cujo interesse pode ser submetido a reexame judicial. Pela relevância, essa dificuldade que exsurge das diferenças de categoria dos processos será estudada em capítulo à parte, específico. Convém aduzir, desde já, que o tema é alimentado por uma divergência de designação: enquanto a Constituição Federal refere a possibilidade de recurso extraordinário oponível diante de decisão que a **contrarie**, a Lei n. 5.584 menciona hipótese muito mais ampla, de recurso em caso de debate sobre **matéria constitucional**. A doutrina não tem destacado esse ponto, incompreensivelmente.

Por último, a dificuldade que é oferecida pelo uso do recurso impróprio chamado pedido de revisão, quanto ao valor arbitrado à causa, consiste em que o presidente de TRT pratica ato de administração judiciária e, assim, seu próprio arbitramento pode dar margem a recurso administrativo, com base no artigo 678, inciso I, alínea "d", número 2, da CLT.

Não se pretendeu, neste trabalho, discutir aleatoriamente as vantagens ou desvantagens da existência dos recursos, quer do ponto de vista da lógica, quer do da consecução da justiça. Quem se aventura por essa seara o mais que tem feito é arrolar considerações empíricas que, inobstante a busca, não servem à lógica, nem à justiça. Mesmo quando se admite, pela evidência do texto, a limitação do direito processual à revisão, não raro se faz sob justificativas avessas à análise jurídica:

"O princípio da irrecorribilidade consagrado na Lei n. 5.584 fere o duplo grau de jurisdição.

Alguns juristas sustentam a necessidade do duplo grau de jurisdição, tendo em vista a natural reação do homem de não se sujeitar a um único julgamento, como porque ainda existe a possibilidade de erro ou facciosismo do julgador. Sustentam outros que o duplo grau de jurisdição é um desprestígio para a magistratura em caso de reforma da sentença, bem como constitui uma inutilidade em caso de a sentença ser confirmada.

Entendemos que o princípio da Lei n. 5.584 melhor satisfaz as finalidades do processo trabalhista. Realmente, não só haverá maior celeridade no processo, como, ainda, o Julz, percebendo que a decisão não será revista, tem uma responsabilidade muito maior e o pronunciamento será feito com muito maior cuidado, pois o ato poderá não ser revisado, mas sempre existirá a reprovação social à qual o Julz não é infenso." (José de Ribamar da Costa, Direito Processual do Trabalho, pág. 138).

O critério de reprovação social, como foi exposto, regrediria ao direito consuetudinário e, de outro lado, é mais sensato pensar que a reprovação tenda a voltar-se contra o sistema obstativo da ampla revisão do processo, contra a aplicação da Justiça, em suma, e não contra a figura do Julz, socialmente considerada.

Inobstante a discordância acentuada com o texto transcrito, é bem de ver que as interpretações alinhadas ali como pró e contra refletem mesmo o que costuma

acontecer, a título de consideração técnica sobre o processo diferenciado. Advertência contra essa tecnicidade falsa são antigas, desde o célebre elogio de Erasmo de Rotterdam à loucura, pela **ausência do razoável** no mundo que seria o da razão. Aos juristas, invectivou: “a sua profissão é, em última análise, um verdadeiro trabalho de Sísifo. Com efeito (eles) fazem uma porção de leis que não chegam a conclusão alguma. Que são o digesto, as pandectas, o código? Um amontoado de comentários, de glosas, de citações. Com toda essa mixórdia, fazem crer ao vulgo que, de todas as ciências, a sua é a que requer o mais sublime e laborioso engenho. E, como sempre se acha mais belo o que é mais difícil, resulta que os tolos têm em alto conceito essa ciência.”

Infiltrar-se considerações empíricas sobre a utilidade e o defeito dos recursos resulta mesmo numa mixórdia de opiniões que não devem ter avaliação jurídica pois, quando mais, podem ser convertidas em postulados para discutir em sociologia do Direito. O que importa saber é se o sistema de recursos é afim à ordem jurídica, e se nela consegue encontrar elementos de justificação.

Quanto ao caso do pedido de revisão, relacionado com o arbitramento pelo juiz de primeiro grau, do valor da causa, como afinal é decidido singularmente por presidente de TRT (e isso pode pretender o **benefício substitutivo** da celeridade — que Luhmann chama de programa condicional, como visto na Introdução), quanto a tal pedido de revisão, repete-se, ressurgem uma velha questão que, nessa circunstância, não tem traço empírico, pois indaga sobre o sentido de uma deliberação singular ser modificada por outra, de igual natureza. Não há cálculo de probabilidade que indique na direção de corrigir-se o erro, e não na de praticar-se outro. Na organização judiciária trabalhista não é desarrazoado considerar que o juiz de primeiro grau possa ter mais tempo de serviço e experiência na magistratura, eventualmente, que juiz de segundo grau, mormente quando este pode ser oriundo das carreiras de advogado ou Ministério Público. Portanto, o aspecto da experiência não pode ser considerado. Demais, o juiz do TRT que decidirá sobre a revisão não ouviu as partes, nem sondou as propostas conciliatórias. Não parece que as informações de fatos que possa colher (com as simples cópias da inicial e a da ata) sejam melhores.

À disciplina da alçada no direito positivo, portanto, tem implicações de ordem processual e constitucional centradas (a) **na supressão dos recursos**; (b) **no amparo à revisão administrativa do valor arbitrado à causa**; (c) **na determinação da instância única exclusivamente em razão de tal valor** e (d) **na simplificação do rito**.

É verdade que a supressão dos recursos pode ser enquadrada no procedimento diferenciado, sendo talvez cabível que o fosse, do ponto de vista meramente classificatório. Isto não é feito aqui porque o **tema recursal** encerra a necessidade de desdobramento: de um lado está o problema da isonomia entre os cidadãos que têm e os que não têm acesso aos recursos; de outro, a interpretação mais plausível sobre a **matéria constitucional**, que excepciona a vedação em regra dos recursos.

Quanto à revisão do valor da causa por ato singular de presidente de TRT, o assunto é restrito às considerações já feitas: não se trata de recurso próprio, pois a presidência do Tribunal não é instância jurisdicional revisora; a própria Lei n. 5.584 não designa o pedido de revisão como recurso; o sistema de recursos

adotado na CLT exclui pedidos de reconsideração; a deliberação do presidente do TRT estará sujeita a recurso administrativo para o mesmo Tribunal, comprometendo o benefício substitutivo ou "programa condicional" da celeridade; por fim, os elementos de informação dados ao presidente do TRT para revisar o "quantum" arbitrado não são melhores dos que os conhecidos pelo juízo de primeiro grau.

Embora não se discuta mais sobre o benefício dos recursos, em tese, diante da garantia política (independência do julgador; fundamentação expressa da decisão; revisão dos julgados) conquistada no processo histórico de constitucionalização, vale lembrar — para o caso específico do pedido de revisão do valor nas causas de alçada — a lição colhida por Othon Sidou no Direito antigo:

"Pode-se dizer que a reapreciação dos julgados foi admitida em todas as fases procedimentais romanas, a despeito dos anátemas que contra os recursos se lançaram no correr dos tempos, desde Ulpiano, quem, reconhecendo embora a corrigenda das injustiças ou a Imperícia dos Julgadores propiciada pelas apelações, conceituava que às vezes estas tornavam falhas as sentenças bem ditadas, por que — *neque enim utique mellus pronuntiat, qui novissimus sententiam latus est.*" (Os Recursos Processuais na História do Direito, pág. 31).

III. HISTÓRICO

Sumário: 1. Antecedentes da alçada no Direito antigo brasileiro. 2. Alterações na CLT e lei especial. 3. Crítica retrospectiva.

1. Antecedentes da alçada no Direito antigo brasileiro

A análise do processo trabalhista de alçada, por mais percuente que seja, não pode prescindir do exame da evolução legal da disciplina dessa espécie de feitos, o que naturalmente impõe o recuo para bem além da época de estudo específico das relações de trabalho, com autonomia doutrinária e jurídica. Não fora assim, e o procedimento tido por sumário, desenvolvido apenas na Instância de primeiro grau, apareceria como surto mais ou menos imperscrutável do legislador.

Até aqui parecerá, com razão, a quem esteve atento aos questionamentos vários que foram enfrentados, que pende de esclarecimento a **origem** do instituto. É o que vem posto.

A Disposição Provisória Acerca da Administração da Justiça Civil, baixada em 29 de dezembro de 1832, promoveu política radical de limitação dos recursos, substituindo os agravos de petição e de instrumento pelo agravo no auto do processo. Seu artigo 14, entretanto e em face da substituição, deixou clara a admissão dos embargos em causas sumárias, dado seu caráter **de defesa**.

A análise dos resultados daquela Disposição Provisória foi exemplarmente feito por Paulino José Soares de Souza, então Ministro da Justiça, na exposição de motivos justificadora do Regulamento n. 143, baixado em 15 de março de 1842:

"Embora o salutar preceito da Ordenação (Filipina) do Livro 3.º, Título 20, § 46, e Título 74, § 5.º prescreveu que não se poderia agravar senão nos casos expressos nas Ordenações, a prática e o abuso prevalecerão em con-

trário, auxiliados pelas corruptelas do foro, pelo interesse dos advogados e dos escrivães, pelo espírito de chicana, e pela ignorância e negligência de muitos juizes.

Assim, os agravos inundarão o foro, enredarão as causas, e contribuirão poderosamente para arruinar e reduzir à desesperação muitos dos que procuravam a justiça. O foro desta capital foi um daqueles onde o mal mais se fez sentir. Para o extinguir, a disposição provisória sobre a administração da justiça civil extinguiu inteiramente os agravos de petição e instrumento. Ao mesmo tempo em que entregava a justiças leigas a complicada e abstrusa administração da justiça civil, extinguiu todos os recursos de sentenças interlocutórias, muitas das quais, ou pela sua importância ou pelas circunstâncias do caso sujeito, causam às partes extraordinário prejuízo, que mal se pode depois reparar. Mas, entre os abusos existentes e a total extinção de tais agravos, havia um meio termo que não foi seguido nem procurado."

Como remédio, nesse quadro, o Ministro da Justiça preconizou:

"O restabelecimento dos agravos de petição e instrumento, desacompanhado de outra qualquer providência, poderia fazer reviver no foro todos os abusos por amor dos quais foram proscritos. Por isso pareceu-me conveniente coligir, no Regulamento que tenho a honra de apresentar a Vossa Majestade Imperial, os casos em que a lei os concede, e declarar alto e bom som que, fora desses casos, os juizes de cujos despachos fossem interpostos os não admitiriam.

É verdade que assim ficam excluídos vários casos em que a prática e os julgados de tribunais superiores tinham com razão admitido aqueles remédios. Mas é por certo muito menor esse mal do que os inconvenientes que teriam de provir do restabelecimento daqueles recursos com todas as ensanchas que lhes deram a prática e as doutrinas praxistas. Melhor é por certo ter alguns recursos do que nenhum, e melhor também restringir-lhes o número do que alargar por tal modo o seu círculo que daí venham as causas intermináveis delongas, equivalentes à denegação de justiça."

O novo Regulamento n. 143, de 1842, estabeleceu em seu artigo 1.º a competência exclusiva dos juizes de paz para "conhecer verbal e sumarissimamente, e julgar definitivamente as pequenas demandas", assim caracterizadas como as de valor até 34\$000 em bens móveis ou de raiz (artigo 34) ou de almoçataria (fixação do preço de gêneros), além das locações de serviços. Também para os juizes de Direito do cível e dos órfãos, e ainda para os juizes municipais, foi fixada a alçada de 32\$000 quanto a bens de raiz e de 64\$000 quanto a bens móveis.

O Regulamento 737, de 25 de novembro de 1850, que foi o código de processo comercial no Império e também do processo civil na República Velha, estabeleceu a alçada no valor de duzentos mil réis, aquém dos quais não podia ser interposta apelação perante as Relações (originárias dos Tribunais de Justiça), conforme o artigo 7.º. No artigo 236, disciplinou as causas de pequeno valor, adotando a "ação sumária" para aquelas não excedentes do teto mencionado (duzentos mil réis), e ainda para as referentes a ajuste e despedida de tripulações; salários e comissões, bem assim restituição e aluguéis devidos a depositários,

caixeiros, trapicheiros, fiadores, guarda-livros e feltores; condução, transporte ou depósito de mercadorias e, por fim, fornecimento de mantimento para navios.

Embora o Regulamento n. 737 não contenha dispositivo que diga cabível o agravo nas ações sumárias, inexistente **vedação expressa**, e a admissão dessa modalidade de recurso era suficientemente ampla para que fizesse as vezes da apelação, esta obstada nas pequenas causas, determinadas pelo valor. Por exemplo, o artigo 669, § 15, do citado Regulamento, refere a possibilidade de agravo “dos despachos interlocutórios que contém dano irreparável”, o que faz concluir, “a fortiori”, das decisões. Demais, o processo dos agravos manteve-se regulado pelo Regulamento n. 143, de 1842, por expressa remissão do artigo 670, do Regulamento n. 737, e a disciplina lá prevista tinha tal sorte de abertura ao conhecimento dessa modalidade de apelo que seria despropositado tê-lo como impróprio (à falta de vedação) nas causas de rito sumário.

A linguagem arrezuada ainda empregada no Regulamento n. 143 não permitiria, de qualquer modo, a interpretação restritiva, como neste exemplo:

“Art. 15 — Os agravos (...) se admitirão. (...) IV — Das sentenças nas causas de assinação de dez dias, quando por elas o juiz não condena o réu, porque provou seus embargos, ou lhe recebe os embargos e o condena, por lhe parecer que os não provou. (Ord. Liv. 3.º, Tit. 25, § 2.º)”

A competência para julgamento dos agravos era determinada pela distância maior ou menor de quinze léguas da sede na Relação, cabendo o recurso para esta, no último caso, e para o juiz de Direito, no primeiro.

Certamente a falta de uma determinação clara quanto a recursos, e a utilização de critérios tais como o relatado acima, serviram para aguda crítica de Pontes de Miranda, para quem o Regulamento n. 737 foi “defeituoso, mal concedido, fácil, superficial, e eivado de graves fugidas às dificuldades científicas”, em que pese a contrariedade desse ponto de vista com o da maioria dos doutrinadores (“apud” Eliézer Rosa, ob. cit., pág. 140).

Novo passo foi dado pela Lei n. 2.030, de 20 de setembro de 1871, alterando a legislação judiciária. Pelo seu artigo 27, a alçada foi fixada pelo valor de cem mil réis, para o processo (sic) sumaríssimo, e pelo desse piso até quinhentos mil réis para o processo (sic) sumário. No caso do sumaríssimo, o rito e a competência restaram para ser estabelecidos por “delegação”, através de “regulamento pelo governo”. No caso do sumário, houve remissão ao Regulamento n. 737.

O Decreto n. 4.831, de 22 de novembro de 1871, tornou a disciplinar o procedimento sumaríssimo. Seu artigo 63 deu competência ao juiz de Paz para exame de primeiro grau e ao juiz de Direito para julgamento da apelação. Pela concentração de atos e a dispensa de traslado, Eliézer Rosa atribui ao redator do Decreto, João Mendes de Almeida, o papel de precursor, por criar um paradigma para o rito sumário, depois adotado por exemplo no Código de Processo Civil e Comercial do Distrito Federal (op. cit., pág. 234).

O Decreto n. 5.467, de 12 de novembro de 1873 (Regulamento para a interposição dos agravos de instrumento e apelações cíveis) manteve a alçada (valor

e competência para exame da apelação) prevista no Decreto n. 4.834, mas inovou profundamente ao dispor, no artigo 9.º, ser cabível apelação e agravo nas **comarcas gerais** "por menor que seja o valor da demanda". Assim subordinou a admissibilidade de recursos a regras de organização judiciária, acolhendo-os amplamente ou condicionalmente conforme a classificação da comarca em geral ou especial. O Decreto n. 9.549, que sobreveio em 23 de janeiro de 1886, e dispôs exaustivamente sobre a matéria de execução e de recursos, não repetiu a regra de amplo acesso nas comarcas gerais.

Para fecho desta sinopse, vale a referência ao Decreto n. 848, já obra da República, editado em 11 de outubro de 1890, que organizou a Justiça Federal. Foram disciplinados dois ritos: para a ação ordinária (art. 117), com valor superior a um conto de réis, e para a ação sumária (arts. 182 e 183), com valor inferior àquele. A apelação para o Supremo Tribunal Federal (então funcionando como órgão de segunda instância) ficou condicionada à superação do valor de 2.000\$000. Assim, fosse a ação sumária ou ordinária, poderia ser obstada a apelação, mas era cabível sempre a interposição de embargos de restituição (exceto nas causas fiscais), conforme o artigo 332.

Esta tentativa de desvendar parte do direito antigo nacional, de capturar o nexo principal das transformações havidas, de distinguir o fio na meada, encerra com a constatação de que há uma fundamentação histórica para a distinção de processos por espécie (natureza da causa), ou pelo valor, ou por combinação desses critérios, mas que os movimentos alternados das reformas havidas, ora para equalizar ritos e recursos, ora para os diferenciar, guardaram o princípio da reversibilidade inerente. Conquanto a fixação de alçada tenha estado presente nos textos revistos, a **inclusão quase sempre nas causas chamadas sumárias das ações sobre locação de serviços**, comissões e outras retribuições pelo trabalho, mostra que não pode ser obscurecido o fato de, numa sociedade patrimonialista (em que a força humana tardiamente foi desvinculada do simples direito de uso decorrente da propriedade escrava), haver sobre consideração dos bens e do direito a eles na escolha dos procedimentos judiciais aplicáveis. Embora fora do presente tema, cumpre notar a saliência quase sempre dada aos juizados de órfãos, perante os quais algumas leis ressalvaram o direito de interpor embargos de restituição (ainda quando elas se orientaram pela política de restringir recursos), dada a questão sucessória vinculada.

Não foi, pois, a existência de alçadas, nem a diferenciação de recursos ou revisões, que as reformas exprobraram, e mesmo a República não deixou de obrar numa linha de certa continuidade. Os movimentos havidos, determinativos de ritos simplificados e limitadores de recursos, enfocaram o conjunto dos órgãos judiciais, dos juízos de Paz, às Relações e ao Supremo Tribunal. Inobstante os propósitos restritivos, proclamados em momentos, inexistiu **regra terminativa expressa** obstando de toda forma a revisão dos julgados.

2. Alterações na CLT e lei especial

Originalmente o artigo 851 da CLT não previa rito simplificado (com dispensa do resumo dos depoimentos, constando a conclusão sobre matéria de fato) para os processos de alçada.

O Decreto-lei n. 8.737, de 19 de janeiro de 1946, introduziu a alteração hoje mesmo vigente, ainda que rebarbativa, diante de igual disposição da Lei n. 5.584.

Já o artigo 894, desde a edição da CLT, distinguiu para fins de alçada os processos pelo valor de Cr\$ 300,00; Cr\$ 600,00 e Cr\$ 1.000,00, conforme a região do país, admitindo embargos. O Decreto-lei n. 8.737, já referido, alterou os parâmetros para dois salários-mínimos, três salários-mínimos e seis salários-mínimos, também por regiões, e deixou expressa a participação dos vogais no julgamento dos embargos. A Lei n. 5.442, de 24 de maio de 1968 eliminou o recurso de embargos nos processos de alçada das Juntas. A tal propósito, deve ser observado que os embargos suprimidos foram os infringentes do julgado, ou de nulidade do mesmo, já que nunca houve referência expressa da CLT aos embargos declaratórios. O texto consolidado mencionou apenas "embargos", genericamente. Os embargos declaratórios não são considerados tecnicamente recurso, embora, na história do processo, como mencionado em transcrições, tenham figurado no capítulo relativo à matéria recursal.

A Lei n. 5.584, já tantas vezes mencionada e analisada, uniformizou em dois salários-mínimos o valor para a alçada e vedou os recursos, ressalvada matéria constitucional. A Lei n. 6.205, de 29 de abril de 1975 descaracterizou o salário-mínimo como fonte de fixação de valores monetários, instituindo um sistema especial de atualização que, para os fins de interesse deste estudo, passou a expressar-se num valor-referência, ou salário-referência. A Lei n. 7.402, de 5 de novembro de 1985 alterou o artigo 2.º, parágrafo 4.º, da Lei n. 5.584, restabelecendo a referência ao salário-mínimo.

Este resumo mostra a existência, em momentos diversos, das seguintes situações:

a) referência para alçada variável por região, mas fixada em valor absoluto, com permissivo ao recurso de embargos para o próprio juízo (JCJ ou juiz de Direito);

b) referência para alçada variável por região, fixada em valor relativo (salário-mínimo), mantido o recurso;

c) referência para alçada variável por região, fixada ainda com base no valor do salário-mínimo, mas suprimido o recurso;

d) referência para alçada uniforme, baseada no valor relativo do salário-mínimo, vedado qualquer recurso, salvo em matéria constitucional;

e) referência para alçada uniforme, com base em valor relativo, fixado periodicamente nas ocasiões de alteração do salário-mínimo, em tabela própria, mantida a vedação quanto a recursos;

f) referência para alçada uniforme, tendo por base o valor variável do salário-mínimo (considerado à época do ajuizamento da ação), mantida a vedação de recursos.

3. Crítica retrospectiva

Além do que já ficou observado ao final do Item 1 deste capítulo, sobre o direito antigo brasileiro, deve ser assinalado que as alterações na CLT, nestes

mais de quarenta anos de sua existência, mostram não ter sido encontrado o melhor parâmetro para as causas de alçada. O processo respectivo a estas sempre foi matéria para controvérsias circunstanciais. Por exemplo, não estava claro no texto consolidado o papel dos vogais no julgamento dos embargos, quando eram admitidos, sendo sua participação obrigatória afinal referida em lei modificadora do texto original. Quanto ao valor, de outro lado, muito se discutiu sobre a aplicação ou não da tabela de referência decorrente da Lei n. 6.205, em face da ausência nesta de revogação expressa do dispositivo da Lei n. 5.584 (remissivo ao salário-mínimo), dado o que a lei trabalhista não é menos específica que a fiscal ou penal, e o diploma genérico não a derogaria. Estabelecida pela jurisprudência a aplicação do parâmetro da Lei n. 6.205, com o passar do tempo achou-se de tal forma o valor de alçada que ficou inferior ao de um salário-mínimo, tornando quase inoperante o sistema construído para simplificação no andamento das causas.

Outro debate travado derivou da época de vigência do salário-mínimo a considerar, desde que adotada essa base relativa para fixação da alçada. Na tradição do processo, o valor da causa fixado em seu início não se altera com o curso da demanda. Certamente a idéia de correção monetária vicejando em todas as áreas, integrando-se ao mundo do previsível e, portanto, do programável, fez com que se buscasse na regra legal que prevê a vigência imediata do salário-mínimo (nas condições em que tem sido usualmente corrigido — a cada ano e, por fim, a cada semestre — artigos 116, parágrafo 2.º, e 912 da CLT) a razão para a elevação do valor de alçada no curso da lide.

Finalmente foi assentado que o parâmetro a utilizar era o do salário-referência, pois a lei que a estabeleceu foi geral na derrogação do uso para tal fim do salário-mínimo, mas foi especial ao situar as exceções.

Com efeito, embora esteja hoje, por alteração legislativa, novamente vigorando o salário-mínimo para determinar-se a alçada, é bem de ver que o debate a propósito mostrou, quando menos, que o regime legal previsto para a espécie de causas esteve sempre longe de — por si só — determinar desafogo no Judiciário; ao invés, suscitou essas e outras controvérsias.

Pode ser traçada, nesse particular, uma analogia com situação vivida no âmbito da Justiça Federal: embora a Constituição do Brasil refira a matéria de competência daquela Justiça, fazendo-se **sede definidora** da sua jurisdição, basta o exame do conjunto de Súmulas do Tribunal Federal de Recursos para revelar que um dos assuntos predominantes é, por exato, a questão da competência dessa Justiça comum da União. O acervo de **súmulas a respeito de competência** forma um dos maiores conjuntos, isso porque leis especiais fixam o foro para exame de referidas matérias no juízo federal comum, além de outras que vinculam o interesse de pessoas a determinados assuntos, determinando "ratione personae", portanto, o encargo de julgar àquele juízo. Ora se o fato da Constituição fazer-se sede da competência atribuída aos juízes Federais não basta para espantar todas as dúvidas, impondo a edição de numerosas súmulas jurisprudenciais a respeito, pode-se concluir sem erro que a disciplina legal sobre competência não serve aos propósitos de reduzir os litígios ou os questionamentos que suscitem.

A analogia está em que o debate sobre o valor determinante da alçada — por exato o único critério escolhido para deferenciar o rito — mostrou que a medida simplificadora pode ampliar a rede de controvérsias e, ao menos por algum tempo (quando se discute o próprio critério adotado ou o sentido do texto), revelar-se elemento multiplicador de julgados.

Mesmo estando agora sem objeto esse debate, desde a edição da Lei n. 7.402 (que indica o salário-mínimo vigente quando do ingresso da ação como medida determinante do valor da alçada), apresenta-se ele como fonte para reflexão sobre a frustração de algumas providências legais que se pretendem corretivas.

No Governo João Goulart uma comissão formada por Evaristo de Moraes Filho (presidente), Mozart Victor Russomano (relator e autor do anteprojeto) e Arnaldo Süssekind elaborou um Código Judiciário do Trabalho, que chegou a ser encaminhado ao Congresso Nacional, convertido em projeto de lei. Foi retirado do Legislativo no Governo Castello Branco, o que deu causa à reapresentação pelo deputado Paulo Macarini mas, sem o empenho governamental, não foi avante. O mesmo já havia ocorrido com o projeto do Código Civil, igualmente reapresentado sem êxito pelo deputado Néilson Carneiro. À parte o episódio, veja-se a solução preconizada para as causas de alçada no projeto do Código Judiciário do Trabalho:

a) instituí a ação sumária quando o valor líquido fosse de até três salários-mínimos, considerando-se como valor líquido aquele indicado no pedido ou que, não o sendo, pudesse ter apuração por simples cálculo;

b) previa o despacho saneador pois, como na ação ordinária, a contestação seria apresentada previamente à audiência;

c) dispensava registro de depoimentos, devendo constar apenas nomes e qualificações de depoentes;

d) dispensava também o assentamento das razões finais;

e) quanto à sentença, dispunha: "conterá relatório minucioso das ocorrências verificadas durante a instrução e, nos seus fundamentos, a matéria de fato deverá ser examinada com meticulosidade." Previa o recurso de embargos.

Caso tivesse sido convertido em lei tal projeto, o legislador endossaria a tese implícita de que o procedimento utilizado nos processos de alçada única implica em uma licença, em uma concessão à informalidade do rito, como medida reparatória talvez da insuficiência dos serviços judiciários para atender a demanda. A exposição de motivos da comissão mencionada é sucinta a respeito: o pequeno valor da causa justifica a acentuada oralidade e a restrição a recursos — nada mais. Tratando-se de uma licença, o legislador estaria cercandose de cautelas na verdade contrárias ao propósito de simplificação, já que o critério para fixação do valor da causa seria discutível, dada a exclusão de itens ilíquidos, os quais não sofreriam arbitramento. Além disso o "relatório minucioso" e "a sentença com meticulosidade" referidos no texto confrangem o leitor que deduzirá ser isso desobedecido nas ações de maior vulto, inexplicavelmente, ou que, não o sendo, o rito nas ações sumárias e ordinárias sofreria equiparação no mo-

mento da sentença. Na última hipótese, sendo considerado o fato da previsão do despacho saneador e ainda o da contestação antecipada, o balanço das providências para simplificar e acelerar o andamento dos feitos de pequeno valor apresentaria o seguinte resultado prático: **nenhum**.

O projeto do Código Judiciário do Trabalho previa embargos para a própria Junta ou juízo de Direito, condicionando seu recebimento ao amparo em documento novo que infirmasse a sentença. Ora, o problema que essa solução envolveria, em termos de teoria da prova (oportunidade, contra-prova, arguição de falsidade) é de tal ordem complexo que os embargos poderiam constituir-se em apelo de julgamento mais dificultoso que o recurso ordinário.

Esta abordagem incidental do projeto do Código Judiciário é feita apenas para que não se guarde impressão de que foram perdidas as oportunidades para reger a matéria tema deste estudo. Tivesse sido editado tal Código, certamente exigiria outras providências legislativas de implantação de procedimento mais harmônico.

Uma crítica retrospectiva, entretanto, não estará completa se voltar-se apenas para esses óbices. Deve ser colhida a lição de Orlando Gomes quando refere que o Direito do Trabalho já está informado pelo que chama *sobredimensão contratual*, sendo as associações profissionais, os dissídios coletivos, as convenções coletivas e as sentenças normativas expressões do modo de regulamentar coletivamente a relação trabalhista (Transformações Gerais do Direito das Obrigações, págs. 168 e 169). Isso permite que se adiante alguns passos, para concluir que a categorização de processos (com procedimentos diversos) é antes afim do que adversa a esse fenômeno.

Há um traço histórico, de data muito recuada, que se mostra surpreendente: pelo Alvará de 18 de janeiro de 1765 foram instituídas Juntas de Justiça em toda a Colônia, a par dos juízos de primeira instância (ouvidores, provedores, ordinários, de órfãos, de fora), dos tribunais chamados Relações, e do órgão supremo (Casa de Suplicação). Segundo Isidoro Martins Júnior, "eram as referidas Juntas pequenos tribunais compostas do ouvidor de uma capitania e de dois letrados adjuntos, que antes mesmo do Alvará de 65 sentenciavam sumariamente em certos pontos do país. Pelo citado Alvará foram elas autorizadas a deferir os recursos contra as violências dos juízes eclesiásticos, devendo os provimentos que nelas se tomassem ser cumpridos logo, e sem esperar pela decisão última da respectiva Relação ou do Desembargo do Paço." Vê-se bem que a medida não trazia debalde o selo do marquês de Pombal. As Juntas de Justiça foram uma das muitas armas de que lançou mão o genial estadista para apoucar o elemento clerical cerceando-lhe as regalias de jurisdição temporal que a Igreja tanto prezava." (História do Direito Nacional, págs. 129 e 130).

Como as Juntas de Justiça realizavam julgamentos sumários, não sujeitos a efeito suspensivo, pode-se dizer que há um critério não pequeno em favor dos juízos de alçada como organismos decisivos para a implantação da justiça laica, estatal, marcando na sociedade a presença do Judiciário unido dos poderes de jurisdição plena, mas sem empecilho à revisão.

IV. ANÁLISE DAS DIFICULDADES TÉCNICAS

Sumário: 1. A fixação da alçada apenas pelo valor. 2. A nulidade em razão do procedimento. 3. A supressão dos embargos Infringentes. 4. O trânsito em julgado diante do reexame necessário.

1. A fixação da alçada apenas pelo valor

A observação feita mais atrás (Capítulo II, item 3) sobre a exclusão do rito simplificado de alçada nas causas envolvendo o "status" do empregado, pela similitude com os temas de estado e capacidade das pessoas, deve ser repetida: não se verifica essa hipótese; o legislador elegeu o critério do valor dado ou arbitrado à causa como delimitador único do rito a ser seguido. Apenas quanto a recurso, ressaltou matéria constitucional.

Embora isso, tendo as leis diversas, em evolução que já foi remontada, explicado os valores a considerar, encontra-se na doutrina menção que **infrima tal critério** no momento em que abre a possibilidade de controvérsia sobre o **valor exato**. Por exemplo, escreveu Campos Batalha:

"A Lei n. 6.205, de 29.4.75 descaracterizou o salário mínimo como fator de correção. Assim, aplicam-se os coeficientes periódicos sobre o valor do salário padrão, ou seja, o salário-mínimo vigorante em 1.5.1974 (cf. Decreto n. 75.704, de 8.5.75)." (Tratado de Direito Judiciário do Trabalho, pág. 567).

Embora já não se aplique a Lei n. 6.205, pelo retorno à referência do salário-mínimo, o texto transcrito dá idéia de que o valor de alçada no tempo em que vigorou aquela lei era determinado pela aplicação de um coeficiente à quantia do salário-mínimo vigente certa época, que teria ficado congelado. Na realidade, o valor de referência passou a ser fixado em tabela própria, sem guardar relação com o salário-mínimo, e sem carecer da aplicação de coeficientes de quantificação.

Outro exemplo está na nota de Valentin Carrion:

"Ações de exclusiva alçada das Juntas de Conciliação e Julgamento (ou juizes de Direito): são as que não superam o dobro do salário mínimo vigente, hoje calculado com base nas ORTN." (Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho, pág. 559).

Não há vinculação legal do salário-mínimo às ORTN. A Lei n. 6.205 previa em seu artigo 2.º, parágrafo único, apenas que poderia estabelecer-se **como limite** para variação do salário-referência o mesmo índice aplicado às ORTN.

Embora se possa deduzir com boa vontade que as notas transcritas tenham por suposto o exame mais literal do texto da lei comentada pelos interessados, há de se convir que as operações lógicas decorrente unicamente dos comentários, conduzem à conclusão de que ou era necessário aplicar coeficientes periódicos a um salário-mínimo congelado em 1.º de maio de 1974, ou de que impunha-se acompanhar a evolução das ORTN.

Na verdade, bastou sempre a aplicação da tabela do salário-referência, decretado quase sempre junto com o salário-mínimo. As glosas sobre o valor exato a adotar dão a medida de que o critério empregado (até pelas variações que tem

tido e certamente ainda irá ter) é, ele próprio, fonte de dificuldade ocasional, que deriva em debates acrescidos aos que se queria dar fim.

Do ponto de vista do Direito, entanto, a dificuldade relativa ao critério do valor pecuniário não se apresenta maior no que diz respeito a vacilações sobre o "quantum". É que transcorreu já o processo histórico da constitucionalização do Direito do Trabalho, sendo declarado o postulado institucional, contra a crença econômica, de que o labor humano não é uma mercadoria. Como outros, Manual Alonso Olea remete às Constituições de Weimar e Mexicana de 1917: há valor não meramente econômico no trabalho por conta alheia (não é este um simples meio de vida de quem o executa, mas "uma relação básica e essencial para a sociedade" — Introdução ao Direito do Trabalho, pág. 126).

Embora sabido que a relação processual é distinta da relação material que encerra os episódios da controvérsia, depois do reconhecimento da última como "básica e essencial para a sociedade", não há como definir a alçada por parâmetro meramente econômico. Não se trata de saber se há suporte jurídico para fixar o critério pecuniário, mas de observar se isso guarda consonância com o processo de constitucionalização do Direito trabalhista. E muito difícil querer ver consonância nesse ponto. "De lege ferenda" há a sugestão de Campos Batalha, de 1960.

2. A nulidade em razão do procedimento

O procedimento comum difere do sumário, adotado nos processos de alçada, pela exigência do registro, em resumo, dos depoimentos. A propósito, adverte Wagner Giglio:

"Se, contudo, o juiz fixar o valor da causa em quantia inferior a dois salários mínimos e aplicar o rito sumário, deixando de consignar os depoimentos, o acolhimento da impugnação, em razões finais, acarretará, necessariamente, a anulação de todo o processado após a primeira proposta de conciliação, pois o rito ordinário exige a consignação em ata do resumo dos depoimentos. Assim, acolhida a impugnação e estabelecido novo valor, superior a dois salários mínimos, deverão ser novamente tomados e consignados em ata os depoimentos das partes e das testemunhas.

Nada impede, finalmente, que a parte contrária, em razões finais, impugne, por sua vez, o novo valor fixado à causa. Se este for mantido, poderá, então, formular pedido de revisão ao Presidente do Tribunal." (Op. cit., pág. 275).

Cumpra acrescentar: caso o presidente de TRT atenda a revisão pedida, majorando por exemplo o valor da causa acima do de alçada, também será imperiosa a repetição dos atos instrutórios.

Somente esse reparo feito ao procedimento mostra a precariedade do sistema instituído da alçada, nos termos postos. Outra indagação que surge: no caso do presidente de TRT atender a pedido de majoração do valor arbitrado em primeiro grau, fixando-o acima da alçada, mas só após sentenciado o feito (na hipótese de sê-lo na própria audiência instrutória, como é comum), como proceder? Certamente não se considerará que o presidente de TRT ao acolher a revisão implicitamente anula o processado, pois toda nulidade deve ser declarada. Demais, a anulação de processos só pode ser determinada pelas autoridades

jurisdicionalmente incumbidas de julgá-las. A solução plausível é o ingresso de recurso ordinário, pela parte que obteve a revisão do valor para maior que o teto de alçada, pleiteando a anulação do processo com base no arbitramento do presidente de TRT.

Convenha-se, entretanto, que as dificuldades relativas a validade de atos procedimentais são grandes para ocorrência em causa cujo andamento deveria ser simplificado.

3. A supressão dos embargos infringentes

A idéia de que os embargos Infringentes, pelo fato de serem opostos perante o mesmo órgão julgador, constituíam medida dilatória, fez com que fosse apreendida sua inutilidade. Na verdade, a supressão desse recurso hoje pode ser examinada em cotejo com a melhor crítica que lhe era feita (Campos Batalha, Tratado Elementar de Direito Processual do Trabalho, pág. 604). A impossibilidade de revisão do erro grave "In judicando" não pode ser minimizada pelo efeito limitado, ou que se supõe limitado por valor exíguo. Há uma quebra não no que se tenha por tradição, mas no que é, inequivocamente, história do Direito de um povo.

A questão do recurso poderia ter sido examinada como particularidade do rito, o que não foi feito pelas razões já dadas de relevância e implicação constitucional. Na verdade, a relevância também é de ordem técnica. Como esclarece Othon Sidou (op. cit., pág. 66), os **embargos** (assim como, mais acentuadamente, a **ação rescisória**) têm origem na **restitutio in integrum do processo romano, sendo o meio para reapreciar o julgado definitivo, à luz do Direito e das provas.**

A solução encontrada, de suprimir qualquer possibilidade de apelo, com a devida e indispensável licença do leitor, representou apenas solução de continuidade no sistema do processo, e ainda depende de sutura...

Acresce que, pela Lei n. 7.351, de 27 de agosto de 1985 (a qual deu nova redação ao artigo 836 da CLT), a ação rescisória — que obviamente não se enquadra dentre os recursos — passou a ser regulada inteiramente no processo do trabalho pelo Código de Processo Civil, ressalvada a desnecessidade do depósito prévio. Isto faz com que, **teoricamente, as partes em processo de alçada possam buscar a desconstituição do julgado** (de que não puderam recorrer) **através da ação rescisória.** Presentemente isso é possível, e o será pelo menos enquanto também para tal ação não venha ser fixado valor de alçada. Se isso ocorrer — e para que se tenha bem presente as dificuldades que resultam de critérios de mera quantificação de valor — ainda assim **uma causa que tenha sido enquadrada como de alçada perante Junta ou juiz de Direito pode originar ação rescisória, superando o interessado o hipotético valor de alçada que vier a ser estabelecido para esta mediante atribuição de teto maior à causa, para o que não faltaria o argumento de prejuízo decorrente do primeiro julgado.**

Se é assim, e se para a interposição da ação rescisória há que obedecer maiores formalidades (como os requisitos da inicial em processo civil), **porque vedar o caminho mais simples do recurso para quem — a supor pela míngua do montante discutido — é também o mais necessitado?**

4. O trânsito em julgado diante do reexame necessário

O Decreto-lei n. 779, de 21 de agosto de 1969, determina a interposição de recurso "ex officio" das decisões total ou parcialmente contrárias às pessoas jurídicas de direito público interno (ou pessoas políticas) e suas autarquias ou fundações que não explorem atividades econômicas.

Diante do preceito, a pergunta: há necessidade do reexame necessário nos processos de alçada? Segundo Valentin Carrion "são irrecorríveis, salvo se ofenderem a Constituição Federal, ou se proferidas contra entidades públicas que não explorem atividade econômica" (Op. cit., pág. 559). Portanto, sua resposta é afirmativa, mas esclarece:

"As pessoas jurídicas de direito público que não explorem atividades econômicas têm o privilégio da interposição do recurso ordinário **ex officio**, pelo próprio juiz, sem prejuízo do recurso voluntário (DL 779/69); a doutrina, sem ser uníssona, e a jurisprudência inclinam-se no sentido de exigir a dupla instância (que é o mesmo que recurso **ex officio**), inclusive nas ações de alçada das Juntas, quando as entidades públicas sem fins econômicos forem vencidas parcial ou totalmente. Assim, Rezende Puech, expondo cuidadosa visão das tendências nacionais nos processos comum e laboral (Na Vivência do Direito Social) e Coqueijo Costa (Princípios, n. 19)." (Op. cit., págs. 559 e 560).

No mesmo sentido manifesta-se Tostes Malta (Prática do Processo Trabalhista, pág. 402): "no processo trabalhista o recurso de ofício é sempre necessário."

A Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 4.^a Região, de 1977, contém às fls. 29 relato do Juiz José Fernando Ehlers de Moura que impressiona pelas nuances reveladas. Aceitando a orientação jurisprudencial do seu TRT, aquele magistrado expediu precatório contra entidade de direito público, extraído de processo de alçada não submetido ao duplo grau. Houve por bem o TRT, a despeito do previsto na Constituição vigente, processar o precatório através do Tribunal de Justiça do Estado. Este, certamente escudado na Súmula n. 423 do STF ("Não transita em julgado a sentença por haver omitido o recurso **ex officio**, que se considera interposto **ex lege**"), determinou que o presidente da Junta providenciasse a revisão pelo segundo grau, o que foi recusado, suscitando o último conflito de competência perante o STF. O **acórdão da Corte Suprema consagrou o entendimento de que competia à Justiça do Trabalho deliberar sobre o trânsito em julgado, interpretando os preceitos da Lei n. 5.584 e do Decreto-lei n. 779** (Conflito de Jurisdição n. 5.944, publicado em 27 de abril de 1977).

A idéia de que o Decreto-lei n. 779 gere efeitos após a edição da Lei n. 5.584, que lhe é posterior, só pode encontrar raízes em analogia estranha com o processo penal (figura da ultratividade), quando não com a reprimendação. Por exemplo, **no âmbito da Justiça Federal, após a edição da Lei n. 6.825**, firmou-se o TFR: "em se tratando de causa de valor inferior a cem ORTNs, a sentença nela proferida não estará sujeita ao recurso de ofício. A sua existência é absorvida pelo comando legal (Resolução n. 25/80)" — TFR RO 4.325, Rel. Min. Evandro Gueiros Leite, unanimidade, D.J.U. 3.12.1981. Também: "O art. 4.^o da Lei n. 6.825/80 não exclui as causas trabalhistas, pois é de caráter geral e foi posto em vigor com o

intento de dar maior celeridade aos feitos na primeira e segunda instâncias, no âmbito da Justiça Federal. Agravo improvido. — TFR AI 5.984, Rel. Min. José Pereira de Paiva, unanimidade, D.J.U. 5.2.1982.

A Justiça Federal, na área cível, realiza a jurisdição típica dos feitos da fazenda pública. Seria curioso que fizesse interpretação mais rigorosa que o juízo trabalhista, no sentido de rejeitar recursos nos processos de alçada, inadmitindo reexame necessário. A dificuldade de definir o trânsito em julgado é a última que se oferece para análise, embora diga-se, por correto, que a tendência é para uniformizar a jurisprudência pela exclusão dos impropriamente chamados recursos de ofício nas questões de alçada.

V. A QUESTÃO DA CONSTITUCIONALIDADE

Sumário: 1. Matéria constitucional e contrariedade à Constituição. 2. Crítica pela inconstitucionalidade da supressão dos recursos. 3. Existência de direito subjetivo público.

1. Matéria constitucional e contrariedade à Constituição

Diante da Constituição Federal, há dois aspectos a examinar, já abordados, mas apenas de modo propedêutico.

O primeiro diz respeito à autorização constitucional para o funcionamento de juízes com atribuições para causas de rito sumaríssimo. Coqueijo Costa (Estudos do Direito Processual do Trabalho, pág. 129) encontrou essa autorização no parágrafo único, do artigo 112, do texto da Emenda Constitucional n. 1, que dispunha:

"Para as causas ou litígios, que a lei definirá, poderão ser instituídos processos e julgamento de rito sumaríssimo, observados os critérios de descentralização, de economia e de comodidade das partes."

Para aquele doutrinador o parágrafo em questão "dispõe revolucionariamente" (expressão que hoje soa ambígua, em face da origem da Emenda Constitucional n. 1) por autorizar a jurisdição em grau único, rompendo "com os tradicionais princípios de direito universal moderno do 'duplo grau de jurisdição processual' e da 'irrecorribilidade das interlocutórias simples', em nome da economia e da celeridade processual que o processo do Trabalho impõe."

Na verdade, a instituição do procedimento sumário em processos de alçada não pode ser tida como dependente do preceito constitucional citado, mesmo porque a Emenda Constitucional n. 7/77 ("reforma do Judiciário") o revogou. O parágrafo único do artigo 112 da Constituição hoje trata de outro assunto (lei complementar da magistratura). Levado ao limite o raciocínio antes exposto, o processo de alçada estaria ab-rogado pela supressão da autorização constitucional. O fato desta última alternativa não ter merecido sustentação mostra que a melhor exegese decorre do exame do artigo 8.º da Lei Maior: **não há vedação constitucional para a disciplina, por lei, de diversidade de ritos**; de outro lado, compete à União legislar sobre processo (via ordinária). A matéria, pois, está restrita ao campo mesmo da legislação ordinária. Demais, cumpre ver que, em processo penal, onde as garantias devem ser as mais amplas (aqui por mandamento consti-

tucional), não ecoou questionamento sobre a diversidade de ritos, que há, inclusive quanto à sumariedade (v.g. delitos culposos de trânsito e contravenções).

Assim, o processo de alçada trabalhista não deriva de autorização expressa da carta constitucional, desde que não infringe vedação alguma. Cumpre ver, agora, independente do rito simplificado, se também não ofende garantias da Constituição.

Dispõe o artigo 2.º, parágrafo 4.º, da Lei n.º 5.584: "Salvo se versarem sobre **matéria constitucional**, nenhum recurso caberá das sentenças proferidas nos dissídios de alçada..." Em construção mais simples: **salvo se as sentenças versarem sobre matéria constitucional**, etc. Vê-se que o tema sujeito à revisão é amplo, abrangendo toda a matéria constitucional, que se refere à estrutura do Estado, à organização dos poderes, seu exercício e aos direitos do homem e respectivas garantias, isso segundo a síntese da doutrina tradicional, repetida por José Afonso da Silva (*Curso de Direito Constitucional Positivo*, pág. 13). Já José Alfredo de Oliveira Baracho, indo bastante além, propõe que é típico de um Estado liberal de Direito dispor em sua Carta apenas sobre competências supremas do ente estatal, o resguardo dos direitos individuais e a limitação do poder político; isso seria bandeira de uma mentalidade conservadora atenta sim ao Estado de Direito, mas não ao de Justiça (Teoria da Constituição, págs. 45 e 46). Na verdade, há tendência marcada de inclusão na matéria constitucional básica dos direitos econômicos e sociais, e o que foi chamado Estado de Justiça nada mais é do que uma variante de designação para o "welfare state".

Em que pese a existência de estudos fecundos, inexistente saliência na doutrina para o fato da Constituição Federal mencionar nos artigos 119, inciso III, alínea "a", e 143 apenas a hipótese da decisão **contrariar** a Lei Maior, para dar ensejo ao recurso extraordinário.

Manifestaram-se a favor do cabimento do recurso extraordinário para o STF, nos processos de alçada, por exemplo, Russomano e Coqueijo Costa. Disse o primeiro:

"Nas causas de valor até duas vezes o salário mínimo vigente na sede do juízo, **não caberá recurso**, a não ser quando houver ofensa à Constituição (art. 2.º, par. 4.º). Parece-nos claro que o recurso cabível, nessa hipótese, será o recurso extraordinário, diretamente ao Supremo Tribunal Federal." (op. cit., pág. 1.312).

Coqueijo Costa sustentou o cabimento do recurso extraordinário porque se trata de decisão em "única ou última instância", e o STF, no RE 55.856, proclamou serem irrecorríveis as decisões da Justiça do Trabalho, "mesmo quando se tratar de ato não praticado pelo TST, salvo nos casos de matéria constitucional".

Embora quebre a lógica do sistema o fato de ser admitido o recurso extraordinário (quando é negado o ordinário) para o tribunal supremo da República, enquanto, em nome do descongestionamento do Judiciário, preservam-se os tribunais regionalizados, não há dúvida que os autores citados sustentam no texto sua interpretação, com o reforço dado pela edição das seguintes súmulas do Supremo Tribunal Federal:

"Súmula n. 281 — É inadmissível o recurso extraordinário, quando couber, na Justiça de origem, recurso ordinário da decisão impugnada."

"Súmula n. 505 — Salvo quando contrariarem a Constituição, não cabe recurso para o Supremo Tribunal Federal, de quaisquer decisões da Justiça do Trabalho, inclusive dos presidentes de seus Tribunais."

Suposto o cabimento do recurso extraordinário nos processos de alçada das decisões que **contrariarem** a Constituição Federal, duas dificuldades devem ser enfrentadas:

1. O artigo 119, inciso III, refere "causas decididas em única ou última instância por **outros tribunais**", o que leva José Frederico Marques a afirmar: "Não há recurso extraordinário contra decisões de juiz de primeira instância, mas tão-só contra causas decididas por Tribunais" (Manual de Direito Processual Civil, pág. 167).

A questão, já complexa, tem nova vertente de dúvida ao observar-se que o artigo 851 da CLT, parágrafo 1.º, nomela a Junta de Conciliação e Julgamento como "Tribunal", fazendo-o não de forma genérica, mas em sentido próprio, com inicial *maiúscula nessa palavra*. Não é o caso de estender a referência aos outros textos nos quais as Juntas são equiparadas aos juízos e não aos tribunais, mas certamente é o caso de enfrentar um dilema: no caso das Juntas serem consideradas tribunais para o fim do artigo 119, III, da Constituição Federal, com certeza os juízes de Direito investidos da competência trabalhista **não o são** e, assim, incidiria Súmula n. 527 do STF:

"Após a vigência do Ato Institucional n. 06, que deu nova redação ao art. 114, III, da Constituição Federal de 1967, não cabe recurso extraordinário das decisões do juiz singular."

Logo, o entendimento em favor do recurso extraordinário das Juntas diretamente para o Supremo Tribunal Federal esbarra em obstáculo intransponível, vez que ficariam discriminadas as partes acaso levadas ao juízo singular (Juiz de Direito), pois eventual recurso destas não satisfaria o pressuposto de admissibilidade sumulado. Dessa sorte, querendo-se a adequação à Lei Maior, de um lado, encontra-se a transgressão ao princípio da isonomia, de outro.

2. Esta segunda dificuldade diz respeito à opinião dos autores que resistem ao reconhecimento de recurso extraordinário, em que pese os motivos dados, como cabível nos processos de alçada. Alcides de Mendonça Lima é taxativo: "não cabe recurso extraordinário nos feitos de alçada". (Recursos Trabalhistas, pag. 391). Transcreve voto do Ministro Nélson Hungria:

"Este caso é mais um atestado do desbarato do precioso tempo deste Supremo Tribunal Federal com questões sem o menor relevo e uma demonstração de hipertrofia do juízo trabalhista. Trata-se de um capricho de um empregado contra o empregador, de questão que não merecia ultrapassar de modo algum a Justiça trabalhista e que, em outro tempo, seria mera questão de alçada, nem merecendo recurso para qualquer Tribunal superior. No entanto, esta causa vem rolando até a barra deste Supremo Tribunal Federal, cujo tempo não chega para resolver questão do mais alto revelo nacional,

e está ocupando há mais de meia hora nossa atenção, querendo-se fazer, sem razão nenhuma, de um argueiro um cavalheiro. (Omissis) Positivamente, este caso não devia ser trazido ao Supremo Tribunal Federal, não merecia as honras de ser julgado por este Egrégio Tribunal. (RE n. 19.169)" (op. cit. pág. 393).

Embora possa ser feita alguma consideração acerca da falta de dados no relato transcrito sobre a natureza do debate, isso importa pouco diante da ênfase dada, **no sentido de exclusão do exame da pequena causa**. Não se trata de fazer aqui a crítica sobre o sentimento de elite de juristas, mas reconhecer a impressionante discrepância que significa a defesa pura e simples do recurso extraordinário direto ao STF, nos processos de alçada, quando nem isso é acessível às partes, na maioria das vezes, e em causas de outra natureza, em que os litigantes poderiam talvez melhor recorrer, são opostos inúmeros obstáculos de admissão.

Wagner Giglio fere outro ponto: "não padece dúvida o cabimento de **todos** os recursos previstos no artigo 893 da CLT", havendo matéria constitucional, pois "o acesso direto ao Supremo Tribunal Federal implicaria em supressão de instâncias (Tribunais Regionais e Tribunal Superior do Trabalho)". (Op. cit., págs. 278 e 279).

A tese da supressão de instâncias não remove as considerações de Russo-mano e Coqueijo Costa, antes transcritas, porque se trata, exatamente, de recurso extraordinário. A esse propósito, toda a controvérsia se resume em definir o "status" de tribunal em relação às Juntas, e solucionar a desigualdade quanto aos juízes de Direito com competência trabalhista.

Porém, a referência à **matéria constitucional** remete ao que foi considerado sobre ser esse tema mais amplo que o da **contrariedade** à Constituição. Observe-se que o artigo 2.º, parágrafo 4.º, da Lei n. 5.584, colocada a redação na ordem direta, assim preceitua: nenhum recurso caberá das **sentenças** proferidas nos dissídios da alçada (...), salvo **se versarem sobre matéria constitucional**.

Logo, caberá recurso quando as sentenças versarem **matéria** constitucional, e o recurso cabível será um dos previstos no artigo 893 da CLT, nas instâncias ordinárias, pois a hipótese de recurso extraordinário é restrita à **contrariedade** de norma Constitucional.

Por exemplo: o pleito em processo de alçada de equivalência econômica entre o regime da estabilidade e o do FGTS exige que a sentença considere **matéria constitucional**, pois é na Constituição (art. 165, XIII), e não em nenhum outro texto legal, que o direito equiparativo dos dois institutos está mencionado. Entretanto, entender (como o fez a Súmula n. 98 do TST) que a equivalência é jurídica e não econômica não evidencia **contrariedade** flagrante da Constituição. No exemplo dado, a lei autoriza a interposição de recurso (ordinário), e a Constituição não autoriza o do extraordinário. A menção a assunto sumulado é só ilustrativa.

Diferenciar **matéria constitucional** de **contrariedade à Constituição** não configura tema singularmente difícil, e a pouca importância dada à particularidade deve-se, sem dúvida, ao fato da quebra lógica do sistema de recursos, com implicações de ordem prática (no que respeita ao acesso à revisão, por exemplo) e

teórica (pelo indescoberto "quid" acerca de distinções entre litigantes em juízos singulares ou coletivos).

2. Crítica pela inconstitucionalidade da supressão dos recursos

Tome-se como ponto de partida o resumo das teses de um trabalho apresentado em congresso de advogados:

- "a) a idéia de apelar é parte da história do Direito;
- b) a segurança das relações jurídicas repousa na existência do duplo grau;
- c) o recurso é insito ao princípio da "ampla defesa", e constitui garantia individual;
- d) o artigo 4.º da Lei 5.584, de 26.6.70 e o Prejulgado 40 são inconstitucionais;
- e) a distinção de causas pelo pequeno valor não autorizaria a supressão de recursos, mas a instituição de tribunais de alçada."

(Rita Maria de Faria Corrêa Andreatta e Genil Andreatta, Aspecto Constitucional do Recurso nos Dissídios de Alçada, "in" VI Encontro Estadual de Advogados Trabalhistas do Rio Grande do Sul, págs. 77 e 78).

Ada Pellegrini Grinover (Os Princípios Constitucionais e o Código de Processo Civil, págs. 13, 14 e 15) desfaz a noção de que o princípio da ampla defesa possa ser invocado na espécie, dado a que se circunscreve na órbita penal, abrangendo "não só os processos para apuração e punição de ilícitos penais, mas todo e qualquer processo em que haja acusação e possibilidade de aplicação de pena; vale dizer, os procedimentos disciplinares e administrativos (inclusive as sindicâncias e os 'processos' fiscais)." No mesmo sentido: **José Afonso da Silva** (op. cit., pág. 558): a plenitude da defesa com os recursos a ela inerentes é garantia processual penal, e ainda Antonio Carlos de Araujo Cintra e outros (Teoria Geral do Processo, págs. 49 e 50).

Todavia, Ada Pellegrini Grinover salienta:

"A prodigalidade da Constituição brasileira, na tutela processual do indivíduo, limita-se à esfera penal. O processo civil não mereceu muita atenção do legislador constituinte. É evidente que princípios como o da isonomia, do juiz natural, da assistência judiciária e da coisa julgada constituem postulados vitais para as garantias do processo civil. Mas é forçoso reconhecer que a Constituição brasileira erigiu em regra específica para o processo civil um único princípio: o princípio da inafastabilidade do controle judiciário. Regra, esta, que se prende diretamente à cláusula do "due process of law" do sistema anglo-norte-americano e tem, na Constituição em vigor, a seguinte redação: 'A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual' (art. 153, § 4.º)."

A impossibilidade de invocar o princípio da ampla defesa não faz com que essa autora deixe de exprobrar a irrecorribilidade das sentenças proferidas em dissídios de pequeno valor, situação piorada dos também condenados "embargos de alçada" autorizados pelo artigo 839 do antigo Código de Processo Civil. A censura é feita com base no princípio do devido processo legal, a que a idéia de

recorribilidade é inerente, sendo melancólica, em suas palavras, a explicação sobre o porquê do resguardo negado ao preceito constitucional. Lembra **Frederico Marques**, na menção a que o processo de alçada possa ser entregue a um juiz nem sempre vitalício, e conclui que a **jurisprudência pátria não tem acompanhado a evolução doutrinária, para extrair as implicações do princípio, tido como o simples direito de agir em juízo** (op. cit., págs. 144, 145, 146).

A conclusão a tirar sobre a aplicação do princípio do devido processo legal poderá ser igualmente melancólica, mas é forçoso integrar outras observações na análise. Há muitas causas resolvidas em única instância, em segundo grau, geralmente por motivo de competência em razão da pessoa ou funcional. **De outro lado, crescem, com tendência de mais se alargar, os permissivos de deliberação singular nos tribunais, ora a cargo de seus presidentes, ora de relatores dos processos.** Além disso, avolumam-se as disposições regimentais sobre processo. Mesmo aqueles que têm atuado em reformas legislativas tornam-se autores de censuras. Carlos Medeiros Silva, por exemplo, invocando a condição de autor do projeto da Constituição de 1967, **criticou a Emenda n. 1, de 1969, por autorizar a regulamentação do recurso extraordinário pelo Regimento do STF.** A respeito, observou:

"A inovação não me parece feliz. **Doutrinariamente ela atenta contra a técnica legislativa.** Não é lógico que o texto estabeleça os casos de recurso e o regimento interno, cuja interpretação é privativa do próprio Tribunal, possa restringir, sem limites rígidos, as causas que ensejarem o apelo extraordinário. A alusão à natureza da espécie ou valor pecuniário é muito ampla. **Matéria constitucional ou tese federal de larga repercussão poderá ser suscitada em causas de pequeno valor pecuniário.** (...) A competência do Supremo deve ser fixada na Constituição, como garantia da ordem jurídica, e não ficar à mercê de alterações do regimento, com base em critérios nem sempre aceitáveis." (O Poder Judiciário na Conjuntura Política Nacional, "in" Carta Mensal, n. 224, págs. 15 e 16).

O desguardo do princípio do devido processo legal, com a limitação às suas **ampliações** (direito à recorribilidade; juízo distinto de reapreciação e isonomia quanto às garantias do processo), não pode ser debitado à jurisprudência em descompasso com a doutrina moderna. Trata-se antes de devolver a lógica do sistema processual aos capítulos referentes às ações submetidas a alçada e a recursos.

Assim, se é um "sistema difuso" este de que se trata, em que o poder de controle da constitucionalidade pertence a todos os órgãos judiciários, como menciona **Mauro Cappelletti** (O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado, pág. 67), deve ter-se como comum (como sendo a regra) o exame de matéria constitucional, mesmo em primeiro grau. **O juiz de primeira instância não declara a inconstitucionalidade; se a reconhece ele a exila do ordenamento jurídico, deixando de aplicar o diploma legal ou a decisão normativa que a contém.**

Ora, exatamente se ocorre a sobreposição de mandamento da Lei Maior, **por interpretação do juízo**, houve exame de matéria constitucional, mas não há contrariedade à Constituição. Dir-se-á que afinando o julgamento com a Carta

Magna não há porque recorrer, o que é certo em tese, mas a indagação rigorosa tem outro direcionamento: **se a deliberação judicial deixou de aplicar diploma menor que o constitucional, segregando-o, como será uniformizada a jurisprudência, dentro da tese de ser apenas cabível o recurso extraordinário, em hipótese que então não se verifica?**

Pode-se ainda dizer, não sem dose de razão, que o pequeno valor de alçada torna o debate irrelevante, pois a jurisprudência firmará orientação ao apreciar o mesmo tema em causas maiores. Ocorre que, basta seja elevado substancialmente o teto da alçada (e tramita no Congresso Nacional projeto nesse sentido, em que se discute o valor de dez salários-mínimos), e todos esses dilemas desaguarão no questionamento da diferenciação de rito e limitação dos recursos. **Assim que decretada a elevação do valor de alçada (para o parâmetro referido, ou maior) é certo o revigoreamento das críticas no sentido de estender bem o princípio do devido processo legal.**

Com relação à uniformização jurisprudencial, Waldemar Ferreira noticia que, de forma consolidada, **já fora entendido que o recurso extraordinário teria por suposto o pronunciamento anterior das instâncias especializadas.** Transcreve acórdão de 1.º de junho de 1948, do Supremo Tribunal Federal: "a uniformização da jurisprudência trabalhista compete ao órgão supremo dessa Justiça do Trabalho. E só na eventual violação da lei por parte do Tribunal Superior ou quando seus arestos fazem rosto à jurisprudência dos tribunais da justiça comum, ou nos outros casos do art. 101, n. III, da lei maior, é que se torna possível a intervenção do Supremo Tribunal Federal por via de recurso extraordinário" (História do Direito Constitucional Brasileiro, pág. 340).

Diante das inovações havidas na Constituição e leis processuais que regulam a matéria, desde então, é certo que a orientação jurisprudencial transcrita não se mantém inteiramente, pois se há limitação a qualquer recurso sobrevém a impossibilidade de uniformizar os entendimentos. Entretanto, ela aponta no sentido da "lógica do sistema", bem apreendida sintomaticamente desde que a própria Justiça do Trabalho se constitucionalizou como tal. Nesse quadro, **a sustentação feita por alguns da possibilidade de interposição do recurso extraordinário (abstraindo as dificuldades teóricas relativas à admissibilidade, e as práticas, estas quase sempre inarredáveis para litigantes de pequenas causas) soa como pregação de um remédio heróico num sistema que indistintamente se tornou valetudinário.**

Ao tomar posse na presidência do Supremo Tribunal Federal, o **Ministro José Carlos Moreira Alves salientou que para proteger o direito das partes é suficiente o duplo grau de jurisdição, e que é no segundo grau que residem os maiores problemas da Justiça.** Como quase sempre ocorre nessas abordagens, houve remissão ao exemplo americano do norte:

"Problema semelhante" (de sobrecarga) "embora em proporções menores, já ocorreu na Suprema Corte Americana, e encontrou sua solução no **Judiciary Act de 1925 que lhe conferiu o poder discricionário de só julgar, das questões que lhe são submetidas, as que considera mais importante pelo interesse público que revelam.** Era, então, seu Presidente um ex-Presidente dos Estados Unidos, William Taft, que os justificou com a observação de que as partes

têm os seus direitos suficientemente protegidos pelo julgamento de primeiro grau e pela revisão do Tribunal de segunda instância, ao passo **que a função da Corte Suprema não é a de remediar erro sofrido por um litigante, mas a de examinar os casos que envolvam princípios de amplo interesse governamental ou público, e que devem ser definitivamente esclarecidos.**" (Discurso de posse).

Em que pese a atração que o critério da Suprema Corte norte americana crescentemente desenvolveu, ganhando a adesão dos doutrinadores mais preocupados com soluções, embora nem sempre com a realidade deste país, é certo que nunca pôde ser implementada predominantemente a noção de "relevância".

Por ocasião dos debates surgidos com a comissão de estudos constitucionais, que elaborou um esboço de carta constitucional, Miguel Reale demonstrou, com felicidade **que nos Estados Unidos costuma haver uma instância suprema nos Estados, caracterizando três graus, de modo que a Corte constitucional americana não se equipara ao STF em termos de organização judiciária.** Também ao nível do papel constitucional, qualquer comparação tem de ser apenas aproximativa, tendo em vista a diferença radical nos sistemas legais.

Por isso, talvez, **mesmo tendo a faculdade constitucional desde 1967 de definir casos de admissão do recurso extraordinário, o STF tenha agido de forma a proporcionar a crítica** de Carlos Medeiros Silva, transcrita mais atrás. Ou seja: o *Regimento Interno* daquele pretório, nesses anos todos, não estabeleceu regras de exclusão que possam, de qualquer modo, aproximar-se do Judiciary Act, referido por seu presidente. Ainda assim surgiram críticas continuadas ao fato de nossa Suprema Corte restringir o conhecimento de apelos, com exame da admissibilidade plenipotenciariamente pelo relator.

No que toca ao tema das causas de alçada, vê-se que a tese do cabimento do recurso extraordinário mostrou-se meramente especulativa até recentemente. É que o artigo 325 do Regimento Interno do STF, em seu inciso VIII, previa a admissão daquele recurso só na hipótese do valor da causa ser igual ou superior a cem vezes o maior salário-mínimo do país, sendo as decisões das instâncias ordinárias uniformes, ou a cinquenta vezes a mesma quantia, se discrepantes as decisões inferiores. Como o valor da alçada trabalhista atingiu, nas suas variações, no máximo o dobro do salário-mínimo, desde logo nenhuma das hipóteses poderia se caracterizar.

Só recentemente a Emenda Regimental n. 2, de 9 de dezembro de 1985, suprimiu o critério de alçada pelo valor também no STF, embora subsista a autorização constitucional para que aquela Corte a estabeleça.

3. Existência de direito subjetivo público

A última questão a ser desenvolvida diz respeito a determinar se o duplo grau de jurisdição corresponde a um direito dos cidadãos, ou se a garantia constitucional apenas trata da igualdade quanto ao acesso ao Judiciário. **Em resumo:** se é direito subjetivo público (que "preserva situações jurídicas subjetivas dos cidadãos frente ao Estado", considerado o interesse dos mesmos "uti civilis" e não "uti singuli", segundo Biscaretti di Ruffia), ou se trata tão só da "igualdade dos pontos de partida entre todos os cidadãos."

Para solução da dúvida, serve a lição de Santi Romano:

"Direitos públicos" (subjctivos) — dos quais tem sido dadas algumas definições incompletas — são poderes de agir numa relação jurídica concreta conexa a uma função pública" (Princípios de Direito Constitucional Geral, pág. 146).

O Poder Judiciário está estruturado constitucionalmente em instâncias diversas que, na Justiça do Trabalho, encadeadas todas as possibilidades de revisão, resultam em quatro níveis, das Juntas ao Supremo Tribunal, passando pelos Tribunais Regionais e Superior. Estabelecer ritos diversos é matéria atinente a leis ordinárias, observadas vedações e garantias constitucionais. **O direito de acesso ao Judiciário não exaure o princípio do devido processo legal, pois condiz basicamente com o da igualdade de todos perante a lei, e com o da inafastabilidade do controle judicial.** Desde que o Judiciário está estruturado em instâncias, o bloqueio na continuidade do acesso inicialmente facultado, ou seja, a vedação de recurso qualquer, implica em limitar direito subjetivo público de estabelecer relação com instância revisora. De outro lado, a desassistência nos casos em que a sentença de primeiro grau verse matéria constitucional reflete quebra do sistema de recursos, de modo que nem mesmo a lei processual que estabelece a regra pôde ser convenientemente aplicada, e dificilmente poderá. De resto, o remédio do recurso extraordinário é uma espécie de delírio da realidade, ou seja, a previsão de seu uso não mostra como vencer as questões de admissibilidade equiparando os juízos singulares (Juiz de Direito) com os tribunais de primeiro grau (Juntas), sem insistir em que a própria existência técnica dos últimos possa ser recusada nos termos da Constituição.

VI. CONCLUSÃO

Desde a Introdução, admitiu-se neste estudo que o regime legal previsto para os processos de alçada na Justiça do Trabalho guarda a característica da inoperância. Não há evidências de que tenha contribuído a sua instituição para desafogo dos tribunais e as questões que encerra preenchem as cinco espécies de contradições que Karl Engisch vislumbra no ordenamento jurídico (Introdução ao Pensamento Jurídico, pág. 253 e seg.).

a) **Contradições técnicas** — em razão da terminologia, não há definição razoável do que seja "tribunal" para o fim de interposição do recurso extraordinário. Se assim for considerada a Junta de Conciliação e Julgamento, obviamente não o será o juiz singular de Direito, o que permitirá no primeiro caso, e obstará no segundo, o apelo extraordinário. Há omissão na Lei 5.584 sobre o exame necessário de segundo grau nas hipóteses do Decreto-lei n. 779, de modo a ensejar dúvidas sobre estarem suprimidos todos os recursos. Entendido que o reexame de segundo grau não é recurso, sendo imprópria e superada a expressão "recurso ex officio", tanto pior para evidenciar o discrimine, pois ambas as partes deverão sujeitar-se à dilatação para que tenham título judicial com força de coisa julgada.

b) **Contradições normativas** — A possibilidade da revisão do valor da causa (quer pelo próprio juiz, após ouvir razões finais; quer por presidente de TRT) implica em descaracterização eventual do processo de alçada, o que obrigará à repetição dos atos não transcritos, sob pena de nulidade por desobediência do

rito ordinário. **A fixação do "quantum" da alçada é igualmente fonte de embaraço.** Embora hoje vigore o parâmetro do salário-mínimo, na sede do juízo (ponto irrelevante, dada a unificação em todo o território nacional) e na data de ingresso da ação, é bem de ver que **isso foi motivo de discussão, marcou a jurisprudência,** redundando em exasperar o uso de recursos, que deveriam ser evitados.

c) **Contradições valorativas** — Desde que o **Direito do Trabalho se constituiu** e, como visto, fez valer na carta política seu sentido maior de relação necessária à sociedade, a idéia de fixação exclusivamente monetária do limite de alçada implica em valoração discordante. Faz-se necessária a avaliação também para esse fim de alçada de algumas situações jurídicas específicas, ou seja, do patrimônio jurídico dos litigantes. De outro lado, vigora para a Justiça Federal (também para os feitos de natureza trabalhista) a Lei n. 6.825, de 1980, que prevê a inocorrência do reexame necessário em causas com o valor de até cem OTN, bem como a possibilidade única de interposição de embargos, em primeiro grau, nas causas com o valor de até cinquenta OTN. **Dado a que tais regras, mais precisas e, em todo o caso, asseguradoras da revisão do julgado, se aplicam ao reclamante trabalhista que procura a Justiça Federal, é de difícil compreensão que venha a encontrar menor proteção processual aquele que ocorre à Justiça do Trabalho.**

d) **Contradições teleológicas** — O propósito manifesto na disciplina do processo de alçada é o de **reduzir a plethora dos tribunais e simplificar o exame das causas pequenas.** Ora, se nestas o litigante pode cogitar tão só do recurso extraordinário perante o STF, não se vê onde esteja a simplificação. Esta, de outra forma, pode constituir-se no embaraço já mencionado de repetição dos atos, caso corrigido o valor da causa para quantia acima da que determina a alçada. Os tribunais, igualmente, foram assoberbados ante o exame das questões colaterais que vêm, permanentemente, surgindo, relativas ao reexame necessário, índice aplicável ao valor de alçada e — por certo como ocorrerá acentuadamente após elevação substancial do valor de alçada — garantias do devido processo legal. **Em resumo, a finalidade prevista não se concretizou.**

e) **Contradições de princípio** — Desde que o processo trabalhista foi instituído informado do princípio da oralidade, todos os propósitos imagináveis de alcançar via ações de rito sumário são os mesmos que a Justiça especializada perseguiu, independente de distinção de procedimento. Se, portanto, a celeridade e a informalidade, por exemplo, não foram alcançadas, houve a quebra do princípio, por causa vária, mas descabe erigir outro princípio, agora especial, informador apenas do rito sumário.

Como foi desenvolvido o esforço de mostrar contradições, resultantes de trabalho alheio, sabidamente árduo, não só pelo reconhecimento de que as contradições existem, mas em especial pelo seu enfrentamento, e o **momento de expor o que pode ser denominado retomada de propósitos quanto aos processos de alçada,** que talvez possam servir de instrumento a uma reforma do Judiciário, com utilidade aproximada daquela que Isidoro Martins Júnior viu nas **Juntas de Justiça da colônia.**

Em primeiro lugar, deve ser melhor examinada, para implantação, a autorização constitucional para que **sejam criados novos órgãos na Justiça do Trabalho**

(**não em expansão aos existentes, mas diferentes destes** — artigo 141, parágrafo 3.º). O exame detido revelará **talvez a possibilidade de ser instituído o juízo de alçada de primeiro grau**, com aproveitamento da estrutura existente. Ocorrendo isso, poderá **ser restabelecido o recurso de embargos, até para a JCJ, sem prejuízo de interposição do recurso ordinário** (no processo de conhecimento) e de **agravo de petição (no processo executório)** quando: (a) for negada a aplicação de dispositivo de lei tido como inconstitucional; (b) não houver reconhecimento de direito assegurado na Constituição Federal. **O reexame em segundo grau deve ser abolido, na hipótese do Decreto-lei n. 779**, nas causas de valor inferior a cem OTN. A unificação no uso desse índice (aquí não defendido como o melhor) sobreleva pela conveniência, e limpidez aos olhos do jurisdicionado, pois se os litígios já enchem as partes de cuidados não é lícito sobrecarregar seus temores com o uso de parâmetros variados, pelo fato de abrir-se ora a porta da Justiça Federal, ora a do Trabalho, sendo ambas da União. Por último, na tradição do direito brasileiro, o valor não deve ser tomado para fixar a alçada, unicamente em base pecuniária. Além das hipóteses nas alíneas supra que fazem referência à Constituição, alguns temas têm de ser ressalvados para reexame pelos tribunais (como o dos litígios que tenham por base norma coletiva, já que são os mesmos tribunais que em boa parte as editam).

A Lei n. 5.584, alterada em pequena parte embora, está em vigor há mais de quinze anos. A eliminação dos embargos no processo de alçada deu-se há dezoito anos, pela Lei n. 5.442. É um tempo muito curto para leis saudadas por justas, mas longo diante de tantos questionamentos teóricos e tão discutíveis resultados.

Tratando da matéria de seu próprio trabalho, tida como a ciência gaia pelos antigos — a poesia, Carlos Drummond de Andrade escreveu que pode ser na verdade ingaia: "a madureza vê, posto que a venda / interrompa a surpresa da janela / o círculo vazio, onde se estenda / e que ao mundo converte numa cela." Isso chega a ser um prólogo. É hora de ver, com madureza, por onde ainda pode estender-se o conhecimento, que certamente o invólucro parco do direito legislado e aplicado só como uma cela contém.

BIBLIOGRAFIA

1. **Andreatta**, Rita Maria de Faria Corrêa e Genil Andreatta. "Aspecto Constitucional do Recurso nos Dissídios de Alçada", "in" VI Encontro Estadual de Advogados Trabalhistas do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 1980. Edição da Associação dos Advogados Trabalhistas.
2. **Baracho**, José Alfredo de Oliveira. Teoria da Constituição. São Paulo, 1979. Editora Resenha Universitária.
3. **Batalha**, Wilson de Souza Campos. Tratado de Direito Judiciário do Trabalho. São Paulo, 1977. LTr Editora Ltda. — Tratado Elementar de Direito Processual do Trabalho. Rio de Janeiro, 1960. Ed. José Konfino.
4. **Cappelletti**, Mauro. O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado. Porto Alegre, 1984. Sérgio Antonio Fabris Editor.
5. **Carrion**, Valentin. Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho. São Paulo, 1978. Ed. Revista dos Tribunais Ltda.
6. **Cintra**, Antônio Carlos de Araújo "et alii". Teoria Geral do Processo. São Paulo, 1981. Ed. Revista dos Tribunais.
7. **Coqueijo**, Carlos. Estudos do Direito Processual do Trabalho. Rio de Janeiro, 1971. Edições Trabalhistas S.A.
8. **Costa**, José de Ribamar da. Direito Processual do Trabalho. São Paulo, 1976. LTr Editora Ltda.
9. **Di Ruffia**, Paolo Biscaretti. Direito Constitucional. São Paulo, 1984. Editora Revista dos Tribunais.
10. **Englisch**, Karl. Introdução ao Pensamento Jurídico. Lisboa, 1977. Fundação Calouste Gulbenkian.
11. **Ferreira**, Waldemar Martins. História do Direito Constitucional Brasileiro. São Paulo, 1954. Ed. Max Limonad.
12. **Fuller**, Lon. O Caso dos Exploradores de Cavernas. Porto Alegre. Sérgio Antonio Fabris Editor.
13. **Giglio**, Wagner Drdla. Direito Processual do Trabalho. São Paulo, 1977. LTr Editora Ltda.
14. **Gomes**, Orlando. Transformações Gerais do Direito das Obrigações. São Paulo, 1980. Editora Revista dos Tribunais.
15. **Grinover**, Ada Pellegrini. Os Princípios Constitucionais e o Código de Processo Civil. São Paulo, 1975. José Bushatsky Editor.
16. **Luhmann**, Niklas. Legitimação pelo Procedimento. Brasília, 1980. Editora Universidade de Brasília.
17. **Malta**, Christóvão Piragibe Tostes. Prática do Processo Trabalhista. Rio de Janeiro, s/d, 5.ª ed. Edições Trabalhistas S/A.
18. **Martins Júnior**, Isidoro. História do Direito Nacional. Brasília, 1979. Departamento de Imprensa Nacional.
19. **Moreira Alves**, José Carlos. Discurso de Posse na Presidência do STF, "in" Revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil. São Paulo, 1985, n.º 13.
20. **Moura**, José Fernando Ehlers de. Execução Trabalhista contra a Fazenda Estadual — Competência e Precatório, "in" Revista do Tribunal do Trabalho da 4.ª Região. Porto Alegre, 1977. Livraria do Globo.
21. **Rawls**, John. Uma Teoria da Justiça. Brasília, 1981. Editora Universidade de Brasília.
22. **Romero**, Santi. Princípios de Direito Constitucional Geral. São Paulo, 1977. Ed. Revista dos Tribunais Ltda.
23. **Rosa**, Ellézer. Capítulos de História do Direito Processual Civil Brasileiro. Rio de Janeiro, 1975. Editora Rio.
24. **Russomano**, Mozart Victor. Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho. Rio de Janeiro, 1973. José Konfino Editor.
25. **Russomano**, Mozart Victor. "et alii", Novo Código Judiciário do Trabalho (Projeto n.º 877/67. Deputado Paulo Macarini).

26. **Sidou, J. M. Othon.** Os Recursos Processuais na História do Direito. Rio de Janeiro, 1978. Companhia Editora Forense.
27. **Silva, Carlos Medeiros.** O Poder Judiciário na Conjuntura Política Nacional. "In" Carta Mensal, n.º 224, de novembro de 1973. Rio de Janeiro, 1973. Edição do Conselho Técnico da Federação Nacional do Comércio.
28. **Silva, José Afonso da.** Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo, 1984. Ed. Revista dos Tribunais.
29. **Stucka, P. I.,** La Función Revolucionaria del Derecho y del Estado. Barcelona, 1974. Ediciones Peninsula.
30. **Trevelyan, George McCaulay.** A Revolução Inglesa. Brasília, 1982. Editora Universidade de Brasília.

ANEXO

Sugestão à disciplina legal para as causas de alçada.

ANTEPROJETO:

Altera o Processo do Trabalho

O Congresso Nacional decreta:

Do reexame por provocação judicial

Art. 1.º. Não se aplica o disposto no inciso V do artigo 1.º, do Decreto-lei n. 779, de 21 de agosto de 1969, nas causas de valor até 100 (cem) Obrigações do Tesouro Nacional-OTN.

Do juízo singular

Art. 2.º. Compete singularmente ao Juiz Presidente de Junta de Conciliação e Julgamento:

I — Processar e julgar causas de valor até 50 (cinquenta) Obrigações do Tesouro Nacional-OTN.

II — Julgar a extinção do processo por desistência, indeferimento da inicial, *ausência de pressupostos para a constituição e desenvolvimento válido ou regular* e preempção.

III — Fixar o valor da causa quando for incerto, indeterminado ou flagrantemente desproporcional, na primeira audiência e para a determinação da competência, tendo por base as propostas conciliatórias e a repercussão do pedido no patrimônio econômico e jurídico dos litigantes.

Art. 3.º. Das sentenças proferidas nas causas mencionadas no inciso I do artigo anterior cabe apenas a interposição de embargos de declaração e de embargos infringentes do julgado para a Junta de Conciliação e Julgamento.

§ 1.º. Os embargos de declaração são cabíveis quando houver obscuridade, contradição ou omissão que suscite dúvida na sentença, e independem de vista do contendor.

§ 2.º. Os embargos infringentes do julgado podem ser instruídos com documentos novos e devem indicar o fundamento de fato ou legal específicos que amparem a reforma da sentença, cabendo resposta do embargado, com igual direito à prova documental.

§ 3.º. Os embargos previstos neste artigo têm prazo de interposição de oito dias, sendo igual o da resposta mencionada no parágrafo anterior, efeito suspensivo e devolutivo, sem dispensa do depósito recursal e do recolhimento de custas.

§ 4.º. A sentença da Junta de Conciliação e Julgamento deve ser proferida nos trinta dias seguintes à conclusão e, após prolatada, o disposto no "caput" deste artigo não obsta a interposição de recurso ordinário, no processo de conhecimento, e de agravo de petição, no processo de execução, quando:

a. For negada a aplicação de dispositivo de lei tido como inconstitucional;

b. Não houver reconhecimento de direito assegurado na Constituição Federal.

Art. 4.º. Nas causas de valor até 50 (cinquenta) Obrigações do Tesouro Nacional — OTN é bastante o registro em ata apenas indicativo dos depoimentos colhidos.

Art. 5.º. Nos feitos processados em juízos de Direito com competência trabalhista não se aplicam os artigos 2.º a 4.º desta Lei, cabendo a aplicação do sistema de recursos previsto na Consolidação das Leis do Trabalho.

Art. 6.º. Revogam-se... etc.

DESTAQUE

DISCURSO DE POSSE (*)

Eis-me aqui, Presidente da Justiça do Trabalho do Brasil, depois de haver percorrido uma vida pública longa, na qual exerci cargos os mais variados. Posso voltar-me e olhar sem qualquer modéstia o passado, do qual me orgulho. Não vejo, pelo caminho, desonras ou atos contristadores. Foi um percurso limpo, inquestionavelmente limpo, que cruzou com o suicídio de um presidente e suas conseqüentes perturbações políticas, a ascensão de outro, depois de um tumulto institucional, a renúncia de um terceiro, o nascimento e morte de um parlamentarismo canhestro e desambientado para, finalmente, deparar com os 20 anos de exceção. Enfrentei todos os percalços sem que houvesse alguém, quer no calor incontido da vitória, quer por vingança, que levantasse sua voz para atingir minha vida pública, apesar dos cargos difíceis que ocupei e dos tumultuados dias vividos.

Ao renascer a democracia, ainda uma vez volto a vista ao passado, para reencontrar-me com o meu querido, saudoso e inolvidável amigo Tancredo de Almeida Neves, com quem, no calor das dificuldades de 1954, tive o prazer e a honra de trabalhar como seu assistente no Ministério da Justiça.

Sábio, meticoloso, político por excelência, deu-me a sensação do ser grande na política, avaliando sempre sua projeção sobre os acontecimentos da vida, para fixar-lhe os rumos a serem seguidos. No tumulto de 1954, e em inúmeras vezes posteriormente, sempre soube encontrar a argúcia necessária ao êxito de sua intervenção.

Caminhamos em campos separados após 1954, mas sempre nos comunicávamos e trocávamos impressões, comentávamos os fatos; eu ainda com a veia do velho comentarista político aposentado e ele com a inexcedível argúcia do político que tudo via um século adiante.

No Palácio das Mangabeiras, onde me convidou a ir antes de renunciar ao Governo Mineiro, fixou-me os rumos do nascimento desta Nova República com tal precisão, que me pareceu, ao depois, que o futuro tinha sido traçado na sua prancheta de artista.

Antes de ser internado para a morte, deu-me o recado, a ordem final do nosso relacionamento: quando baixar a poeira, precisamos conversar. E a conversa envolveria dois temas, eu sabia: Justiça do Trabalho e Previdência Social. É como se ele aqui se encontrasse neste momento, assistindo e prestigiando seu aluno, colaborador e amigo, como estaria se presidente entre nós vivesse.

Velho e saudoso amigo que da lembrança não sairá!

Volto minhas recordações para outros queridos amigos que foram ficando para trás no decorrer da jornada. De todos recebi algo. Aprendi lições que me

(*) Alocução proferida pelo Min. Marcelo Pimentel, na sessão do dia 19 de dezembro de 1986, por ocasião de sua posse no cargo de Presidente do Tribunal Superior do Trabalho.

valeram ao longo da vida. Nereu Ramos, Lamelda Bitencourt, Agamenon Magalhães, Artur de Sousa Costa, Adroaldo Mesquita da Costa, Gustavo Capanema, Aliomar Baleeiro, Bilac Pinto, Benedito Valadares, Negrão de Lima e tantos outros constituintes de 1946 e congressistas de outras legislaturas, tantos e tantos amigos que dedicaram especial atenção e estima a um modesto e então jovem jornalista, que, recém-vindo da província, iniciava-se no Rio de Janeiro, no Congresso Nacional, em uma atuação no jornalismo diário que se desdobrou ao longo de mais de 25 anos.

Na galeria de reminiscências, porém, ao lado de Tancredo Neves, não posso deixar sem o preito de eterna gratidão o notável construtor do novo Brasil, Juscelino Kubitschek de Oliveira, que me empurrou para as altas conquistas na vida pública, mercê da confiança que se estruturou ao longo de uma amizade que vai dos seus tempos de Prefeito de Belo Horizonte à Presidência da República, sempre me distinguindo com atenções imerecidas, até fazer-me seu consultor jurídico no Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, onde permaneci na Pasta remanescente dos desdobramentos, ao longo de exaustivos 18 anos, quando exerci, também, febricitante atividade internacional.

Não quero deixar sem a lembrança carinhosa os Ministros, com os quais tive a honra de trabalhar, como Assessor, Assistente ou Oficial de Gabinete: Negrão de Lima, Bias Fortes, Marcondes Filho, Prado Kelly, Seabra Fagundes, Menezes Pimentel, Nereu Ramos, na pasta da Justiça; como Consultor Jurídico, no MTPS: Alírio Sales Coelho, Castro Neves, Franco Montoro, Hermes Lima, Pinheiro Neto, Segadas Vianna, Jarbas Passarinho, Benjamin Eurico Cruz, Perachi Barcelos, Nascimento Silva, Júlio Barata e Arnaldo Prieto.

Enfim, quero deixar patente minha gratidão ao eminente ex-Presidente da República, General Ernesto Geisel, que aceitou a indicação, para mim suprema honra, do seu ex-Ministro da Justiça, Armando Ribeiro Falcão, fazendo-me ministro desta Casa, o que consagrou minha vida de servidor público.

Chego a esta curul em momento crucial para a Justiça do Trabalho. Ao longo de tantos anos, pouca ou nenhuma atenção legislativa foi dada à Instituição que, angilosada, obsoleta, esforçou-se para atender às suas obrigações, infrutiferamente, esmagada por uma massa invencível de solicitações. Mede-se sua capacidade pela demanda física que impõe aos seus juizes, sem êxito. Cada ministro, nesta Casa, recebe, por semana, cerca de 60 processos e os julga. Ver-se-á daí que a instituição chegou à aberrante situação insustentável, porque exaustiva, até mesmo da capacidade física dos seus integrantes. Impõem-se, imediatamente, sem que se aguardem novos rumos na Constituição, modificações de sobrevivência. A Lei orgânica fixou, como sobrecarga para um juiz, 300 processos por ano, meta que um ministro desta Casa ultrapassa em poucas semanas.

Torna-se evidente que a reforma da Justiça do Trabalho deve estruturar-se em duas etapas: primeira — algumas medidas imediatas e de emergência a serem postas diante do Congresso, para adoção tão pronta quanto possível, desafogando o sistema e permitindo que a justiça seja distribuída mais celeremente. Apesar do inaudito esforço aqui desenvolvido, que sacrifica a saúde e esgota a capacidade de cada um, 2.000 processos aguardam pauta para julgamento pelo Pleno e 10.000

estão entre a Distribuição e a Procuradoria, isto é, sequer foram examinados pelos Ministros.

As providências a serem adotadas são de natureza profunda — como segunda etapa — e têm por meta uma estruturação mais racional para a Justiça do Trabalho, modificando-se, como ponto de partida, a sistemática processual. Algumas medidas paliativas devem ser de pronto legisladas, para que, mediante a instilação de um pouco de oxigênio, possamos trabalhar de forma mais produtiva, em atenção aos interesses das partes e objetivando o desafogo.

O crescimento demográfico brasileiro, o fantástico desenvolvimento nacional após Juscelino e a política desenvolvimentista do período militar são fatores que, aliada a progressiva aplicação das normas de proteção ao trabalho na área rural, hipertrofiaram a Justiça do Trabalho e congestionaram as vias de solução dos conflitos.

Os dados estatísticos dos últimos anos são aterradores atestados da insustentável situação que vivemos e que urge resolver. Coloco-os perante as autoridades do Executivo, os Constituintes e a Nação, enfim, para que, através deste alerta, sejam buscadas fórmulas que atenuem a gravidade de uma situação explosiva.

Em 1983, as JCJs. receberam 750.697 reclamações e resolveram 670.972.

Em 1984, receberam 784.561 e resolveram 737.370.

Em 1985, receberam 813.414 e resolveram 744.221.

Nos mesmos três anos, os TRTs, julgaram 249.299, enquanto este Tribunal julgava 55.821. Este ano, julgamos aproximadamente 21.000.

São números frios. É a radiografia do caos.

É oportuno recordar que, em 1983, foram conciliados, e aqui não chegaram, 54,24% das reclamações, não sendo conhecidas e arquivadas 20,70%.

Em 1984, os números foram 841.883 e, em 1985, 857.375 conciliados.

A Justiça do Trabalho foi criada exatamente para conciliar. Crescendo a atividade econômica, e, no Brasil, o gigantismo quebra qualquer modelo ou parâmetro internacional, porque crescemos a níveis sem paralelo, o número de trabalhadores avoluma-se e ampliam-se os conflitos. O Plano Cruzado tirou do desemprego massa enorme de brasileiros. Serão mais conflitos, mais demandas que sempre andam juntos no regime de pleno emprego e progresso, principalmente pela considerável mobilidade da mão-de-obra decorrente do sistema do Fundo de Garantia, desvirtuado como sói acontecer.

Mesmo que se acresçam Juntas novas e Tribunais, não ficaremos em dia. Podemos continuar multiplicando-os, porque a solução não está aí. As perspectivas de progresso, pelo enorme potencial do Brasil, conforme vem sendo assinado dia após dia, principalmente com os êxitos do Plano Cruzado, são insuperáveis e não haveria como, mantendo o modelo jurídico atual, atender à correspondente ampliação do número de processos.

A solução, a curto prazo, porque nada pode ser pensado a longo prazo, para salvar a Justiça do Trabalho do seu clímax de saturação atual, está em mudar o quadro de sua competência.

Pelo meu ângulo de observação, penso que há premente necessidade de instituir órgãos paralelos, extrajudiciais, que eliminem, filtrem os processos, chegando aqui apenas o intrincado direito inconciliável.

O que é conciliável na Justiça do Trabalho pode sê-lo em outros órgãos, primariamente, sobretudo se o diálogo entre os mediadores e as partes tiver uma conotação informal, não judicante, através do convencimento, sem se requerer a intervenção do Estado.

Creio que seria o momento de idealizarmos uma entidade sindical bipartite, constituída de empregados e empregadores sem remuneração pelos cofres públicos, extrajudicial, onde se tentaria a conciliação. O passo seguinte, não conciliadas as partes, seria a entrega da causa à Justiça, mas, em matéria salarial, sem controvérsia mais profunda, a sucumbência já importaria no pagamento em dobro. Outrossim, quando o recurso enfrenar matéria já objeto de jurisprudência do TST, o juiz, de pronto, já determinaria que o valor para o depósito equivalessse à condenação, imediatamente realizado. Nos recursos protelatórios, deveria ser cominada a multa mensal correspondente aos juros máximos praticados na praça, devida desde a interposição do recurso, e, finalmente, contra o empregado, a não incidência de juros caso a protelação seja evidente.

Pugno, pois, de imediato, por pequenas, mas fundamentais alterações. Em primeiro lugar, estamos diante de uma justiça de desempregados, onde a discussão sobre salários, dinheiro vivo, e não outros direitos, ocupa mais de 90% das estatísticas.

Aqui sempre se sabe quanto e como deve. Evidente, pois, que o salário, quando questionado e independente de prova, deva ser pago em dobro na Justiça, quando esta acionada. Sobre ele, os juros devem ser os da praça, no dia da execução, e não os hoje 6% ao ano que as leis fixaram há meio século, um anacronismo incontestado e o grande fator do acúmulo de reclamações sobre salários. Há cinqüenta anos, cobrar juros de 12% era crime, era usura. Hoje, o próprio Governo o faz e autoriza a cobrança de mais de 40% ao ano para o financiamento até dos alimentos. Juros, lucros ou perdas e correção monetária confundem-se na prática e só se distinguem na retórica oficial dos números que sustentam determinada política econômica.

Demandar, na Justiça do Trabalho, tornou-se um grande negócio. Melhor a demanda que qualquer operação bancária, porque o empregador, aqui, retendo o dinheiro do empregado, sobre ele pagará 6% ao ano, quando, se operasse em Banco, sobre o mesmo seriam cobrados em torno de 40%. Se a lide demorar dois anos, realmente terá aumentado seu capital, às custas do empregado despedido, em 100%, com um acréscimo avultado de despesas para o Estado. Dupla agressão, ao empregado e ao estado, que lhe oferece uma justiça barata. O êxito do demandado está, pois, em saber administrar sua demanda na Justiça do Trabalho, porque, com o dinheiro do trabalhador, aumentará seu capital de giro. As medidas que retardam a solução final farão com que o empregador seja beneficiário de rico empréstimo, ao qual pagará juros de 6% ao ano, um ganho de, no mínimo, 50% sobre a área bancária.

O fim da correção monetária e o insuficiente reajustamento nas execuções trabalhistas foram ainda mais desastrosos.

O Tributo que a Justiça do Trabalho paga ao Plano Cruzado não pode ser ignorado. Se não há correção monetária, não há acordo, porque a demanda é financeiramente vantajosa. Se não há acordo, há a sobrecarga da máquina judiciária e a descrença do desempregado nela, que se torna falha, onerosa, falsa, porque, a rigor, só protege o capital que pode especular nas barras dos Tribunais; enfim, a justiça tardia não é justiça. As sensíveis quedas nos índices de acordos, com o conseqüente aumento do número de ações trabalhistas julgadas, indicam o engano praticado pelo Plano Cruzado, tributo que trará grandes reflexos à nossa celeridade.

De pronto, pois, alguns remendos devem ser adotados, para que possamos sobreviver até que, pós-constituinte, acredito, adote-se uma reforma mais profunda da legislação, de modo a modernizá-la e torná-la apta ao desempenho de suas legítimas atribuições.

A Academia de Direito do Trabalho, a que tenho a honra de pertencer, analisou o problema e sugeriu a instituição compulsória de comissões paritárias no âmbito das empresas de grande e médio portes. Não é a solução que me entusiasma, porque prefiro tirar do ambiente de trabalho qualquer tipo de divergência. Fixo-me no órgão extrajudicial de natureza sindical como primeiro na fase conciliatória. Mas, a Academia ponderou que, tanto no direito comparado, como nas normas editadas pela OIT, dá-se ênfase à solução dos litígios individuais do trabalho através de mecanismos adequados de conciliação, como previsto nas Recomendações 92/51, 94/52, 130/67 e 135/71.

Se o Sindicato se atribui missão delegada do Poder Público, ranço getulista ainda não extirpado do obsoleto corpo consolidado, nem da Constituição Federal (art. 166), é certo que o artigo 514 já atribui ao Sindicato o dever de promover a conciliação dos dissídios de trabalho.

Penso que, na área sindical, mais que na própria empresa, o empregado sentir-se-á mais à vontade para pugnar pelo seu direito nesse órgão de conciliação extrajudiciária. Demais disto, por concernir à categoria esse mecanismo de conciliação, estaria aberto também a outros tipos de dissídio individual. Com isto, centenas de milhares de ações não chegariam ao ajuizamento. E, com uma instrução prévia, nesse órgão ou nas comissões paritárias, os não conciliados, levados à Justiça, poderiam ser julgados em audiência, tal como se previu na instituição da Justiça do Trabalho.

Entretanto, dentro das medidas de emergência que advogo, incluo, prioritariamente, mesmo que se pretenda uma reforma mais profunda para o futuro, entre outras, as seguintes, visando a agilizar os processos aforados na nossa Justiça:

- a) ampliação das hipóteses de condenação do pagamento em dobro de prestações trabalhistas;
- b) adoção do princípio da sucumbência a todos os casos de condenação do empregador e nas ações temerárias ajuizadas pelo empregado;
- c) depósito integral da condenação ou acrescido como pressuposto do recurso cabível, permitida a caução idônea quando a importância exigida for vultosa;

d) inadmissibilidade de embargos, neste Tribunal, quando a Turma não houver conhecido, por unanimidade, do recurso de revista ou, em qualquer caso, quando decidir agravo de instrumento;

e) não restituição de prazo recursal, quando os embargos declaratórios forem considerados meramente protelatórios; e

f) aumento da alçada, tornando-a mais real, conforme o recurso intentado.

O depósito integral ou fiança idônea é de uso corrente no Direito Tributário. E, entre nós, além de desestimular os recursos protelatórios, simplificará a execução, o mais intrincado e complexo problema da Justiça do Trabalho.

A inércia brasileira permitiu que a CLT atravessasse 50 anos de variações de comportamento sócio-industrial de maneira chocante. Estabelecida para reger as relações de trabalho em um país já **démodé** agricolamente e incipiente industrialmente, ainda hoje, na obsolescência de um regramento irreal, comanda as relações trabalhistas da 8.ª ou 9.ª potência do mundo. A OIT já passou de centena e meia de convenções internacionais e outro tanto de resoluções, virando pelo avesso tudo que se imaginava nos pródromos da revolução industrial, ultrapassando as regras ditadas pelo entusiasmo inicial do Direito do Trabalho nascente. O Brasil continua com a sua legislação arcaica, quando o mundo atravessa uma era de incerteza política e até mesmo de intensa perplexidade. Os regimes de economia de mercado não conseguem realizar a justiça social satisfatoriamente. Para os países de economia de mercado, falta uma fórmula de distribuição da riqueza que não prejudique o crescimento econômico; para a economia dirigida, confirma-se a notória incapacidade de dinamizar o seu crescimento econômico.

Essa disparidade de situações econômicas impossibilita uma proposta universal. Os ricos, com sua fortuna, não ajudam os pobres e seu crescimento econômico chega a preocupar; nos países em desenvolvimento, pressionados por uma dívida atroz, o fantasma da estagnação apavora. Nos países ricos e no nosso, em pretenciosa assemelhação com eles, fala-se em redução da jornada para 40 horas de trabalho semanal. Na realidade, para nós e outros do 3.º mundo, o que apavora é a desqualificação da mão-de-obra, que enfraquece a produção, ao lado da dramática escassez de capital. Os países ricos planejam até seu déficit comercial. Entre nós, temos que arranjar superávit contra tudo e contra todos em busca da sobrevivência. Os ricos nos querem impor seu capital, não raro espoliativo, e essa exportação de capital esbarra na necessidade de proteção do capital nacional. Há uma infinidade de contradições, de interesses, alguns reais, outros equivocados, todos eles, num quadro dramático de incerteza e insegurança político-econômica, que se somam às desavisadas opções ideológicas de uma população escassamente preparada para a prática da democracia.

A tudo isso se agrega, igualmente, como entre nós, o controle estatal sobre grande parte da economia, em somatório do peso das estruturas tradicionais, contrastando com a vontade declarada dos governos de privatizar a economia.

Pior entre nós, porque tais contradições e incertezas chocam-se na tentativa de obter-se um modelo econômico intermediário, entre a economia de mercado e a dirigida, cujos limites ninguém ousou ainda, com sinceridade, definir nem na Velha, nem na Nova República. Surpreende a proposta que surgiu com o projeto

da Constituição conhecido, na miscelânea de princípios que não permite, sequer, discernir claramente os limites do regime híbrido proposto nesse projeto de Constituição. Talvez o que se quis não se disse; o que se disse, realmente não se quer. Chegar a pensar que o projeto é um desafio à sociedade, mas que uma proposta de Constituição: toda a polêmica possível ali está.

Pode ser até que a nossa mistura de economias de mercado e dirigida tenha propiciado o alto desenvolvimento que encanta e entusiasma, mas que não nos livrou da renda *per capita* mendiga, inferior aos nossos vizinhos platinos sem comparar com qualquer dos países da Europa, por mais pobres que sejam. E o Nordeste continua sendo a mancha negra na civilização da 8.ª pujante nação do mundo, prenhe de recursos naturais, escassa de idéias afins com a realidade do país realmente subdesenvolvido, em sua expressão global.

Porém, essa divagação sócio-econômica a que me permiti foi objetivando a tentativa de colocar a pergunta: qual a influência que esse quadro exerce nas relações de trabalho? Na realidade, os exemplos estão aí, na economia: quanto mais dirigida, menos elástico o desenvolvimento. Daí por que precisamos atualizar o modelo econômico.

Para ultrapassarmos o ponto de estagnação em que sempre caem as economias dirigidas, quando enfrentam o crescimento populacional, com a conseqüente necessidade de melhoria de transporte, comunicações, etc., faz-se necessário um modelo econômico menos preso a intervenções e limitações oficiais, guardando fidelidade à nossa ideologia constitucional de economia de mercado.

Certo que o Brasil, dentro de um renovado empirismo condenável em matéria de economia, salvo no que se refere ao Plano Cruzado, o primeiro a repousar em filosofia revolucionária própria, não testou qualquer sistema de economia livre, privada, em bases modernas, sob a égide de conquistas atualizadas dentro dos Direitos Econômico e Social. Aqui estão sempre atrelados o econômico e o social, sempre em detrimento deste. Em regra, há o interesse econômico predominando sobre o social.

Daí o porquê das dificuldades de nossas tentativas de natureza econômica, determinando sempre o atropelamento do social, sem que caminhemos para um sistema de negociação coletiva mais amplo, modernizando-se as opiniões dos trabalhadores, empregadores e mesmo do Estado no contexto geral.

Precisamos alçar-nos a uma sociedade madura que compreenda realmente o alcance, a profundidade e a significação dos conflitos sociais, avaliando com inteligência e sem preconceitos o comportamento das partes em litígio, tudo dentro dos interesses maiores do país.

A negociação coletiva é a chave do preparo social, do desemperramento da Justiça do Trabalho e, fundamentalmente, de um melhor relacionamento entre capital e trabalho, de tal forma que o empregado possa vislumbrar a oportunidade de melhores conquistas.

A Carta Social Européia de 1961, firmada pelos principais países daquele continente, dentro de princípios previstos no seu artigo 6.º, definiu, com a finalidade de assegurar o exercício efetivo do direito de negociação coletiva, que as partes contratadas obrigam-se a:

Primeiro — favorecer a consulta paritária entre empregador e trabalhador;

Segundo — promover, quando necessário e útil, a instituição de processos de negociação voluntária entre organização de empregadores de um lado e as organizações de trabalhadores de outro, com a finalidade de regulamentar as condições de emprego e as convenções coletivas;

Seguem-se outras obrigações:

Terceiro — favorecer a instituição e utilização de processo apropriado de conciliação e arbitragem voluntária para a regulamentação e solução dos conflitos de trabalho; e

Quarto — reconhecer os direitos dos trabalhadores e dos empregadores às ações coletivas, em caso de conflitos de interesses, inclusive o direito de greve, sob reserva das obrigações que poderiam resultar das convenções coletivas em vigor (Arion Sayão Romita — "Temas de Direito Social" — Freitas Bastos, págs. 108/109).

Povos com mais experiência já entenderam que não é a Justiça do Trabalho que deve ser prontamente acionada para resolver os conflitos. É preciso, em primeiro lugar, que as partes sejam educadas, compelidas a negociar suas pendências e preferências individuais e coletivas, sob a vigilância, mais remota que atualmente, do Poder Judiciário.

O mesmo com a greve. Quando necessária sua decretação, os trabalhadores devem ter todas as garantias, as mesmas a serem asseguradas aos não grevistas e ao empregador, com respeito devido às pessoas e coisas. Qualquer violação desses princípios deve importar em punições. Pouco recomendável que se estabeleça, em propostas de lei ou em lei, que a greve no serviço público seja proibida e nenhum tipo de punição pelo seu exercício ilegal acarrete, desmoralizando-se a lei e a justiça. Se a greve não é permitida e se eclodir, as multas ou outras punições, ao Sindicato que dela participe ou ao empregado, resistentes à lei e à ordem, devem ser necessariamente impostas pela Justiça, inegociáveis, como princípio básico do respeito à sociedade e interesse maior da sociedade. O que se vê hoje é o desrespeito total à sentença judicial pela falta de poder coercitivo para o seu cumprimento, o que ainda mais se agravará se aprovada qualquer lei em que apenas se defina a sua proibição em serviços essenciais, sem punição. A liberdade deve sempre corresponder a responsabilidade.

É inadmissível a proibição sem o ônus. A sentença, proibindo-a, sem a coerção, desmoraliza Judiciário e Executivo e a eficiência do ordenamento jurídico desaparece. A justiça deve ter o poder de fazer retornar ao trabalho, imediatamente, o trabalhador rebelde, na greve ilegal ou proibida; no primeiro caso, determinando por voltar, trabalhando, à negociação; no segundo, punindo, pecuniária ou criminalmente, se afrontar o interesse social com a paralisação total da atividade em setor essencial.

Na grande democracia do Norte, que nos inspirou constitucionalmente desde o Brasil colônia, as lições de responsabilidade são de hoje. Um símile da emenda Taft, que não permite a continuidade de greve contrária ao interesse geral, é medida essencial para salvaguarda do equilíbrio nacional lá e cá. De um ontem

multo próximo, a medida do Presidente Reagan, demitindo todos os controladores de vôo que se lançaram a uma greve ilegal, foi lição de respeito ao interesse coletivo de uma nação madura, democrática e responsável.

Nossos costumes, métodos e sistemas são outros, mas a lição de que o que é ilegal deve ser punido a nós serve também. Há necessidade de preservar a autoridade, mas, muito mais do que isto, a dignidade do Poder Judiciário, que não pode ter suas sentenças vilipendiadas como hoje o são.

Tenho, invariavelmente, entendido que toda proteção deve ser assegurada ao exercício legítimo de um direito, mas, igualmente, toda transgressão, especialmente quando atentatória ao interesse geral da Nação, por um grupo ou grupos, deve ser punida, como meio único de criar o ambiente de equilíbrio em que vicejará o respeito recíproco aos direitos pessoais ou coletivos.

O Patrão que inviabilizar ou dificultar a vontade coletiva, legalmente expressa, deve ser alvo de pesada sanção legal; de igual modo, o trabalhador, o líder ou a organização sindical que afrontar a Nação com atitude ilegal ou meio que inviabilize a conciliação.

A negociação, pois, é o caminho com interferência moderadora da Justiça do Trabalho, afinal, conclusivamente, quando chamada.

A negociação deve receber, no mesmo sistema legal, a primazia e a legislação deve estimulá-la em todos os níveis.

Pluralismo sindical, monismo, isto não é problema do governo e, sim, das partes sociais. O direito de associação, através de legislação específica, deve sair da camisa de força em que foi colocado pelo enquadramento sindical.

Não é admissível que a democracia não chegue ao sindicalismo, onde tudo se subordina a uma legislação arcaica corporativista e ditatorial que resiste ao tempo. Democracia tivemos com Dutra, Getúlio, no segundo mandato, Juscelino, Jânio e João Goulart, estes dois efemeramente, e nem por isto se conseguiu dinamitar a rocha do controle sindical pelo Ministério do Trabalho, com a alteração e modernização da CLT. Os trabalhadores, salvo aqueles que são empregados do Estado, devem ter o direito de organização que lhes aprouver, em caráter nacional, estadual, municipal, regional, urbano, rural, por empresa ou estabelecimento, enfim, como se decidir, autonomamente, resguardando, tão-só, o interesse público maior. Daí poderão surgir soluções originais e eficazes, porque espontaneamente geradas pelas partes interessadas, sem as peias do dirigismo estatal.

Ideologicamente, o sindicalismo se libertará, porque várias correntes se formarão e, do entrelaço de idéias, melhores dias virão para os trabalhadores. O radicalismo encontrará oposição e esta poderá forçar o equilíbrio e a negociação.

Tal só será possível com lideranças autênticas, que se comprometam com a melhoria das condições de vida do trabalhador, com a lei exigindo a fidelidade das partes no objetivo final da negociação coletiva, sem prejuízo de convicções políticas, com a obrigação de servir aos interesses nacionais de produção e desenvolvimento, na medida da solidariedade, com a finalidade maior da nacionalidade, do progresso econômico e do desenvolvimento social.

Volto a insistir em que, nos dissídios individuais, o passo primeiro será a comissão paritária ou o órgão extrajudicial sindical, conciliador, básico, pré-instância judiciária.

Um juízo arbitral bem conduzido, independente, honesto e respeitado levaria, na maioria dos casos, a Justiça do Trabalho a mero papel homologatório e uniformizador de jurisprudência, em respeito às leis e à Constituição.

A obsolescência mais imanente, porém, nessa legislação ultrapassada, está no campo do conflito coletivo, onde mais surgem as mudanças.

Aqui, cabe ponderar que a legislação em vigor deu o que não queria dar, porque o ranço ditatorial convergia os interesses políticos para a pouca liberdade de negociação e o dirigismo sindical-estatal. O pluralismo associativo revolucionaria a negociação e dinamizaria o progresso social, abrindo novos horizontes nas conquistas dos trabalhadores.

Sou integralmente favorável à existência dos dissídios em uma nova ordem legal, com a participação da Justiça do Trabalho, deferindo-lhe, como primeiro avanço em prol do seu prestígio, a competência para determinar o retorno ao trabalho ou à negociação, respaldada no poder coercitivo e de punição à resistência, de maneira a defender tanto o capital como o trabalho, uma responsabilidade do Estado, como poder moderador.

Os procedimentos de conciliação, mediação e arbitragem devem ser fomentados e fundamentalmente defendidos como nova ordem legal a ser estabelecida. É certo que o projeto de lei submetido ao Congresso Nacional, pelo Governo, procura alcançar essa finalidade. Mas foi parcimonioso na disciplinação da arbitragem, que apresenta falhas, como a não indicação dos assistentes das partes junto ao árbitro ou árbitros escolhidos, nem cuidou da homologação do laudo arbitral, essencial em face da nossa tradição processual, para que os tribunais restrinjam-se tão-só ao exame dos aspectos formais da arbitragem e das arguições de nulidades ocorrentes. Homologado o laudo, tornar-se-ia executável pelos procedimentos sumários pertinentes à Justiça do Trabalho.

Creio que as conquistas sociais de um dissídio deveriam persistir pelo menos por dois anos, alterando-se em prazos menores tão-só as cláusulas de natureza salarial. O lapso mais longo ensejaria a experiência que fundamentaria novas conquistas ou eliminaria as que houvessem demonstrado impropriedade ou pouco interesse para as categorias.

E que dizer do Poder Normativo da Justiça do Trabalho? Defendo-o com parcimônia. Em justiça tripartite, creio que a não formação profissional de alguns juizes temporários contradiz a adoção de um poder amplo, com objetivo de evitar a variação jurisprudencial excessiva. Porém, um poder normativo comedido, capaz de conjugar-se com a realidade emergente, seria saudável para a Justiça do Trabalho e partes, como, por exemplo, quando os interesses estivessem inconciliáveis. Aí, então, o Judiciário poderia emitir um pronunciamento normativo ou deixar de proferir julgamento, ficando as partes sem norma coletiva, de tal sorte que as circunstâncias de ordem política e social fossem realmente o guia dessa normatividade, com certo sabor disciplinar.

O Poder Normativo não pode ser um fim em si mesmo, mas um meio de estimular e forçar a negociação coletiva. Assim, à Justiça do Trabalho caberia também fomentar a negociação, a tal ponto que só julgaria normativamente em casos extremos, em que não se tivesse conseguido conciliar os interesses, de tal forma que até um sentido premial ungissem essa atuação, isto é, beneficiando aqueles que se houvessem comportado regularmente nas suas relações contratuais ou agravando as conseqüências para os que violassem as normas de conduta ética ou negocial.

Advogo a existência dos Prejulgados, Enunciados ou Súmulas legalmente reconhecidos com sentido vinculatório, veículo suficientemente capaz de acelerar os julgamentos em uma Justiça assoberbada. O que não compreendo é como uma instância inferior possa violentar a jurisprudência uniforme, consagrada em verbete, oferecendo ao Interessado a ilusão de um êxito que se val esboroar nas barras da Instância superior, em protelação causada pela própria Justiça.

Ainda no campo dos conflitos coletivos, defendo solução para aquilo que mais nos aflige: o congestionamento do TST. Certo que o recurso ordinário em dissídio não pode ser suprimido, porque a revisão do Julgado é legítima. Mas, deveria ser da competência de uma Turma do TST (com embargos cabíveis em alguns casos) o conhecimento e julgamento dos competentes recursos ou ações cabíveis, retirados do Tribunal Pleno.

Defendo a necessidade da competência legal do TST para emitir Enunciados com poder normativo. A Justiça do Trabalho deve ser dinâmica, atual e coerente. Só em decorrência de seus enunciados normativos seria viável torná-la ajustada ao dia a dia social. O Congresso, ainda na Constituinte, poderia obviar nossa situação, restabelecendo os prejulgados com força normativa.

Enfim, eis, em poucas, escassas e humildes pinceladas, o retrato de uma Justiça do Trabalho que almejo, mais eficiente e atual. Quero chegar a um consenso sobre as reivindicações com os meus pares, para que, imediatamente, sobre elas, possamos trabalhar, colhendo o apoio de quem, constitucionalmente, possa nos ajudar.

Praza aos céus que algo possa conseguir, com o apoio dos meus pares, cujos conselhos sempre aceitei, na busca dos ideais comuns que acalentamos.

Sejam minhas palavras finais de agradecimentos. Ao meu falecido pai, Mirabeau Ferreira da Rocha Pimentel, advogado notável, consagrado no Forum de Belo Horizonte, na geração de suas estrelas de 1.ª grandeza, tais como Caio Mário da Silva Pereira, Milton Campos e Pedro Aleixo. Ao meu saudoso pai devo a formação responsável e que tem sido o norte de minha vida. À minha mãe que, aos 87 anos, ainda hoje assiste a seu filho com o mesmo desvelo, carinho e saber, como tem feito ao longo desses 60 anos, compensando, com o seu invariável bom senso, um temperamento ardente; à minha esposa que, na jovialidade de sua existência, é a renovação permanente do meu desejo de servir; ao meu filho Sérgio, médico e servidor da Força Aérea, que jamais desmentiu a vocação de responsabilidade do seu pai. À minha jovem e querida filha Patrícia e minhas netas, filhas do meu saudoso filho, Marcela e Renata, flores viçosas que fizeram deste pai fora do tempo e avô orgulhoso um homem sempre confiante no futuro.

Aos meus colegas, que depositaram sua confiança na minha capacidade para dirigir esta Casa, o tributo da gratidão, amizade e estima, agradecimento e permanente orgulho em tê-los como parceiros na nobre missão de distribuir justiça.

Divisando o passado já tão longe, fixo-me no dia em que recebi meu grau. Renovo aqui o meu juramento profissional, com o orgulho que o fiz naquele 05 de novembro de 1949, sob as luzes de Rui Barbosa. Hoje, ao assumir este alto posto, proclamo, como os doutos o fizeram antes de mim:

"Estudia... Piensa... Trabaja...
Lucha... Sé leal... Tolera...
Ten paciencia... Ten fe...
Olvida... Ama a tu profesión".

E, sobretudo:

"Ten fe en el derecho, como el mejor instrumento para la convivencia humana; el la justicia, como destino normal del derecho; el la paz, com substitutivo bondadoso de la justicia; sobre todo, ten fe en la libertad, sin la cual no hay derecho, no justicia, ni paz" ("los Mandamientos del advogado").

E, mais ainda:

"Tu deber es luchar por el derecho; pero el día que encuentres en conflicto el derecho com la justicia, lucha por la justicia" (Eduardo J. Couture).

Relembro as sábias palavras de Calamandrei, que aqui, ainda recentemente, disse e que não me farto em repetir:

"Feliz o magistrado, que até a véspera do limite da idade, sofre, ao julgar, esse sentimento quase religioso de consternação que o fez tremer quando teve que pronunciar seu primeiro julgamento".

Permita-me Deus que assim o seja, caminhando com dignidade no respeito perpétuo e invencível à toga que o destino me fez vestir.

Muito obrigado.

SAUDAÇÃO A MARCELO PIMENTEL (*)

Orlando Teixeira da Costa (**)

Quando uma instituição judiciária chega aos quarenta anos, como o Tribunal Superior do Trabalho, já é possível se ter uma visão do seu passado, ilustrada por alguns nomes de pessoas que a ela pertenceram. Pinçando a esmo, da lembrança, algumas dessas personalidades que daqui já se afastaram, recordaria Bezerra de Menezes, Oliveira Viana, Oscar Saraivá, Júlio Barata, Tostes Malta, Thélío Monteiro, Arnaldo Süsskind, Mozart Victor Russomano, Rezende Puech, cada um com a sua fisionomia própria, com qualidades peculiares, com estilos de vida inconfundíveis, exemplificando, por amostragem, como um órgão colegiado, embora vivendo sob o signo da unidade, não pode deixar de expressar uma necessária pluralidade, decorrente, não só da própria natureza, como da variedade de procedência do seu pessoal.

Em razão dessa diversidade e do momento vivido, é que as direções que o orientaram, apresentaram e continuarão a apresentar, sempre, maneiras diferentes de o conduzir, como o ontem e o hoje, na sucessão dos fatos e das pessoas, que expressam mudança e transformação.

Até há pouco tivemos Coqueijo Costa, uma personalidade apolínea. A partir de agora teremos Marcelo Pimentel, dionísíaco por excelência.

Ao colega que deixa a Presidência, a nossa gratidão, pelo esforço que desenvolveu em prol do engrandecimento deste Tribunal. Valendo-se do escudo do seu nome, notabilizado pelas conquistas obtidas nas letras jurídicas do país e contando com o apoio do seu anjo tutelar (Aydil) em todos os momentos, Coqueijo Costa fez presente, o TST, em todas as regiões trabalhistas do país, através da sua pessoa e realizou a rica série de empreendimentos materiais que foram relatados no início desta sessão. Não me cabe voltar a rememorá-los ou a enumerá-los, mas sob a perspectiva de uma apreciação geral, devo afirmar que o colega cujo mandato acaba de expirar, a exemplo da parábola narrada no Evangelho, não foi aquele servo que enterrou os talentos recebidos do Senhor, para não correr o risco de perdê-los. Muito pelo contrário, multiplicou-os, conseguindo um rendimento que ultrapassou, de muito, as limitações temporais estreitas de um biênio.

No meu entender, todavia, a obra mais notável realizada na sua gestão foi de natureza imaterial, pois desenvolveu-se todo um esforço no sentido de obter espírito novo na convivência da labuta diária dentro deste Tribunal. Procurou-se, realmente, inovar no campo das relações humanas, aproximando aqueles que,

(*) Alocução proferida por ocasião da posse da nova direção do Tribunal Superior do Trabalho.

(**) O autor é Ministro Togado de Carreira do Tribunal Superior do Trabalho e professor Titular da Universidade Federal do Pará, colocado à disposição da Universidade de Brasília.

embora, vivendo proximamente, não conviviam comunitária e fraternalmente. Exemplo bastante ilustrativo do que acabo de afirmar, configurou-se na emocionante celebração natalina da passada terça-feira.

Esta deve ser, pois, uma hora de agradecimento em relação ao Presidente que sai. Expresso-o, tenho a certeza, em nome de todos os que se beneficiaram com a sua administração. E não o faço com "memória curta" e nem para obter benefícios futuros, como é evidente. Faço-o sinceramente e com propósito duradouro, pois quero que a gratidão que expresso não seja como a de alguns homens ou como a conceituada por Balzac: "A gratidão é uma dívida que os filhos nem sempre aceitam no inventário".

Aos colegas que assumem, mais do que uma palavra de esperança, um preito de confiança, expresso a partir da unanimidade que lhes foi conferida na eleição.

São dois gaúchos e um capixaba, oriundos de profissões diversas, tal como recomendado pelo preceito constitucional, para intencionalmente garantir a pluralidade a que de início me referi.

Luiz José Guimarães Falcão é o atual Corregedor Geral da Justiça do Trabalho. Magistrado de carreira, ingressou na Justiça do Trabalho através do excelente quadro de juizes da Quarta Região. Ao ser constituída a Nona Região, com o desmembramento de dois Estados que anteriormente integravam as Segunda e Quarta Regiões, galgou o cargo de juiz togado desse TRT, vindo, um pouco mais tarde, a exercer a sua Presidência com tal denodo e habilidade, que acabou qualificando-se, com realce, para ascender ao Tribunal Superior do Trabalho, o que ocorreria logo a seguir. Ao chegar a este Tribunal, encontrei-o na Presidência da Terceira Turma, onde aprendi a admirá-lo pela solicitude que dispensa às partes e aos seus advogados, pela firmeza na direção das sessões, pela quantidade da sua produção judiciária, pela segurança e correção nos julgamentos, mas principalmente pelo equilíbrio tão necessário a quem é um juiz de verdade. Avança, impavidamente, quando é preciso; recua, sem constrangimento, quando o convencimento o leva à retificação de posições anteriormente assumidas. O que mais me impressiona, no entanto, em Guimarães Falcão é a sua notável competência para explicar e solucionar uma questão jurídica. Tal é sua habilidade, no particular, que ousaria afirmar a prescindibilidade da intervenção dos patronos das partes, nos casos em que atua como Relator ou Revisor. A clareza, a lógica do seu pensamento, a conclusão precisa e oportuna levam ao convencimento quem quer que o ouça, o que bem demonstra que, sob a toga do juiz, veste o capelo do catedrático, o que me encoraja a antever que será, talvez, pela sua natural qualificação didático-pedagógica, um dos melhores Corregedores Gerais com que já contou, até agora, a Justiça do Trabalho.

O Vice-Presidente recém-empossado, Ministro Marco Aurélio Prates de Macedo, é oriundo do Ministério Público, onde exerceu, por 10 (dez) longos anos, o elevado cargo de Procurador Geral junto à Justiça do Trabalho. Ali obteve valiosa experiência no trato com o Direito Laboral, ao atuar como fiscal da lei. Anteriormente, entretanto, exerceu a magistratura no Rio Grande do Sul como Juiz Municipal e Pretor.

Quis o destino que nossas vidas também viessem a cruzar na Terceira Turma, pois sucedeu, há pouco tempo, na Presidência, a quem o substituiu na Corregedoria Geral. Homem de fino trato, amante da literatura e quiçá das artes em geral, vou tentar saudá-lo literariamente, nesta oportunidade, reproduzindo os votos que um amigo dileto, gaúcho de nascimento, me enviou há algum tempo, nesta quadra do ano.

O cartão representava uma cena comum na vastidão dos pampas, de onde o colega é originário: uma manada em tropel confuso, levantando nuvens de poeira, sendo tangida por três cavaleiros de **poncho** no ar. Servindo-me da figuração do amigo, também eu agora me transformo no cavaleiro do primeiro plano daquela gravura, para, "de **poncho** no ar, conduzindo a tropa inquieta dos nossos sonhos e esperanças comuns", desejar ao colega que, na Vice-Presidência, "tudo seja plano, liso e ameno, como o pampa aberto ao sol e rasgado aos ventos".

O meu recado principal destina-se, porém, ao Presidente empossado. Marcelo Pimentel ocupa vaga destinada, neste Tribunal, a advogado. É oriundo do Estado do Espírito Santo, mas dele se poderia dizer que sua naturalidade é interregional, na mesma acepção em que se usa proclamar que uma pessoa é "cidadão do mundo", pois, tendo nascido em Vitória, cresceu e educou-se em Belo Horizonte, mas concluiu sua graduação em Direito no Rio de Janeiro, ao tempo em que aquela cidade era a capital federal. Em Minas Gerais e no antigo Distrito Federal exerceu os primeiros empregos e cargos públicos. Com a transferência do Governo da República para o Planalto Central, instalou-se em Brasília, onde fixou domicílio e residência, colaborando intensamente com o Poder Executivo federal no exercício de vários cargos e funções, dos quais destaco o de Consultor Jurídico do Ministério do Trabalho e Previdência Social ao longo de dezoito anos, até ser nomeado Ministro do TST. Conseqüentemente é mineiro por formação e adoção, pois assim se considera.

E como mineiro, detém aquelas qualidades que, numa espécie de auto-análise, foram vislumbradas por alguns co-estaduanos seus, a seguir rememoradas.

Começarei recorrendo ao mais ilustre dos mineiros vivos — Carlos Drummond de Andrade — que interpretou sua terra natal dizendo que "o Estado mais tipicamente conservador da União obriga o espírito mais livre". Essa antinomia é que justifica a observação de João Guimarães Rosa, segundo a qual "o mineiro traz mais individualidade que personalidade. Acha que importante é ser, e não parecer, não aceitando cavaleiro por argueiro, nem cobrindo os fatos com aparatos". Do que decorrem as qualidades dos filhos das Alterosas, vislumbradas por Gustavo Capanema em seu livro "Pensamentos": "no do sul, a calma, a paciência, a serenidade; no da zona da mata, a bravura, a dureza, a teimosia, a energia, a pugnacidade; no das montanhas e da mineração, o idealismo, o sonho, a filosofia, o quixotismo. Qualidades gerais: a fé, a probidade, a pobreza conformada, a ironia, o tato".

Basta. Sendo bravo, duro, enérgico, lutador, idealista, probo e habilidoso, um mineiro, como Marcelo Pimentel, não precisa de mais nada para se revelar um bom administrador.

O Presidente de um Tribunal, contudo, administra secundariamente, pois, como magistrado, necessita, antes de mais nada, julgar e, julgando, reconhecer o prima-

do da lei, mas considerando a época e a realidade em que vive, mormente em uma ocasião histórica em que se programa a reforma das instituições constitucionais brasileiras.

Por isso, resolvi recorrer não apenas a um outro mineiro, mas também a um sábio, para que reflitamos sobre o que disse em uma aula inaugural, nos idos de 1966, que foi, também, a sua aula de despedida da Universidade Federal de Minas Gerais, em virtude da aposentadoria por implemento de idade, que se aproximava.

Trata-se de Milton Campos, o eminente homem público que todo o brasileiro conheceu nas décadas que antecederam a nossa, mas que apenas uma pequena elite identifica como sapiente erudito.

No texto de sua aula, intitulado "Em louvor da tolerância", Milton Campos, o velho Milton Campos, no vigor da sua juventude intelectual, repudia o liberalismo tradicional, porque ele não viu que a ordem natural, num mundo em mudança, exigia novas providências de ordem regulamentar. E, revelando-se neo-liberalista, indica que "à lei compete organizar a liberdade para que se iniba a opressão". Indaga, entretanto, e ele mesmo responde: "E por que é à lei que cabe essa missão libertadora? Porque ela significa a regra objetiva que, prevendo e provendo, afasta as soluções casuísticas do arbítrio e da força. Assim se explica, no mais amplo sentido, o princípio da legalidade, que não é o feticchismo da lei em si mesma, senão um processo corretivo da imperfeição humana. Sem o império da lei, cairíamos no arbítrio das imprevisíveis decisões dos mais fortes. E seria de novo o absolutismo que é a posição indesviável a que conduz o olímpico desdém pela lei".

"O império da lei, entretanto, pressupõe submissão, que é também humildade mas é, ao mesmo tempo, único meio de se evitar a humilhação ante a força. A força encontra suas manifestações mais eloqüentes nos radicalismos, nos fanatismos, nos extremismos. A humildade se traduz pela moderação e pela tolerância que envolvem um sacrifício à tendência de cada um para se expandir e brilhar. São virtudes pálidas que não satisfazem a natural vaidade dos homens, nem bastam aos heróis. Mas são virtudes essenciais ao convívio humano..." (in *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, n. 22, janeiro de 1967). Humildade, ponderação, tolerância, eis o que recomenda um dos nomes da "mineiridade" para uma época como a nossa. Faço minha a mensagem de Milton Campos e a depósito nas mãos hábeis do meu colega Presidente empossado, para que ele a utilize como inspiração no seu trabalho de direção.

Caros colegas empossados.

Se me fosse dado algum poder superior, eu sairia, agora, retificando estradas, aplainando caminhos, limpando veredas que deverão ser percorridos por VV. Exas. no exercício da Presidência, da Vice-Presidência e da Corregedoria Geral. Faria isso para facilitar o vosso trabalho, a vossa missão. Como não posso, entretanto, realizar esse trabalho de Hércules, resta-me oferecer, em nome de todos os colegas, a colaboração desinteressada para trabalharmos juntos, de mãos dadas, pela realização da Justiça, pela dinamização cada vez maior deste Tribunal e pelo aperfeiçoamento de todo o organismo judiciário trabalhista do país.

SAUDAÇÃO EM NOME DO MINISTÉRIO PÚBLICO (*)

Renovam-se as células na reconstrução orgânica, renovam-se as manhãs na canção dos pássaros, renovam-se as flores na dança das borboletas, renovam-se os homens na maré da vida, renova-se a vida na maré dos sonhos. A metafísica do desejar sempre resolve-se na dialética da busca incessante. Oscilando entre os pólos do real e do sentir, renovam-se as estéticas, às vezes voltando ao lar antigo, pois o já conquistado não se despreza: é o esforço e o sangue dos que viveram. As montanhas sucedem-se as planícies, e é forçoso que passemos por todas elas. O não renovar é o perecer das lagoas estagnadas, dos neurônios destruídos, das ditaduras que se prolongam. Somos todos novos a cada momento novo.

Renova-se hoje a direção deste Egrégio Tribunal. Volta à planície o ilustre Ministro Coqueijo Costa, que, no cume da montanha, deixou plantado o seu brasão de armas. Saberão que S. Exa. lá esteve quantos por lá passarem, quantos, daqui da planície, relancearem o olhar para o alto, e continuarão sem saber de nada os que apenas olham para o chão. Os homens fazem e ensinam aquilo que eles são. Isto nos provou Coqueijo Costa como Presidente desta Casa, como Professor universitário, como escritor e jurista de nomeada. Com descortino, inteligência e louvável equilíbrio, dirigiu este Tribunal por um biênio, balaneamente, sabendo que "o céu é de todos os pássaros". Conforme assinala Afrânio Peixoto, em "Poeira da estrada", balano quer dizer maneiroso, dado, diligente, esperto, de onde até "a desconfiança de que pode enlizar aos mais rústicos". Primeiros brasileiros civilizados, educados e polidos, são os irmãos mais velhos.

Ah, Bahia da Lapinha, onde Coqueijo Costa nasceu em noite de Reis! Bahia das tradições, "porque Bahia sem tradição é o fim de mundo, um Deus-nos-acuda que vai por água abaixo o restinho bom do Brasil", como registrou Coqueijo Costa em seu livro de crônicas "Mais dia, menos dia".

"E de gente bem-nascida agradecer os benefícios recebidos, e um dos pecados que mais ofendem a Deus é a ingratidão" — assim sentenciou Cervantes no "Dom Quixote". Num mundo em que a atitude de muitos se regula pelas benesses, do QC (quem concede), ou mesmo do QI (quem indica), é preciso zelar para que se cumpra a gratidão, que Tobias Barreto chamou de "virtude da posteridade", porque sem ela se perderia boa parte da riqueza humana. Coqueijo Costa tem nossa gratidão pelo bom desempenho de sua tarefa, pela correção das atitudes, pela polidez do tratamento, pelo brilho da conversa, pela verdadeira postura de Magistrado.

O homem que volta à planície nem por isto se apequena. Coerentemente, ele é igual a si mesmo, é o que é, embora tenha deixado parte de si em tudo o que tocou.

(*) Discurso proferido pelo doutor WAGNER PIMENTA, Procurador Geral da Justiça do Trabalho, na solenidade de posse do Ministro MARCELO PIMENTEL, no cargo de Presidente do Tribunal Superior do Trabalho.

"On laisse in peu de soi même. Em toute heure et dans tout lieu". (E. de Haraucourt).

Os que sobem vêm de longe e trazem nas sandálias a poeira de longas e ásperas estradas. São chamados à montanha, como Moisés rumo ao Sinai. Têm olhos altos de esperanças, ávidos para cumprir a missão e dar seu testemunho a Deus e ao mundo. É preciso realizar, para que a vida não tenha sido em vão. E mais que fazer, fazer com sabedoria.

Não lhes traço, agora, as biografias, o que já foi magistralmente feito pelo Ministro Orlando Teixeira da Costa e pelo Ministro Coqueijo Costa.

O ilustre Ministro Marcelo Pimentel, hoje elevado à Presidência desta Casa, homem tarimbado, experiente, enérgico e tenaz, com aquela franqueza dos simples, no auge de sua força, certamente manterá este Tribunal no alto nível em que se colocou e, se possível, ainda mais o elevará.

O novo Vice-Presidente, Ministro Prates de Macedo, figura fidalga do gaúcho tradicional, culto e sério, exerce sempre seus misteres com dignidade e elegância.

O Ministro Guimarães Falcão, novo Corregedor-Geral, experiente Juiz temperado nas Juntas do Sul, é a competência sem alardes, a cultura sem plumas, a operosidade descontraída. Lembro Gracián: "Hombre de grande paz, hombre de mucha vida; para vivir, dejar vivir."

Além daquilo que são os novos dirigentes deste Tribunal, o compromisso que há instantes firmaram dá-nos a certeza de que bem se haverão em suas tarefas, conscientes de que todo poder é dever e incrustada em si traz a cobrança.

É o começo de novos compromissos. O trabalho exige força, dedicação e conhecimento das sendas da administração e do direito, mas, principalmente, sabedoria.

Todavia, não basta começar bem, nem serve mediar bem, se não se acaba bem; de pouco servem bons começos e bons meios, se os fins não forem ideais.

Com a extinção dos australopithecíneos, permaneceu na Terra só um hominídeo: o **Homo**, que evoluiu, com o aparecimento do **Homo faber**, capaz de fazer, e do **Homo sapiens**, o dotado do saber. O dom da sabedoria sobrepõe-se, pois, à *habilidade do fazer*, mas dele certamente não pode prescindir. Comprova-o Shakespeare: "Se fazer fosse tão fácil quanto saber o que seria bom fazer, as capelas seriam catedrais, e as choupanas dos pobres, palácios de príncipes".

O segredo está na pureza do coração, na simplicidade do espírito, na paz do amor — que é a paz das coisas em ordem e das colheitas terminadas —, pois, como diz a admirável oração do Bhagavad Gita, anterior a Cristo, assim como o **saber supera o fazer**, "o que supera o fazer e o saber é o Amor".

Amamos a justiça e buscamos sua plenitude. Porém, ela só será possível quando, após o **Homo erectus** — que teve o dom de encarar as estrelas —, após o **Homo faber** e o **Homo sapiens**, surgir o **Homo amans** — o que, pleno de amor e vazio de cobiça, porque movido pelo amor e pela caridade cristã, trará sobre a Terra o primado da justiça integral. Então, o homem estará bem junto ao Criador, que para ele estenderá a luminosa mão, acostumada a moldar o fogo dos astros. Então, todos compreenderemos por que o infinito do universo e a eternidade dos séculos convergem para o centro do espaço e do tempo — o presépio de Belém.

SAUDAÇÃO EM NOME DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL (*)

Tenho a honra de ocupar esta tribuna para, neste momento, falar em nome dos advogados brasileiros e homenagear o eminente Ministro Marcelo Pimentel, que hoje é guindado à curul presidencial desta egrégia Corte.

Falo em nome dos advogados brasileiros, porque, além de ser o Presidente do Conselho da Ordem dos Advogados do Brasil — Secção do Distrito Federal, também estou credenciado pelo nosso eminente **battonier** Hermann Baeta para representar o Colendo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

Outros eminentes colegas nossos, advogados que militam na Justiça do Trabalho, aqui poderiam estar, e até com mais brilho, falando em nome dos advogados. Entretanto, quer o Presidente da Ordem local, aqui comparecendo, dar o real destaque que merece esta solenidade de posse de um nosso ex-colega advogado, que agora é guindado à Presidência da mais alta Corte da Justiça do Trabalho.

Sem dúvida alguma, atinge hoje a Presidência desta Egrégia Casa de Justiça uma das maiores autoridades no campo do Direito Laboral, o nosso preclaro Ministro Marcelo Pimentel. No entanto, não quero exaltar a sua erudição e o seu talento, senão assinalar, e com justificada emoção, a circunstância de estar galgando hoje as culminâncias de sua brilhante carreira quem esteve palmilhando com raro devotamento e brilho a estrada do trabalho árduo e diuturno como passaporte para os vãos mais altos do seu destino.

É hoje amplamente reconhecido que a prática do jornalismo dá ao indivíduo uma vivência peculiar dos problemas contemporâneos, aguçando-lhe a observação e aprimorando-lhe o raciocínio, sempre levando em conta a inter-relação do cotidiano local com a problemática universal dos nossos dias.

Foi nessa jornada áspera, mas especialmente educativa, que o Presidente Marcelo Pimentel foi, pouco a pouco, aguçando a sua curiosidade de advogado e formulando as suas indagações jurídicas, quem sabe até decidindo especializar-se em Direito do Trabalho por força de seus contatos mais estreitos, como jornalista, com os grandes dramas das massas trabalhadoras de um modo geral.

Dirijo-me, portanto, a S. Exa., nesta oportunidade, louvando-lhe o saber, mas, também, a fibra, a erudição, mas igualmente a pertinácia, a competência, mas por igual o destemor com que soube enfrentar os obstáculos materiais que se lhe surgiram no caminho.

Os advogados brasileiros saúdam por meu intermédio S. Exa. como um exemplo aos moços que deixam as nossas Faculdades de Direito e acham a caminhada

(*) Discurso proferido pelo professor e advogado doutor AMAURI SERRALVO, em nome da Ordem dos Advogados do Brasil, por ocasião da posse do Ministro Marcelo Pimentel, no cargo de Presidente do Tribunal Superior do Trabalho.

profissional difícil e, por vezes, desestimulante. É que não a alicerçam, como o fez o Presidente Marcelo Pimentel, com um trabalho pertinaz e ao mesmo tempo útil à comunidade, capaz de proporcionar-lhe não só o pão, mas igualmente os sedimentos para o preparo gradativo e sistemático da formação de seu espírito.

Saiba, eminente brasileiro Ministro Marcelo Pimentel, que V. Exa. ocupará a Presidência de um dos mais honrados e respeitados Tribunais deste País em um momento particularmente especial, eis que se avizinha a posse de uma Assembléia Nacional Constituinte, que, apesar de ser congressual, o que, de certa forma, macula a sua legitimidade, terá a honrosa missão de outorgar à nação brasileira a sua Carta Magna.

É certo que vivemos ainda sob a pressão de leis autoritárias emanadas de uma Constituição elaborada por um Governo que não foi legitimado e respaldado no consenso popular.

É certo ainda que a atual Constituição está eivada de vícios autoritários, e melhor seria que a nossa Constituinte, ao iniciar os seus trabalhos, a revogasse e colocasse provisoriamente em vigor a nossa Constituição de 1946. Isto evitaria que, em um momento de restabelecimento democrático, institutos já superados, originários do autoritarismo, pudessem ser usados, na falta de uma legislação melhor, em detrimento dos mais legítimos anseios populares.

Infelizmente, meus caros e pacientes ouvintes, parece-me que o ano que se avizinha será de graves problemas, principalmente no tocante aos conflitos de natureza social que advirão, por certo, nos contrastes que surgirão nas relações laborais entre capital e trabalho.

Daí a necessidade de podermos contar com as possibilidades de uma ação efetiva da Suprema Corte Trabalhista na solução desses conflitos, o que, por certo, ocorrerá principalmente sob a segura orientação do Senhor Ministro Marcelo Pimentel e de sua equipe de trabalho.

É muito importante lembrar, neste momento, já que se trata da posse de um Presidente oriundo do quinto constitucional, a posição hoje defendida pela OAB, de que as nomeações de advogados militantes para o quinto constitucional somente possam ser feitas através de listas tríplexes elaboradas pela Ordem com base em eleições, quando seria ouvida a classe dos advogados.

Isto é importante em razão de que a representação de advogados militantes nos Tribunais tem um sentido de mesclar os julgamentos das nossas Cortes com a visão daquele profissional que se criou no dever de defender as postulações das partes. Essa participação possibilita que juizes de carreira, ministério público e advogados, com a experiência de efetiva militância profissional, possam equilibrar o legal e o justo, missão das mais árduas e sublimes.

A escolha, portanto, do quinto, através de eleições entre os próprios advogados, teria a vantagem de diminuir a responsabilidade do Senhor Presidente da República e diminuiria, obviamente, a força das influências de natureza política tão comuns por ocasião dos preenchimentos das vagas nos Tribunais.

Sem dúvida alguma, seria um grande passo em direção a uma democratização efetiva da nação brasileira, pois o processo de escolha através de eleições diretas e livres é o mais legítimo de todos e o menos sujeito às pressões.

Senhor Ministro Marcelo Pimentel, a V. Exa., mais uma vez, as congratulações dos advogados brasileiros, extensivas, com muita honra e prazer, aos seus ilustres companheiros de colegiado, os eminentes Ministros Marco Aurélio Prates de Macedo e Luis José Guimarães Falcão, respectivamente, Vice-Presidente e Corregedor-Geral. Que Deus os ilumine em tão espinhosa e árdua missão, são os nossos calorosos votos! Os nossos cumprimentos ao Ministro Coqueijo Costa, pela sua efetiva e eficaz Administração.

SAUDAÇÃO EM NOME DOS ADVOGADOS DO RIO DE JANEIRO (*)

Coube-me, por indicação dos advogados, em especial os do Rio de Janeiro, a grata e honrosa tarefa de saudar os Ministros eleitos para administrar, pelo próximo biênio, o Egrégio Tribunal Superior do Trabalho. Deve-se minha escolha a uma pequena homenagem que, no bojo desta solenidade, queremos prestar a um nosso colega que, nascido no Espírito Santo, veio a concluir seu curso jurídico na Faculdade de Direito do Rio de Janeiro. Nós, oriundos do velho casarão do Catete, sentimos orgulho em ver Marcelo Pimentel, formando de 1949, da "Turma Rui Barbosa", ser o primeiro Presidente do Tribunal Superior do Trabalho egresso daquele extraordinário estabelecimento de ensino: a Faculdade do Catete.

Guarde, Sr. Ministro, de seus colegas e de seus contemporâneos que aqui mal represento, a satisfação que temos em vê-lo ascender ao pináculo da magistratura trabalhista do país. A sabedoria de seus eminentes pares deu-lhe a companhia dos Ministros Marco Aurélio Prates de Macedo e Luiz José Guimarães Falcão para acompanhá-lo no desenrolar de sua administração pelo próximo biênio. Um, Marco Aurélio, o notável Procurador-Geral da Justiça do Trabalho, durante dez anos, e o outro, Guimarães Falcão, o juiz modelo, padrão da cultura jurídica brasileira, magistrado por concurso há mais de vinte e seis anos. Ambos gaúchos.

Não lhe faltará, portanto, Ministro Marcelo Pimentel, o apoio decisivo, firme, constante e leal dos Ministros que o acompanharão pelos próximos dois anos. Tarefas ingentes e urgentes aguardam os novos **condotieris** do Judiciário Trabalhista.

Senhoras e Senhores, seria deslustrar esta cerimônia de posse se se dirigisse ao Ministro Marcelo Pimentel um discurso laudatório e literário. S. Exa. tem como características marcantes, aliadas a um invulgar conhecimento jurídico, a objetividade e a franqueza, o que significa dizer estar infenso ao elogio desnecessário ou ao tempo gasto com inutilidades. É, pois, tomando-lhe emprestadas tais qualidades que dirijo-me a S. Exa.

É V. Exa., Sr. Ministro Marcelo Pimentel, o décimo sexto Ministro a presidir o Tribunal Superior do Trabalho e segue na estelra de outros extraordinários Ministros que afirmaram na Presidência, no plano nacional e internacional, a cultura jurídico-trabalhista que emana desta Casa de Justiça e de saber. Para não ir longe, basta lembrar seus dois eminentes antecessores: Ministros Carlos Alberto Barata Silva e Carlos Coqueijo Torreão da Costa, nomes ilustres que fulgem no universo do Direito do Trabalho e cujas administrações constituem marcos indelévels, inapagáveis.

(*) Discurso proferido pelo advogado doutor ANTÔNIO DOMINGOS MEIRELLES QUINTELLA, em nome dos advogados do Rio de Janeiro, por ocasião da posse do Ministro Marcelo Pimentel, no cargo de Presidente do Tribunal Superior do Trabalho.

Como diz, porém, o poeta Fernando Pessoa, "o homem e a hora são uma só". Aqui e agora, a hora e o homem têm o nome de Marcelo Pimentel.

Marcelo Pimentel, Jornalista, Consultor-Jurídico, Assessor Parlamentar e do Executivo, Consultor-Geral do Ministério do Trabalho, em todas as suas múltiplas funções, até naquelas de representação do Brasil no exterior, foi sobretudo advogado e, como advogado, por ter sido advogado, veio a ocupar no Egrégio Tribunal Superior do Trabalho uma das vagas que a Constituição destina aos advogados. Isto não lhe ameniza as tarefas, mas agrava a sua responsabilidade. Um de nós alçado a tão elevado cargo terá, ao lado da colaboração desinteressada dos bacharéis militantes, a férrea vigilância da Classe para reclamar — como reclamamos — rapidez no andamento das causas, justa pretensão dos que se socorrem da Justiça do Trabalho.

Estamos nos umbrais da era pós-Industrial, vamos ingressando no novo mundo da informática, e o Judiciário, especialmente o Trabalhista, deve e tem de adotar os mais modernos métodos e equipamentos para bem aplicar seus antigos e corretos princípios.

É bom não perder a ocasião de lembrar que, funcionando com regularidade e eficiência, o Poder Judiciário facilita ao governante a tarefa de governar. A paz e a harmonia entre os cidadãos é que gera a estabilidade social, que, afirmo, não será alcançada sem que seja dotado o Judiciário Trabalhista de todos os recursos materiais e humanos para exercer plenamente sua atividade.

A almejada paz social somente será alcançada se a Justiça do Trabalho funcionar com toda a eficiência. Já que não lhe falta o saber e a cultura de seus magistrados, é indispensável munir-la dos recursos necessários à consecução de seus fins.

A simples lição do Juiz carioca Eliezer Rosa precisa ser repetida: "O Estado, para fazer economia, deve gastar mais com o Poder Judiciário."

É de se lastimar que o orçamento da República consigne menos de 1% para a manutenção de todo o Judiciário Federal. Aí está a marca do escândalo que se constitui nos baixos vencimentos com que o Estado pune os idealistas juizes trabalhistas que, por esse Brasil afora, garantem o equilíbrio das relações entre patrões e empregados. Por mais que envergonhe dizer, lembro que não há magistrado trabalhista brasileiro que receba, como salário básico, o equivalente ao que é pago a qualquer trabalhador comum, como salário-mínimo, na quase totalidades dos países europeus. É obrigação do Estado dar imediata solução a este problema crucial. Nós, advogados, chamamos o Estado a cumprir este seu dever, sem mais demoras e sem tibezas. Impomos e exigimos o resgate desta dívida social. Pretendemos seja devolvido o poder normativo à Justiça do Trabalho, como também desejamos ampla liberdade sindical. É preciso incentivar o acordo e a convenção coletiva, que é a melhor fórmula de serem alargados os direitos trabalhistas, sem impossibilitar o natural desenvolvimento empresarial. Distribuir riqueza e não miséria.

Assume invulgar relevo nessa tarefa urgente o Presidente do Tribunal Superior do Trabalho. Tarefa titânica que a qualquer um esgotaria, mas de Marcelo Pimentel espera-se mais, porque mais sempre tem feito.

Espera-se, e espera-se com justa segurança, que seja o catalizador das teses que se debatem no Judiciário Trabalhista, para levar ao Poder Constituinte que irá se instalar, as idéias correntes aqui, para lá ser lembrado que a modernidade democrática conserva, basicamente, a liberdade individual e adota o conceito de estar o Estado a serviço do homem, como um meio, não sendo o Estado um fim em si mesmo.

Ministro Marcelo Pimentel, tenho a convicção de que V. Exa., antes de ser enunciada, já seguia a lição legada pelo notável Presidente norteamericano John Kennedy: "Antes de saberes o que a tua Pátria pode fazer por ti, procura saber o que podes fazer por tua Pátria."

A vida de V. Exa., Ministro Marcelo Pimentel, tem sido um constante servir ao Brasil, e agora, mais que nunca, é preciso atender ao chamado de sua consciência cívica. O seu posto não lhe dará o gosto do poder, e sim o gosto de poder mais uma vez servir.

Servir ao aprimoramento da máquina judiciária é servir à causa democrática. Justiça e democracia são irmãs gêmeas. Uma não existe sem a outra, por isto que as reformas políticas dos povos somente adquirem eficácia quando transformadas em leis, sujeitas ao crivo e submetidas aos tribunais, tribunais livres e independentes, política e economicamente.

Chegou a vez e a hora. O homem faz sua biografia, mas o destino marca o encontro: o Presidente do Tribunal Superior do Trabalho e a Assembléia Constituinte. Temos a certeza de que tudo concorreu para que V. Exa. seja o homem certo, na hora certa, no momento exato. Para o desempenho de suas altas tarefas conte V. Exa., não apenas com o seu corpo de eficientes funcionários, mas com os advogados, especialmente com os militantes no Judiciário Trabalhista, que hoje tive a honra de representar nesta solenidade.

SINOPSE NOTICIOSA

EVENTOS REFERENTES AO ANO DE 1987

DATA FEVEREIRO

- 13 — Missa em memória do Exm.º Sr. Ministro Orlando Sozinho Lobato, no Saguão do TST celebrada por S. Exa. Revma. D. Geraldo Ávila, Bispo Auxiliar da Arquidiocese de Brasília.

MARÇO

- 09 — Abertura do "II Congresso Internacional de Direito do Trabalho" — Fortaleza/CE —, com discurso proferido pelo Exm.º Sr. Ministro Marcelo Pimentel.

ABRIL

- 23 — Lançamento da Pedra Fundamental do Anexo II do TST, com a presença do Exm.º Sr. Dr. José Aparecido de Oliveira, Governador do Distrito Federal.
- 28 — Palestra e mostra de Audio-Visual, no Auditório do TST sobre o Santo Sudário, ministrada pelo Dr. Fernando Garcia de Oliveira, Assessor da Câmara dos Deputados.

MÁIO

- 06 — Abertura da exposição do fotógrafo canadense Hans Blohm, "DO SEIXO AO COMPUTADOR", no Espaço Cultural, promovida pela Embaixada do Canadá e Tribunal Superior do Trabalho.
- 26 — Missa de Páscoa dos servidores do TST, celebrada por S. Exa. Revma. D. Geraldo Ávila, Bispo Auxiliar da Arquidiocese de Brasília. Homenagem do Coral do TST às mães presentes — Saguão do TST.

JUNHO

- 04 -- Inauguração da "Mostra Coletiva de Artistas Plásticos Golanos", no Espaço Cultural.
- 11 — Concessão da Medalha da Ordem do Mérito Naval no grau Grande Oficial, ao Exm.º Sr. Ministro Marcelo Pimentel.
- 11 — Abertura do "I Ciclo de Estudos sobre Sindicalismo no Direito Brasileiro" — Porto Alegre/RS —, com discurso proferido pelo Exm.º Sr. Ministro Marcelo Pimentel.
- 17 — Solenidade de posse do Exm.º Sr. Ministro Fernando Vilar, com a concessão da Comenda da Ordem do Mérito Judiciário do Trabalho, no Grau Grã-Cruz, como membro nato.

**DATA
JUNHO**

- 18 — Solenidade de posse do Exm.º Sr. Ministro José Carlos da Fonseca, com a concessão da Comenda da Ordem do Mérito Judiciário do Trabalho, no Grau Grã-Cruz, como membro nato.
- 25 — Solenidade de posse do Exm.º Sr. Ministro Aurélio Mendes de Oliveira, com a concessão da Comenda da Ordem do Mérito Judiciário do Trabalho, no Grau Grã-Cruz, como membro nato.

AGOSTO

- 04 a 06 — II Seminário Interno sobre Recurso de Revista, para Assessores de Ministros e dos TRT's.
- 06 — Abertura do "I Encontro da Magistratura Trabalhista da 1.ª Região" — Rio de Janeiro/RJ —, com discurso proferido pelo Exm.º Sr. Ministro Marcelo Pimentel.
- 10 — Abertura do "Seminário dos Advogados da Petrobrás Distribuidora" — Brasília/DF —, com discurso do Exm.º Sr. Ministro Marcelo Pimentel.
- 11 — Solenidade de entrega de Comendas da Ordem do Mérito Judiciário do Trabalho, que se destina a premiar pessoas civis e militares brasileiras ou estrangeiras, que se distinguiram por suas atividades em prol da Justiça do Trabalho ou em quaisquer ramos do direito, bem como instituições civis, nacionais e estrangeiras, suas bandeiras, pavilhões ou estandartes.

Como homenagem aos 150 anos da fundação do Colégio Pedro II, o Tribunal Superior do Trabalho concedeu a Ordem do Mérito Judiciário do Trabalho ao Pavilhão da Instituição, que na solenidade foi portado pelo seu ex-aluno e professor MARÍLIO PIRES DOMINGUES e representada pelo seu Diretor, professor TITO URBANO DA SILVEIRA.

Receberam as insígnias da Ordem do Mérito Judiciário do Trabalho as seguintes personalidades:

Grau GRÃ-CRUZ

MINISTROS: Nelson Nicoliello Carmona, Luiz Carlos Bresser Gonçalves Pereira, Anibal Teixeira de Souza. **GOVERNADORES:** Wellington Moreira Franco, Epitácio Cafeteira Afonso Pereira, Hélio da Mota Gueiros, Newton Cardoso, Henrique Santillo, Tasso Ribeiro Jereissati, Pedro Ivo Figueiredo Campos, Fernando Afonso Collor de Mello (Promoção), Amazonino Armando Mendes, Álvaro Fernandes Dias. **SENADOR:** Divaldo Suruagy. **EMBAIXADOR:** Asdrubal Pinto de Ulisséa. **DOCTOR:** Jorge Kalume.

Grau GRANDE OFICIAL

DEPUTADOS FEDERAIS: Luiz Henrique da Silveira, José Mendes Botelho, Ibsen Valls Pinheiro, Expedito Machado da Ponte. **MI-**

AGOSTO

11

NISTRO: José Luiz Barbosa Ramalho Clerot. **DEPUTADO ESTADUAL:** Gilberto de Castro Rodrigues (Promoção). **DESEMBARGADORES:** José Joaquim Ramos Filgueiras, José Arthur de Carvalho Pereira. **DOUTORES:** Dorgival Terceiro Neto, Fernando Afonso Gay da Fonseca.

Grau **COMENDADOR**

JUIZES: Rubens Ferrari, Francisco Garcia Monreal Júnior, João Nazareth Pereira Cardoso, Gabriel de Freitas Mendes, Luiz Carlos da Cunha Avelar, José Fernando Ehlers de Moura, Amaury Enaldo de Oliveira, Luiz Melo Guimarães Neto. **JUIZA:** Lygia Simão Luiz Oliveira. **DOUTORES:** Carlos Magalhães da Silveira, Fernando Krieg da Fonseca, Francisco Costa Neto, Cláudio Alberto Feltosa Penna Fernandes, Paulo Serra, Pedro de Souza Dantas, Inaldo de Lyra Neves-Manta, Alfredo Felipe da Luz Sobrinho (Promoção), Paulo Octávio Pereira, Moacyr Carvalho de Oliveira. **CORONEL PM:** João Sereno Firmo. **DESEMBARGADOR:** Reynaldo Rodrigues Alves. **PROFESSORES:** Sérgio da Silva Couto, Cássio Mesquita Barros Júnior (Promoção). **SENHORES:** Rubel Thomas, Eron Alves de Oliveira, Carlos Alberto Duarte Abdalla.

Grau **OFICIAL**

DOUTORES: Ademar Silveira Sabino, Rubens Emil Corrêa, Renault de Matos Ribeiro, Paulo Rogério Soar, Geovani Barros de Azevedo, Antônio Lopes Noletto, Fabrício Crisci, Paulo Elísio de Souza, Wilson Carneiro Vidigal, Eraldo Alves da Cruz. **JUIZES:** Manoel de Queiroz Pereira Calças, Sebastião Alves de Messias, Francisco Osani de Lavor. **JUIZA:** Maria das Graças Cabral Viégas Paranhos. **CAPITÃO-DE-CORVETA:** José Vitor Juliano Galo. **PROFESSOR:** Carlos Henrique da Rocha Lima. **SENHOR:** Fernando Nogueira Gurgel.

Grau **CAVALEIRO**

DOUTORES: Arlindo Rosendo de Almeida, Alcides Antunes Pereira, Francisco de Assis Dória de Araújo Bastos. **DOUTORA:** Leurides de Lucena Paes. **SENHORES:** Ari Oliveira Alano, Tom Moses Camarão. **SENHORAS:** Cirene Alba de Oliveira e Silva, Sofia Wainer.

18 a 29 — Exposição de Artistas Plásticos de São Paulo, no Espaço Cultural.

25 — Concessão da medalha da Ordem do Mérito Militar, no grau Grande Oficial, ao Exm.º Sr. Ministro Marcelo Pimentel.

SETEMBRO

11

— Discurso proferido pelo Exm.º Sr. Ministro Marcelo Pimentel, na USP-São Paulo/SP —, sobre "Direito Constitucional do Trabalho".

DATA
SETEMBRO

- 18 --- Homenagem das Federações da Indústria, do Comércio, da Agricultura e Associações Comerciais do Estado do Espírito Santo — Vitória/ES —, ao Exm.º Sr. Ministro Marcelo Pimentel.
- 22 a 04/10 --- Exposição da Artista Plástica Andréa Gomes de Matos, no Espaço Cultural.

OUTUBRO

- 07 --- Concessão da medalha de Prata, da Ordem do Mérito Santos Dumont, ao Exm.º Sr. Ministro Marcelo Pimentel.
- 16 --- Abertura do "II Congresso Brasileiro de Direito Coletivo do Trabalho" e "I Seminário sobre Direito Constitucional do Trabalho"; promovidos pela LTr-São Paulo/SP —, com discurso proferido pelo Exm.º Sr. Ministro Marcelo Pimentel.
- 20 a 30 --- Exposição do Artista Plástico Carlos Ilha, no Espaço Cultural.
- 23 --- Concessão da medalha da Ordem do Mérito Aeronáutico, no grau Grande Oficial, ao Exm.º Sr. Ministro Marcelo Pimentel.
- 27 --- Abertura do "VI Seminário Nacional sobre Normas Internacionais do Trabalho, OIT" — Belo Horizonte/MG —, com discurso proferido pelo Exm.º Sr. Ministro Marcelo Pimentel.

NOVEMBRO

- 13 --- Concessão da Medalha Epitácio Pessoa, ao Exm.º Sr. Ministro Marcelo Pimentel.

DEZEMBRO

- 16 --- Homenagem do Colégio Pedro II ao Exm.º Sr. Ministro Marcelo Pimentel, com a concessão da Medalha do Sesquicentenário.
- 16 --- Distribuição de cestas de Natal aos servidores de baixa renda.
- 7 --- Concessão da medalha da Ordem do Congresso Nacional, no grau Grande Oficial, ao Exm.º Sr. Ministro Marcelo Pimentel.
- 18 --- Entrega dos prêmios aos vencedores do concurso de Monografias-1986.